

ESTRATEGIAS CONTROL DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL DEL
MUNICIPIO DE RIONEGRO

FELIPE MARTÍNEZ OTÁLVARO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE ORIENTE

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

RIONEGRO

2021

ESTRATEGIAS CONTROL DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL DEL
MUNICIPIO DE RIONEGRO

FELIPE MARTÍNEZ OTÁLVARO

Artículo de Reflexión

Carolina Orrego Otálvaro
Magíster en Contratación Estatal
Universidad de Medellín

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE ORIENTE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
RIONEGRO
2021

Tabla de Contenido

| | |
|---|----|
| 1. Resumen | 4 |
| 2. Introducción | 7 |
| 3. Metodología | 8 |
| 4. Enfoque: Cualitativo | 8 |
| 5. Tipo de estudio: Descriptivo | 8 |
| 6. Tabla 1: Matriz de Riesgos..... | 14 |
| 7. Tabla 2: Probabilidad del Riesgo | 14 |
| 8. Tabla 3: Impacto de Riesgo..... | 15 |
| 9. Tabla 4: Valoración del Riesgo..... | 16 |
| 10. Tabla 5: Categoría del Riesgo | 16 |
| 11. Consideraciones finales | 26 |
| 12. Bibliografía..... | 27 |

1. Resumen

Para asegurar una adecuada ejecución y desarrollo de la contratación pública, que comporte el cumplimiento de los principios de la contratación estatal, al igual que los principios de la función administrativa, es necesario aplicar en debida forma todos los procedimientos que adelantan las mismas entidades para lograr el cumplimiento de los fines estatales logrando la satisfacción de las necesidades de los administrados. En la utilización de los procedimientos tiene especial importancia la descripción, estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible que deben tenerse en cuenta desde la etapa de planeación contractual hasta la etapa de liquidación del mismo, logrando así anticiparse en el manejo de las diversas circunstancias que podrían afectar la ecuación económica contractual. Por ello, es importante entrar a pensar algunas estrategias que colaboren en la prevención de riesgos en la contratación del sector estatal en el municipio de Rionegro, las cuales entrarán a ser consideradas en este documento.

Abstract

To ensure an adequate execution and development of public procurement, which involves compliance with the values of state procurement, as well as the values of the administrative function, it is necessary to properly apply all the procedures carried out by the same entities to achieve compliance with state fines, meeting the needs of those administered. In the use of the procedures, the description, estimation, classification and assignment of the foreseeable risks that must be taken into account from the contractual planning stage to the liquidation stage is of special importance, thus achieving anticipation in the handling of the different circumstances that could affect the contractual economic equation. For this reason, it is important to start thinking about some strategies that collaborate in the prevention of risks in the contracting of the state sector in the municipality of Rionegro, which will be considered in this document.

Palabras Claves

Contratos estatales, riesgos previsible, matriz de riesgos, procesos de contratación.

Key words

State contracts, foreseeable risks, risk matrix, contracting processes.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Rionegro – Antioquia, agosto de 2021

2. Introducción

El Código Civil Colombiano establece “que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, (artículo 1495). Por su parte, la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación de la Administración Pública- en su artículo 32 establece

“que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las Entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en esta ley.”

La contratación estatal es entonces el grupo de normas y procedimientos que regulan todos los métodos que se adelantan para que las entidades estatales logren el cumplimiento de los fines del Estado, alcanzando el desarrollo de bienes, obras y servicios que permitan satisfacer las necesidades de las comunidades que lo integran.

Uno de los objetivos del sistema de compras públicas y la contratación estatal es el manejo de las diversas obligaciones y derechos que nacen tanto para la entidad pública contratante como para el colaborador del estado en su calidad de ejecutor contratista.

Consecuentemente, la gestión o el manejo de las obligaciones deben contemplar su regulación y establecimiento desde la etapa de planeación contractual hasta las etapas de liquidación final del contrato, el vencimiento de las garantías o el estado final de los bienes obra y/o servicios adquiridos. Así las cosas se evidencia la imperiosa necesidad de realizar una adecuada estimación, tipificación y asignación de los riesgos que podrían llegar a impactar la estabilidad económica del contrato estatal.

El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.3.1. define el riesgo como el evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato. Además, el Decreto 1082 establece que la entidad estatal debe considerar el riesgo que el trámite de contratación representa para el cumplimiento de sus misiones y objetivos, según con los manuales y guías que para el efecto expida la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. (Manual para la identificación y cobertura de riesgos en los procesos de contratación).

Investigar sobre la eficacia, garantía y efectividad de los riesgos previsibles en el trámite de contratación estatal en el municipio de Rionegro, es necesario y primordial, toda vez que desde la política pública de previsión del daño antijurídico dirigido por la Subsecretaría de Asuntos Legales, adscrita a la Secretaría General, se expone la imperiosa necesidad de verificar y comprobar los procedimientos en temas de contratación pública para evadir sanciones y realizar un adecuado proceso de selección del contratista.

En este sentido, la presente iniciativa busca ofrecer una observación al quehacer de la contratación estatal con relación al estudio de los riesgos previsibles.

Rionegro es de los municipios con más grande proyección a futuro en el país, es por este motivo que se hace considerable asegurar el cumplimiento efectivo de los procesos de contratación que ejecuta este municipio, con el objetivo de que estos procesos estén previamente contando con las coberturas de riesgos de una manera adecuada y completa, logrando así evadir de esta forma las inconsistencia en el avance, ejecución y desarrollo de los contratos estatales.

3. Metodología

4. Enfoque: Cualitativo

5. Tipo de estudio: Descriptivo

Estrategia de investigación: Estudio de caso

Técnicas de recolección de datos: revisión en bases de datos especializadas, cuadros hermenéuticos, fichas bibliográficas, revisión de expedientes administrativo, entrevistas a autoridades competentes.

La contratación estatal en Colombia se fundamenta en la necesidad que tiene el Estado de recurrir a particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, que son de acuerdo con la Constitución Política de Colombia de Colombia de 1991 en su artículo 2°:

“...servir a la comunidad, fomentar la prosperidad general y garantizar la eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; hacer más simple la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; proteger la independencia nacional, mantener la integridad territorial y garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todos los habitantes de Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para garantizar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

En aquellos temas u ocupaciones donde es únicamente con el concurso de proveedores particulares que se pueden suplir esas necesidades de servicio, cuentan con consultorías, obras públicas, suministro de bienes, y otras relaciones contractuales privadas en donde estos particulares tienen los medios, elementos, aptitudes y experiencia adquirida de atender los múltiples requerimientos de las entidades públicas.

Según lo plasmado en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como propósito, “la continua y eficaz prestación de los servicios públicos y la eficacia de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la obtención de estos fines”. Esta ley hace parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCP) que además está conformada por las leyes o decretos con fuerza de ley que la modifican, entre las que se destacan: la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011 aparte del Decreto Compilatorio 1082 de 2015.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo. 150, faculta al Congreso para "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en particular de la administración nacional". El EGCP regula la contratación en el Estado Colombiano; en las entidades y organismos de todas las ramas, órdenes nacional y territorial, escenarios central y descentralizado y organismos autónomos. Las excepciones al EGCP surgen de la Constitución, del mismo estatuto en las situaciones que de esta forma lo autoriza

expresamente o además de leyes especiales que permiten la utilización bien sea de tipologías contractuales específicas o de regímenes particulares conforme la especialidad de cada entidad pública.

Es importante tener claridad de cuáles son esas entidades públicas que tienen la posibilidad de ser parte en un contrato estatal, para eso la ley 80 en su artículo segundo establece las Entidades estatales:

“DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se nombran entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las compañías industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que permanezca esa participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue aptitud para realizar contratos....”

Por otro lado, los regímenes excepcionales de contratación hacen parte del hoy denominado régimen de la administración pública, ya que la misma Ley 80 en numerosos casos establece que una materia particular deba ser reglamentada, ocasionando que dicho tema se rija por sus normas particulares y no por los requisitos que la Ley 80 establece; llevando de esta forma a decir que esa norma se convirtió en un régimen excepcional, ya que ya son varias las materias que poseen una reglamentación especial y que se regulan por sus propias normas.

Un régimen normativo especial es aquel cuyas normas de trámite contractual, están estipuladas de forma particular en una ley que no remite al derecho público de la contratación estatal, sino a sus propias normas internas o al derecho civil y comercial, como entre otras cosas pasa con la Ley 100 de 1993 que regula lo a fin para las empresas sociales del Estado, por ejemplo.

Por su lado, un régimen excepcional o una excepción a la ley general de la contratación se ha comprendido como una suerte de régimen mixto, donde la entidad pública tiene determinadas particularidades en su proceso de selección, sin importar que remita en algunos aspectos a la Ley 80 de 1993 y demás normas del EGCP; por lo cual acaba rigiéndose por las dos normas en una especie de híbrido normativo.

La norma general establece que todas las entidades del estado tienen que contratar siguiendo la normativa que traza el EGCP. No obstante, el legislador ha exceptuado a algunas entidades y a algunas clases de contratos de la órbita del Estatuto Contractual, en algunas ocasiones en forma total, en otros en forma parcial. Numerosas modalidades que llevaron a indicar que hay regímenes particulares de estipulación laboral estatal.

Es así entonces como la LEY 1150 DE 2.007.- en su artículo 13 regula lo siguiente:

“PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. La aplicación de cláusulas excepcionales requiere de autorización legal”.

Conforme a todo lo anterior y con las claridades indicadas, nos incorporamos entonces al contrato estatal de manera particular donde podemos encontrar que, de conformidad con la

Teoría del Contrato Estatal, este tiene tres etapas o instantes esenciales para que se consoliden los objetivos de la Contratación Estatal:

- Etapa pre-contractual: se planifica el contrato estatal, esta etapa es primordial para comenzar a estructurar el desarrollo de contratación. Es una época del proceso donde la entidad estatal debe llevar a cabo el estudio requerido para comprender el área relativa al objeto del proceso de contratación desde la visión legal, financiera, comercial, técnica, organizacional, y de análisis de riesgo. Dentro de las ocupaciones que se tienen que adelantar en esta etapa, están, por ejemplo, las siguientes:
 - Análisis del mercado
 - Estudios y documentos previos
 - Preparación del pliego de condiciones (cuando se trata de un proceso de selección objetiva que permite la pluralidad de oferentes tales como licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, al igual que la mínima cuantía)
 - Disponibilidad presupuestal

Dentro de la etapa pre-contractual, uno de los puntos más importantes es el acercamiento a los riesgos que se pueden presentar en desarrollo del contrato mismo, los cuales los podemos encontrar dentro de los estudios previos.

De conformidad con lo regulado en el Artículo 2.2.1.1.2.1.1, del Decreto 1082 de 2015, “los estudios y documentos previos son el sustento del proyecto de pliego, el pliego de condiciones y el contrato.” Los estudios previos tienen que ser elaborados por la Dirección técnica, Oficina o Grupo que requiera la contratación y tienen que integrar autorizaciones, aprobaciones, estudio de mercado, diseños, análisis del sector, matriz de riesgos y el CDP (Certificado de Disponibilidad Presupuestal), que sirvan de sustento para la contratación, de conformidad como lo señale el Manual de Contratación.

En los distintos procesos de selección, los estudios previos tienen que contener por lo menos algunos datos mínimos:

- Especificación de la necesidad de la entidad.
- Objeto a contratar, con sus especificaciones, privilegios, autorizaciones, licencias y documentos técnicos

- Modalidad de selección del contratista y su justificación con sus argumentos jurídicos
- Valor estimado del contrato y la justificación de este
- Criterios para elegir la oferta más conveniente. (Se exceptúa la mínima cuantía)
- Análisis de riesgos y la forma de mitigarlos
- La exigencia de garantías
- Señalar si el proceso está cobijado por un Acuerdo Comercial (se exceptúa la mínima cuantía)

Al interior de esta primera etapa y en lo perteneciente a los estudios previos, está el análisis del riesgo y la forma de mitigarlo. Para esto se tiene un Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, el cual se encuentra elaborado por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, que es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación (DNP) que en su finalidad ejecuta actividades de rector del Sistema de Compra Pública de Colombia, entidad que trabaja como referente normativo y operacional de los procesos de contratación estatal.

Este manual ofrece aspectos tales como la reducción de la probabilidad de ocurrencia del evento y de su impacto en el Proceso de Contratación. Colombia Compra Eficiente presenta administrar los Riesgos del Proceso de Contratación siguiendo los pasos enumerados:

- “1. Establecer el contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación.
2. Identificar y clasificar los Riesgos del Proceso de Contratación.
3. Evaluar y calificar los Riesgos.
4. Asignar y tratar los Riesgos.
5. Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos. recomienda a las Entidades Estatales elaborar la matriz de la Tabla 1 que incluya todos los Riesgos identificados del Proceso de Contratación, estableciendo su clasificación, la probabilidad de ocurrencia estimada, su impacto, la parte que debe asumir el Riesgo, los tratamientos que se puedan realizar y las características del monitoreo más adecuado para administrarlo, como se muestra a continuación”:

6. Tabla 1: Matriz de Riesgos

Fuente: Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|----|-------|--------|--------|------|---|--|--------------|---------|-----------------------|-----------|------------------------|---|---------------------------------|------------------------------------|--|--|--|--------------------------------|-----------------------|----------------------|
| N° | Clase | Fuente | Etapas | Tipo | Descripción (Qué puede pasar y, cómo puede ocurrir) | Consecuencia de la ocurrencia del evento | Probabilidad | Impacto | Valoración del riesgo | Categoría | ¿A quién se le asigna? | Tratamiento/Controles a ser implementados | Impacto después del tratamiento | ¿Afecta la ejecución del contrato? | Persona responsable por implementar el tratamiento | Fecha estimada en que se inicia el tratamiento | Fecha estimada en que se completa el tratamiento | ¿Cómo se realiza el monitoreo? | Periodicidad ¿Cuándo? | Monitoreo y revisión |
|----|-------|--------|--------|------|---|--|--------------|---------|-----------------------|-----------|------------------------|---|---------------------------------|------------------------------------|--|--|--|--------------------------------|-----------------------|----------------------|

7. Tabla 2: Probabilidad del Riesgo

Fuente: Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación

| | Categoría | Valoración |
|--------------|--|------------|
| Probabilidad | Raro (puede ocurrir excepcionalmente) | 1 |
| | Improbable (puede ocurrir ocasionalmente) | 2 |
| | Posible (puede ocurrir en cualquier momento futuro) | 3 |
| | Probable (probablemente va a ocurrir) | 4 |
| | Casi cierto (ocurre en la mayoría de circunstancias) | 5 |

8. Tabla 3: Impacto de Riesgo

Fuente: Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación

| Impacto | | | | | | |
|--------------------------|------------|--|--|---|--|---|
| Calificación Cualitativa | | Obstruye la ejecución del contrato de manera intrascendente. | Dificulta la ejecución del contrato de manera baja. Aplicando medidas mínimas se puede lograr el objeto contractual. | Afecta la ejecución del contrato sin alterar el beneficio para las partes. | Obstruye la ejecución del contrato sustancialmente pero aun así permite la consecución del objeto contractual. | Perturba la ejecución del contrato de manera grave imposibilitando la consecución del objeto contractual. |
| Calificación Monetaria | | Los sobrecostos no representan más del uno por ciento (1%) del valor del contrato. | Los sobrecostos no representan más del cinco por ciento (5%) del valor del contrato. | Genera un impacto sobre el valor del contrato entre el cinco (5%) y el quince por ciento (15%). | Incrementa el valor del contrato entre el quince (15%) y el treinta por ciento (30%). | Impacto sobre el valor del contrato en más del treinta por ciento (30%). |
| Categoría | Valoración | Insignificante | Menor | Moderado | Mayor | Catastrófico |
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |

9. Tabla 4: Valoración del Riesgo

Fuente: Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación

| | | Impacto | | | | |
|--------------------------|--|--|---|---|--|---|
| Calificación Cualitativa | | Obstruye la ejecución del contrato de manera intrascendente. | Dificulta la ejecución del contrato de manera baja, aplicando medidas mínimas se pueden lograr el objeto contractual. | Afecta la ejecución del contrato sin alterar el beneficio para las partes. | Obstruye la ejecución del contrato sustancialmente pero aun así permite la consecución del objeto contractual. | Perturba la ejecución del contrato de manera grave imposibilitando la consecución del objeto contractual. |
| Calificación Monetaria | | Los sobrecostos no representan más del uno por ciento (1%) del valor del contrato. | Los sobrecostos no representan más del cinco por ciento (5%) del valor del contrato. | Genera un impacto sobre el valor del contrato entre el cinco (5%) y el quince por ciento (15%). | Incrementa el valor del contrato entre el quince (15%) y el treinta por ciento (30%). | Impacto sobre el valor del contrato en más del treinta por ciento (30%). |
| Categoría | Valoración | Insignificante | Menor | Moderado | Mayor | Catastrófico |
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| Probabilidad | Raro (puede ocurrir excepcionalmente) | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 |
| | Improbable (puede ocurrir ocasionalmente) | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 |
| | Posible (puede ocurrir en cualquier momento futuro) | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
| | Probable (probablemente va a ocurrir) | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |
| | Casi cierto (ocurre en la mayoría de circunstancias) | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 |

10. Tabla 5: Categoría del Riesgo

Fuente: Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación

| Valoración del Riesgo | Categoría |
|-----------------------|----------------|
| 8, 9 y 10 | Riesgo extremo |
| 6 y 7 | Riesgo alto |
| 5 | Riesgo medio |
| 2, 3 y 4 | Riesgo bajo |

“La Entidad Estatal debe identificar e incluir en la matriz propuesta los Riesgos del Proceso de Contratación. Esta identificación de los Riesgos puede partir además de fuentes como por ejemplo los planes estratégicos, planes de acción, reportes de desempeño, presupuestos, Riesgos identificados por otras Entidades Estatales, lluvia de ideas, paneles de expertos cuando la complejidad del Proceso de Contratación lo exige, análisis DOFA (Debilidades, Oportunidades, Fortalezas y Amenazas), encuestas y cuestionarios. En este paso la Entidad Estatal debe contar con el personal responsable misionalmente del Proceso de Contratación y el personal con el conocimiento adecuado para la administración del Riesgo.” (Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, p.7)

Es importante tener presente que dentro de la etapa precontractual donde se realiza la selección del contratista, aplican las cinco modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007:

“(i) Licitación pública; Es la modalidad más utilizada de la selección de contratistas para obra pública y procesos de mayor cuantía. (ii) Selección abreviada; Se ajusta a la modalidad de selección objetiva prevista para la contratación de bienes o servicios de menor cuantía. Bajo esta modalidad, se encuentran 9 causales. (iii) Concurso de méritos; Esta modalidad contractual está estipulada para la selección de consultores o interventores, en asesorías técnicas de sincronización, control y supervisión, gerencia de obra y/o proyectos, así como los estudios para la ejecución de proyectos de inversión, diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos determinados y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. (iv) Contratación directa; Es el trámite por medio del cual la entidad estatal contrata de manera directa con un individuo natural o jurídico, la prestación de servicios profesionales, la prestación de servicios de acompañamiento a la administración o la compra de un bien o servicio, que tenga un proveedor único o por ser titular de los derechos de este. Esta modalidad contractual además procederá en caso de urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos y convenios interadministrativos. Esta manera de selección es sin dependencia de la cuantía del contrato a suscribir. (v) Mínima cuantía: La modalidad de selección de mínima cuantía es un trámite con términos cortos para elegir al contratista, siempre que el valor de la compra de los

bienes, servicios o/y obras, no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal. Una de las primordiales actividades es la publicación del pliego de condiciones donde surge la invitación a contratar.” Este se puede comprender como “el grupo de reglas que elabora de forma exclusiva la gestión para regular el trámite de selección objetiva del contratista y delimitar la llegada del contrato estatal.”

Las Entidades Estatales para mitigar la exposición de las circunstancias que pueden afectar el desarrollo y ejecución de la contratación frente a los distintos riesgos que se tienen la posibilidad de presentar, debe estructurar un sistema de administración de riesgos sabiendo, previendo aspectos como: los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del proceso de contratación; los eventos que alteren la ejecución del contrato; la estabilidad económica del contrato; la efectividad del proceso de contratación, ósea, que la Entidad Estatal logre satisfacer la necesidad que impulsó la contratación; y la valoración y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio.

Un manejo correcto del riesgo facilita a las Entidades Estatales: proveer un superior nivel de seguridad y conocimiento para la toma de decisiones vinculadas con el proceso de contratación; realizar de una mejor manera la planeación de contingencias de la contratación; aumentar el nivel de confianza entre las partes del proceso; y disminuir la oportunidad de litigios; etc.

Según el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, los eventos que tienen la posibilidad de crear resultados perjudiciales o adversos y de diferente intensidad en el logro de los objetivos del contrato tanto en su ejecución de un contrato son denominados como Riesgos.

Frente a los mismos, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la Entidad Estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su semejante”.

Para comenzar a mitigarlos es primordial llevar a cabo una administración de riesgos, que es el grupo de procesos dirigidos a asegurar a la Entidad Estatal ante los eventos en el proceso de Contratación. La administración de riesgos facilita la disminución de la posibilidad de ocurrencia del acontecimiento y de sus efectos en el proceso de Contratación. Colombia

Compra Eficiente ofrece gestionar los riesgos del proceso contractual siguiendo los pasos enumerados a continuación:

“1. Establecer el contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación. El punto inicial es identificar el contexto en el cual interactúa la Entidad Estatal para conocer el ambiente social, económico y político, e identificar (i) sus propios Riesgos; (ii) los Riesgos comunes a sus Procesos de Contratación; y (iii) los Riesgos del Proceso de Contratación en particular. En este paso la Entidad Estatal debe identificar los aspectos que se mencionan a continuación y los posibles efectos adversos que estos pueden generar. El objeto del Proceso de Contratación. Los partícipes del Proceso de Contratación. La ciudadanía que se beneficia del Proceso de Contratación. La suficiencia del presupuesto oficial del Proceso de Contratación. Las condiciones geográficas y de acceso del lugar en el cual se debe cumplir el objeto del Proceso de Contratación. La capacidad de la Entidad Estatal entendida como la disponibilidad de recursos y conocimientos para el Proceso de Contratación. El entorno socio ambiental. Las condiciones políticas. Los factores ambientales. El sector del objeto del Proceso de Contratación y su mercado. La normativa aplicable al objeto del Proceso de Contratación. Experiencia propia y de otras Entidades Estatales en Procesos de Contratación del mismo tipo

2. Identificar y clasificar los Riesgos del Proceso de Contratación. Una vez establecido el contexto, la Entidad Estatal debe identificar e incluir en la matriz propuesta los Riesgos del Proceso de Contratación. Esta identificación de los Riesgos puede partir además de fuentes como por ejemplo los planes estratégicos, planes de acción, reportes de desempeño, presupuestos, Riesgos identificados por otras Entidades Estatales, lluvia de ideas, paneles de expertos cuando la complejidad del Proceso de Contratación lo exige, análisis DOFA (Debilidades, Oportunidades, Fortalezas y Amenazas), encuestas y cuestionarios. En este paso la Entidad Estatal debe contar con el personal responsable misionalmente del Proceso de Contratación y el personal con el conocimiento adecuado para la administración del Riesgo.

3. Evaluar y calificar los Riesgos. Una vez cumplidos los anteriores aspectos a los que se refieren los numerales 1 y 2 anteriores, la Entidad Estatal debe evaluar cada uno de los Riesgos identificados, estableciendo el impacto de los mismos frente al logro de los objetivos del Proceso de Contratación y su

probabilidad de ocurrencia. Esta evaluación tiene como fin asignar a cada Riesgo una calificación en términos de impacto y de probabilidad, la cual permite establecer la valoración de los Riesgos identificados y las acciones que se deban efectuar. 4. Asignar y tratar los Riesgos. Una vez realizada la evaluación y calificación de cada uno de los Riesgos asociados al Proceso de Contratación, la Entidad Estatal debe establecer un orden de prioridades para decidir: (a) Evitar el Riesgo, para lo cual debe concluir con no proceder con la actividad que causa el Riesgo o buscar alternativas para obtener el beneficio del Proceso de Contratación. (b) Transferir el Riesgo haciendo responsable a otra entidad quien asume las consecuencias de la materialización del Riesgo, típicamente se transfiere el Riesgo a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien es el responsable. En principio general el Riesgo debe asumirlo la parte que pueda enfrentarlo en mejor forma, bien sea por su experiencia, conocimiento o papel dentro de la ecuación contractual, entre otras. (c) Aceptar el Riesgo cuando no puede ser evitado ni ser transferido o el costo de evitarlo o transferirlo es muy alto. En este caso se recomiendan medidas para reducir el Riesgo o mitigar su impacto, así como el monitoreo. (d) Reducir la probabilidad de la ocurrencia del evento, cuando el Riesgo debe ser aceptado. Para el efecto se sugieren medidas como: (i) aclarar los requisitos, requerimientos y especificaciones y productos del contrato; (ii) revisar procesos; (iii) establecer sistemas de aseguramiento de calidad en los contratos; (iv) especificar estándares de los bienes y servicios; (v) hacer pruebas e inspecciones de los bienes; (vi) establecer sistemas de acreditación profesional; (vii) incluir declaraciones y garantías del contratista; (viii) administrar la relación entre proveedores y compradores. (e) Reducir las consecuencias o el impacto del Riesgo a través de planes de contingencia, en los términos y condiciones del contrato, inspecciones y revisiones para revisar el cumplimiento del contrato y programas de apremio para lograr el cumplimiento del contrato. 5. Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos. La Entidad Estatal debe realizar un monitoreo constante a los Riesgos del Proceso de Contratación pues las circunstancias cambian rápidamente y los Riesgos no son estáticos. La matriz y el plan de tratamiento deben ser revisadas constantemente y revisar si es necesario hacer

ajustes al plan de tratamiento de acuerdo con las circunstancias. Este monitoreo debe:

- (a) Garantizar que los controles son eficaces y eficientes en el diseño y en la operación.
- (b) Obtener información adicional para mejorar la valoración del Riesgo.
- (c) Analizar y aprender lecciones a partir de los eventos, los cambios, las tendencias, los éxitos y los fracasos.
- (d) Detectar cambios en el contexto externo e interno que puedan exigir revisión de los tratamientos del Riesgo y establecer un orden de prioridades de acciones para el tratamiento del Riesgo.
- (e) Identificar nuevos Riesgos que pueden surgir.”

El documento Conpes 3714 de 2011 clasifica los riesgos de acuerdo con los siguientes tipos:

“Riesgos Económicos: son los derivados del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros. Riesgos Sociales o Políticos: son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. Riesgos Operacionales: son los asociados a la operatividad del contrato, tales como la suficiencia del presupuesto oficial, del plazo o los derivados de procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos inadecuados o insuficientes. Riesgos Financieros: son (i) el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez para obtener recursos para cumplir con el objeto del contrato, y (ii) el riesgo de las condiciones financieras establecidas para la obtención de los recursos, tales como plazos, tasas, garantías, contragarantías, y refinanciaciones, entre otros. Riesgos Regulatorios: derivados de cambios regulatorios o reglamentarios que afecten la ecuación económica del contrato. Riesgos de la Naturaleza: son los eventos naturales previsible en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros. Riesgos Ambientales: son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, incluyendo tasas retributivas y compensatorias, obligaciones de mitigación, tareas de monitoreo y

control, entre otras. Riesgos Tecnológicos: son los derivados de fallas en los sistemas de comunicación de voz y de datos, suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, obsolescencia tecnológica.”

En la etapa precontractual del proceso de la contratación pública se encuentra la denominada audiencia de estimación, fijación y asignación de riesgos, que se realiza en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y en el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007; concordantes con el artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012, y los artículos 2.2.1.1.1.6.3 –“Evaluación del riesgo”– y 2.2.1.2.1.1 –“Audiencias en la licitación”– del Decreto 1082 del 2015, en la que se lleva a cabo la identificación y valoración de los riesgos previsibles de cada contrato, a fin de que estas contingencias sean mitigadas, controladas, prevenidas y tratadas de manera oportuna y previsible, pues la esencia de la administración del riesgo es la de evitar que este se materialice y, en caso de que ello suceda, poderlo controlar y eliminar, en el mejor de los casos.

En esta audiencia se designa a la parte contractual que tendrá a cargo la responsabilidad de llevar a cabo todas las medidas tendientes a prevenir y mitigar el riesgo, utilizándose para dicho análisis, que debería ser integral, herramientas como las matrices de riesgos, los procesos, las auditorías, los documentos Conpes y los mecanismos de cobertura que existen, como las pólizas de seguro. Esta actividad de la etapa precontractual del desarrollo del contrato estatal tiene una consideración trascendental en la medida que no únicamente evita y administra el riesgo, sino que, desarrollándose este ejercicio, se coadyuva en la prevención de la responsabilidad extracontractual del Estado, que, por la ejecución de la contratación administrativa, pueda llegar a suceder. En la audiencia además hay que saber la forma de sobrellevar los riesgos que se logren detectar, los cuales son diversos de acuerdo con la clase de contrato que se vaya a estructurar. Una de estas formas de gestión y control de los riesgos es por medio de un contrato de seguro contenido en una póliza, que con, sus diferentes coberturas, puede amparar la mayor parte de las contingencias estimadas en la audiencia de valoración de riesgos.

“Este tipo de póliza pertenece a las maneras de asegurar el cumplimiento del contrato estatal que el estatuto de la contratación pública establece en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 del 2015, cuya denominación es precisada por el artículo 2.2.1.2.3.1.7 ibidem como “Garantía de cumplimiento”. (En el Decreto 1510 de 2013 se llamaba “Garantía única de cumplimiento)” (Tovar, 2018, p.60).

Sin embargo, a la fecha se tienen dos tipos de garantías complementarias a la póliza de cumplimiento estatal, las cuales son el patrimonio autónomo y la garantía bancaria, según se prescribe en el mismo artículo 2.2.1.2.3.1.2 –“Clases de garantías”– del Decreto 1082 del 2015 en el que, en contraste con los anteriores decretos reglamentarios 4828 del 2008, 734 del 2012 y 1510 del 2013, no se apunta como garantías del contrato estatal a la fiducia mercantil en garantía, el endoso en garantía de títulos valores, el depósito de dinero en garantía y las cartas de crédito stand by expedidas en el exterior, que la previa reglamentación establecía, reduciendo a tres las clases de garantías vigentes como forma de amparar los riesgos propios del contrato oficial.

Entre los riesgos a amparar, está la responsabilidad civil que puede ocasionar la ejecución de los contratos administrativos, fijándose en el Decreto 1082, que sean cubiertos por medio de la póliza de responsabilidad civil extracontractual que dan las empresas de seguros legalmente instituidas en el país. No obstante, la no identificación de uno de los muchos riesgos previsible que se dan en la contratación pública puede llegar a invocar la responsabilidad del Estado por la ocurrencia de una contingencia no amparada por medio de la póliza de cumplimiento estatal.

En síntesis, surge un riesgo no estimado en el análisis previo que se efectuó por medio de la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos a lo largo de la etapa precontractual del proceso, lo que generaría la responsabilidad extracontractual de las partes, ya que de ellas son las secuelas y resultados de los actos llevados a cabo con oportunidad de la ejecución del contrato, y por ello la relevancia del análisis integral del riesgo en la audiencia de estimación, tipificación y asignación como mecanismo idóneo de la administración pública.

En temas de riesgos referentes a la contratación estatal se hace primordial indicar el principio más relevante: PRINCIPIO DE PLANEACIÓN (Pretensiones identificadas, estudiadas,

evaluadas y presupuestadas antes de contratar.) Impone que la decisión de contratar no sea el resultado de la imprevisión, la improvisación o la discrecionalidad de las autoridades, sino que obedezca a reales necesidades sociales, cuya satisfacción fue estudiada, planeada y presupuestada por el Estado con la adecuada antelación, con la exclusiva finalidad de cumplir con los fines estatales.

Los contratos del Estado tienen que siempre corresponder a negocios oportunamente diseñados, pensados, acorde a las pretensiones y preferencias que demanda el interés público; en otras expresiones, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. Omitir dicho deber puede conducir a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto.

Respecto de la Identificación del Riesgo Previsible, se relaciona como riesgo el hecho de sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad del contratista según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 y violaciones al régimen de conflictos de intereses, los cuales sin importar que sean situaciones que tienen la posibilidad de modificar las condiciones de un contrato tienen un tratamiento propio dentro del EGCAP.

Se confunden los peligros previsible en la contratación con otros conceptos que tiene régimen propio en el contexto de la responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual o cumplimiento de las obligaciones contractuales. Entre otras cosas, incumplimientos del contratista, la responsabilidad extracontractual que pueda aparecer para la entidad por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas.

La teoría del riesgo previsible surge con ocasión a la necesidad que tiene la administración pública en contar con las herramientas suficientes para poder mitigar los riesgos que se presenten durante la ejecución del contrato, los cuales deben ser identificables con antelación a la ocurrencia de ellos.

En efecto, el CONPES 3714 de 2011 define la mitigación como la toma de medidas para amortiguar el impacto ante la ocurrencia del riesgo y esta definición es armónica con el CONPES 3714 de 2011, que en su acápite de antecedentes señala que una de las finalidades de dicho documento es permitir que las partes del contrato estatal realicen las previsiones necesarias para mitigar los riesgos asignados, y que a su vez, se dé cumplimiento a las

obligaciones contenidas en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, así: 3 Ibid. “Como medida para el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual; dar claridad en las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales; contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado; y lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las previsiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 incluyó la obligación de incorporar en los pliegos de condiciones la “estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación estatal”. (Consejo de Estado, ref. 1101-03-26-000-2015-00068-00(53897). 2019).

-Etapa contractual: se perfecciona y se ejecuta el contrato. El contrato estatal se entiende perfeccionado cuando se logra un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y dicho acuerdo se eleve a escrito. El contrato escrito no es necesario que se lleve a escritura pública, salvo aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad (L. 80/93, arts. 37 y 41). Esta fase cubre, esencialmente, el cumplimiento de la prestación a cargo del contratista, por un lado, y la contraprestación que hace la entidad estatal, por el otro.

La ejecución requiere de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto (L. 80/93, art. 41).

-Etapa postcontractual: se encarga de las actividades una vez el contrato ha finalizado, bien sea por su ejecución o por alguna otra causa que impida la continuación de esta, como el advenimiento de una inhabilidad.

Aquí procede la liquidación del contrato. La liquidación es, normalmente, un acuerdo de voluntades, por lo que es necesario que se agoten todos los recursos con miras a que el contratista participe activamente en la liquidación.

11. Consideraciones finales

Al finalizar este ejercicio de estudio y análisis de la contratación estatal y sus riesgos, los CONPES, los Manuales y ver su aplicabilidad en el municipio de Rionegro, en sus procedimientos y en la ejecución; cabe como conclusión que el gobierno local dispone de muy buenas herramientas a la hora de desarrollar un contrato estatal. Esto no solo hablando de las herramientas tecnológicas y teóricas, sino de la capacidad humana con la que cuenta.

En definitiva, Colombia Compra Eficiente ha logrado elaborar lineamientos públicos en materia de contratación estatal que permiten asegurar el cumplimiento y la ejecución idónea de los contratos públicos.

La administración de riesgos entendida como el conjunto de procesos dirigidos a proteger a la Entidad Estatal de los eventos en el Proceso de Contratación. Esta permite reducir la probabilidad de ocurrencia del evento y de su impacto en el Proceso de Contratación. Colombia Compra Eficiente propone administrar los Riesgos del Proceso de Contratación siguiendo los pasos enumerados a continuación:

1. Establecer el contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación
2. Identificar y clasificar los Riesgos del Proceso de Contratación
3. Evaluar y calificar los Riesgos.
4. Asignar y tratar los Riesgos
5. Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos

Todas estas disposiciones que propone Colombia Compra Eficiente se ven desarrollados al detalle en el Manual de Contratación del Municipio de Rionegro, realizando así una minuciosa tarea en los procesos de contratación enfocada en evitar los riesgos.

Pues hay una identificación real de la necesidad de la institución como tal, que se acompaña de análisis certeros para acelerar los procesos de selección, sin dejar de lado la aplicabilidad de la matriz de riesgos que permite la toma de decisiones dentro de la organización.

12. Bibliografía

Manual de Contratación del Municipio de Rionegro

Colombia Compra Eficiente. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf

Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con Régimen Especial de Contratación. Disponible en: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/s%C3%ADntesis-contrataci%C3%B3n-estatal-etapa-precontractual>

Colombia Compra Eficiente. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf

Secretaría del Senado. Ley 80 de 1993. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Secretaría del Senado. Ley 1450 de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1450_2011.html

Secretaría del Senado. Ley 1474 de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Función Pública. Decreto 0019 de 2012. Disponible en:
<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/604808/1888.pdf/21acb602-d97b-4715-9722-1144ab0a8f03>

Rico Puerta, Luis Alonso. 2000. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal

Sarmiento, Juan. 2016. La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. Universidad del Externado. Disponible en:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4785/5645>

Tovar, Adrián. 2018.. La importancia del Análisis del Riesgo en la Contratación Oficial como Herramienta de Gerencia Pública. Revista Integritas. Disponible en:
[https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/publicaciones/Revista%20Integritas%202%20\(58-69\)%20La%20importancia%20del%20an%C3%A1lisis%20del%20riesgo%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20oficial%20como%20herramienta%20de%20gerencia%20p%C3%BAblica.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/publicaciones/Revista%20Integritas%202%20(58-69)%20La%20importancia%20del%20an%C3%A1lisis%20del%20riesgo%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20oficial%20como%20herramienta%20de%20gerencia%20p%C3%BAblica.pdf)

Portal web Blog Legis. 2021. Las Etapas de la Contratación Estatal. Disponible en:
<https://blog.legis.com.co/juridico/etapas-contratacion-estatal>

Portal web Colombia Compra www.colombiacompra.gov.co

Portal web VLex www.vlex.com.co

