

La administración de los riesgos en la contratación por prestación de servicios profesionales en Colombia según la Ley 1150 de 2007*

The administration of risks in hiring for rendering professional services in Colombia according to Law 1150 of 2007

A administração dos riscos na contratação por prestação de serviços profissionais na Colômbia, segundo a lei 1150 de 2007

DOI: <https://doi.org/10.21803/pensam.v12i24.309>

Leidy Viviana López Bedoya

<https://orcid.org/0000-0003-2955-5707>

Katherine Lorena Guerrero Morales

<https://orcid.org/0000-0002-2624-675X>

Resumen

En este artículo se describe la figura de los estudios previos como etapa preliminar para los procesos de contratación estatal desde una óptica doctrinal y jurisprudencial que procure una caracterización que sirva de referente para comprender su importancia en la contratación por prestación de servicios profesionales. Debe analizarse las implicaciones de la administración de los riesgos en la contratación por prestación de servicios profesionales en Colombia según la Ley 1150 de 2007. A través de un rastreo documental se busca resolver el problema planteado mediante la identificación bibliográfica de fuentes de carácter doctrinal, normativo y jurisprudencia en torno al tema objeto de estudio; abordaje que se realiza desde un enfoque cualitativo de tipo descriptivo, con un diseño de estudio no experimental. Se logra evidenciar que los contratos de prestación de servicios profesionales en Colombia que se rigen bajo la Ley 1150 de 2007 no poseen una adecuada administración de los riesgos, debido a la falta de previsión en su estimación, tipificación y asignación en la etapa precontractual de los estudios previos. La contratación estatal por prestación de servicios profesionales debe estar regida por los principios de eficiencia y transparencia, los cuales deben ser de permanente aplicación, aun desde la misma etapa precontractual.

Palabras Claves: administración de los riesgos, contratación, prestación de servicios profesionales, estimación, tipificación y asignación de los riesgos, etapa precontractual, transparencia.

Abstract

This article describes the figure of previous studies as a preliminary stage for state contracting processes from a doctrinal and jurisprudential perspective that provides a characterization that serves as a reference to understand its importance in contracting for the provision of professional services. Analyze the implications of the administration of risks in hiring for rendering professional services in Colombia according to Law 1150 of 2007. Through a documentary tracking, we seek to solve the problem posed by means of the bibliographic identification of sources of doctrinal, normative and jurisprudential nature around the subject matter of the study; approach that is carried out from a qualitative approach of a descriptive type, with a non-experimental study design. It is possible to show that the contracts for the provision of professional services in Colombia that are governed by Law 1150 of 2007 do not have an adequate risk management, due to the lack of foresight in their estimation, classification and assignment in the pre-contractual stage of the previous studies. State contracting for the rendering of professional services must be governed by the principles of efficiency

¿Cómo citar este artículo?

López, L. & Guerrero, K. (2019). La administración de los riesgos en la contratación por prestación de servicios profesionales en Colombia según la Ley 1150 de 2007. *Pensamiento Americano*, 12(24), 54-68.

DOI: <https://doi.org/10.21803/pensam.v12i24.309>



* Artículo original derivado de proyecto de investigación "LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN COLOMBIA SEGÚN LA LEY 1150 DE 2007" realizado entre los años 2018-2019 como proyecto para optar al título de magíster en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.

and transparency, which must be of permanent application, even from the same pre-contractual stage.

Keywords: risk management, hiring, rendering of professional services, estimation, classification and assignment of risks, pre-contractual stage, transparency.

Resumo

Neste artigo se descreve a figura dos estudos prévios como etapa preliminar para os processos de contratação estatal desde uma ótica doutrinal e jurisprudencial que procure uma caracterização que sirva como referente para compreender a sua importância na contratação por prestação de serviços profissionais. Deve-se analisar as implicações da administração dos riscos à contratação por prestação de serviços profissionais na Colômbia, segundo a lei 1150 de 2007. Mediante um rastreamento documental, busca-se resolver o problema posto diante da identificação bibliográfica de fontes de caráter doutrinal, normativo e a jurisprudência sobre o tema objeto de estudo; a abordagem realizada foi baseada em um enfoque qualitativo, de tipo descritiva, e não experimental. Evidenciou-se que os contratos de prestação de serviços profissionais na Colômbia regidos pela lei 1150 de 2007 não possuem uma adequada administração dos riscos devido à falta de previsão na estimativa, tipificação e designação na etapa pré-contratual dos estudos prévios. A contratação estatal por prestação de serviços profissionais deve estar regida pelos princípios de eficiência e transparência, os quais devem ser de aplicação permanente, desde a mesma etapa pré-contratual.

Palavras-chave: : administração dos riscos, contratação, prestação de serviços profissionais, estimativa, tipificação e designação dos riscos, etapa pré-contratual, transparência.

Perfil

Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Medellín; maestranda en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.
E-mail: leidy.abogada@outlook.com. leidy.abogada@outlook.com

Leidy Viviana López Bedoya
Abogada

Perfil

Especialista en Contratación Estatal y Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín; maestranda en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.
E-mail: katherin46.32@hotmail.com.

Katherine Lorena Guerrero Morales
Abogada

Introducción

En Colombia, el legislador ha tenido el propósito de armonizar las exigencias de la dinámica como funciona el aparato estatal, y para ello se ha valido de diferentes instrumentos legales, los cuales han resultado apropiados para los intereses del Estado, basándose en fundamentos legales y legítimos para su interpretación y aplicación en el marco de la contratación estatal.

Precisamente, tal y como manifiesta la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-154 de 1997, cuando se hace referencia al concepto de autonomía de la voluntad que tiene el Estado para contratar, se está haciendo alusión a una función que se encuentra expresamente regulada en la ley, lo cual significa que la contratación debe ceñirse a las estipulaciones legales existentes sobre la materia para poder alcanzar los fines del Estado.

Esa búsqueda se encuentra determinada, en gran medida, por el alcance de la autonomía de la voluntad administrativa, la cual, según la Corte Constitucional, se encuentra limitada frente a las reglas del derecho público; y agrega:

La decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo. Las estipulacio-

nes sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal (Corte Constitucional, Sala Plena, C-154 de 1997).

En Colombia, las disposiciones normativas sobre contratación estatal establecen la obligación de llevar a cabo un estudio de los diferentes riesgos para evitar que estos procesos se paralicen y que se produzcan reclamaciones durante la ejecución del contrato, aspectos que encuentran fundamentación en los artículos 3, 4, 15, 17 (numeral 2) y 159 de la Ley 1150 de 2007, artículo 17 del Decreto 1510 de 2013, artículo 2.2.1.1.6.3. del Decreto 1082 de 2015 y los Decretos 4170 de 2011 y 2157 de 2017.

Sin embargo, el legislador colombiano no aborda de manera explícita las diferentes reglas metodológicas para su distribución, lo que da lugar a que las previsiones queden bajo la potestad de las partes, haciéndose necesario su establecimiento, situación que implica una alta probabilidad de afectación de las condiciones propias del contrato.

Al respecto, la aplicación de metodologías para la estimación, tipificación y asignación de los riesgos en los procesos de contratación estatal en Colombia implica la aplicación de una serie de principios y factores que parten de la preservación de la conmutatividad del contrato y conllevan el surgimiento, por parte del Estado, de riesgos anormales; por ello hay que tener en cuenta lo señalado en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que 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 y en sus estudios previos o su equivalente, que permitan (i) proporcionar un mayor nivel de certeza y

conocimiento para la toma de decisiones relacionadas con el Proceso de Contratación, (ii) mejorar la planeación de contingencias del Proceso de Contratación, (iii) incrementar el grado de confianza entre las partes del Proceso de Contratación, (iv) reducir la posibilidad de litigios; entre otros; esto hace necesario llevar a cabo procesos equilibrados de negociación de los riesgos, desarrollar nuevos acuerdos a través de la renegociación de los contratos; realizar compensaciones aritméticas de los riesgos que se asumen, así como los riesgos transferibles que sobrepasan las consecuencias estimadas.

Frente a lo anterior es necesario estructurar un sistema de administración de Riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: (a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio.

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, especialmente en el marco de la contratación administrativa, y ello se debe a que aún hoy existen ciertas vicisitudes que no permiten establecer una caracterización clara sobre este figura contractual, ya que por su naturaleza y características se tiende a una contratación con el mínimo de exigencias en la etapa precontractual de los estudios previos.

Estado del arte

Al realizar una identificación de los diferentes estudios y publicaciones que se han desarrollado en torno al tema aquí propuesto, se pu-

dieron identificar en diversas bases de datos de revistas indexadas y en catálogos de varias bibliotecas de la ciudad de Medellín algunos estudios realizados en torno al tema de la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación administrativa en Colombia, los cuales se exponen a continuación, siguiendo un orden cronológico.

Para Fonseca (2002), el tema de los riesgos en la contratación estatal en obras públicas se ha convertido un asunto polémico en torno al cual se han establecido diferentes posturas: por un lado, están quienes manifiestan que el Estado tiene la potestad de mantener el equilibrio económico durante el tiempo que perdure el contrato, y de otra parte se encuentran los que abogan por la reducción del mantenimiento del equilibrio económico. Frente a estas posturas, este autor propone una fórmula para destruir los riesgos a partir de una interpretación estructurada de la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones normativas complementarias y agrega que al contratista no se le pueden trasladar todos los riesgos y, por ende, no existe un mecanismo que permita determinar el valor de los riesgos dentro del precio del contrato; por tanto, si se rompe el equilibrio económico, al contratista se le debe garantizar una remuneración por su trabajo.

Fandiño (2011), por su parte, señala que el Estatuto General de la Contratación en Colombia permite la realización de estudios para valorar los riesgos de un contrato y así evitar que estos se paralicen o se presenten reclamaciones durante su proceso de ejecución; sin embargo, dicho estatuto, dice el autor, no tuvo en cuenta la fijación de reglas de carácter metodológico, quedando el tema de la distribución de los riesgos en manos de la entidad contratante y de la entidad contratista, lo cual afecta claramente la economía del contrato.

Se insiste, por tanto, en la necesidad de que en Colombia se establezcan reglas claras de carácter metodológico para la distribución de los riesgos, especialmente en los contratos de obra y de infraestructura vial, pero también debe haber pautas que permiten determinar riesgos anormales que permiten negociar de manera equilibrada los riesgos que procuren la renegociación de los contratos y que permitan una compensación aritmética cuando los riesgos transferibles sobrepasan las consecuencias estimadas; con estas reglas se evitaría la imposición de cargas onerosas para cualquiera de las partes del contrato.

Sánchez (2011), sin tener como referente principal el tema de los riesgos en la contratación estatal, aborda los diferentes elementos que hacen parte de los procesos de selección de los contratistas, por ello invita a las entidades estatales y a los contratistas a que el tema de los riesgos quede relegado a un segundo plano, ya que seleccionando contratistas adecuados, se evitarían riesgos inherentes a la elección de un contratista no idóneo. Agrega el autor que una inadecuada planeación del proceso de selección da lugar a una mayor presencia de riesgos a futuro, caracterizados por procesos litigiosos iniciados por cualquiera de las partes.

De Vega (2012), expone en su artículo sobre la distribución de riesgos en el contrato estatal en Colombia que un riesgo de naturaleza contractual es todo evento aleatorio que afecta la ejecución de un contrato, el cual genera un impacto en su resultado, tanto en materia de costos como en los ingresos; es por ello que existe la obligación de que en todo contrato estatal se tipifiquen, cuantifiquen y asignen los riesgos contractuales, pero a su vez que se determinen los riesgos no contractuales, pues no toda incertidumbre es un riesgo del contrato; así, los riesgos empresariales, el incumplimiento de una de

las partes y los amparos contemplados en las pólizas de cumplimiento pueden determinarse como riesgos contractuales. En la contratación estatal es necesario tener en cuenta que la equivalencia de prestaciones, contrario a lo que puede suceder en el derecho civil, según lo preceptuado por el artículo 1498 de dicha codificación, en donde una de las partes estima como equivalente a lo que la otra parte se obliga a dar o hacer, el asumir una contingencia incierta de ganancia o pérdida, es una equivalencia en sentido objetivo o material. Así las cosas, el contrato estatal no puede estar sometido, ya que de por medio se encuentran intereses públicos y generales, a contingencias inciertas, pues no es posible conocer cuál va a ser el destino económico de las partes de la relación contractual.

Quiñones (2013) busca verificar la aplicación de la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles, tomando como base el estudio de Pliegos de Condiciones de Empresas Públicas de Medellín (EPM) y el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), a través del análisis de los antecedentes de la Ley 1150 de 2007, la jurisprudencia y la doctrina, diferenciándola claramente de los riesgos imprevisibles. Se enseña como la aplicación de los riesgos previsibles en la etapa contractual en su etapa inicial presentó inconvenientes, dados los excesos en las prerrogativas de las entidades estatales, pero tales obstáculos han venido superándose, para acercarse al fin de ellos de lograr una mejor ecuación contractual que evite futuras controversias.

Ospina (2017), evidencia y evalúa la efectividad de las entidades estatales en la asignación de los riesgos en la contratación pública, teniendo en cuenta la tipificación, estimación y principalmente la asignación, conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y el Conpes 3714 de 2011, que hace referencia a los riesgos previsibles en la contra-

tación pública en Colombia. Para el autor las diferentes entidades estatales no están cumpliendo con una adecuada distribución de los riesgos en los pliegos de condiciones y no se hace una aplicación efectiva del Conpes 3714, de ahí que no exista una correcta aplicación de los riesgos previsible en la contratación pública del país.

Cardona y Ortiz (2017), al referirse a los riesgos que se derivan de los proyectos de infraestructura pública, especialmente los de carácter vial, señalan que en este tipo de contratos se presenta un alto grado de incertidumbre, ello por las características, alcance y magnitud de esta clase de obras, las cuales generalmente se ven afectadas por distintos riesgos, tanto en la estructuración de los contratos como en la ejecución y mantenimiento de los mismos; es por ello que el legislador colombiano dictó la Ley 1508 de 2012 y los diferentes documentos Conpes sobre estimación de riesgos, mediante los cuales se estableció un marco regulatorio para la estructuración de Asociaciones Público Privadas (APP), buscando que las diferentes partes de un contrato asuman los riesgos según su capacidad y funciones. Agregan los autores que la determinación de los riesgos en los esquemas de APP de cuarta generación vial es necesario que no se presenten sobre costos ni mucho menos prolongaciones en el tiempo y siempre se debe abogar por la transparencia y la confianza de tal forma que con ello se incrementen y se consoliden la estructuración y financiación de este tipo de iniciativas público privadas.

Por último, Cadena y Almeciga (2018) exponen una investigación que consiste desarrollar un modelo que permita evaluar el riesgo técnico existente respecto al incumplimiento en la ejecución de una obra pública, encontrando la probabilidad de terminación dentro del presupuesto estimado inicialmente en la formulación del proyecto de ingeniería.

Los riesgos en la contratación estatal de servicios profesionales en Colombia

La contratación estatal es una de las herramientas más valiosas que tienen las entidades públicas para cumplir sus finalidades constitucionales y legales. Ante tal circunstancia, se hace necesario identificar las limitaciones a las actuaciones de la administración, como entidad contratante y, para cumplir tal cometido se legisla en materia de contratación estatal, para evitar la corrupción y violación del principio de legalidad con actuaciones caprichosas y arbitrarias, por parte de la administración; de ahí que se instauren medidas previas que implican planeación y perentoriedad del objeto contractual.

La Ley 1150 de 2007, modificó sustancialmente la Ley 80 de 1993, sobre la contratación estatal; uno de los cambios que introdujo fue la consagración en su artículo 4° de los riesgos previsible del contrato, los cuales deben hacer parte de la etapa previa de la contratación y gozar de audiencia especial, para su tipificación, estimación y asignación; para reglamentar la materia, el gobierno nacional ha expedido diferentes disposiciones; en este sentido, se destaca el Decreto 734 de 2012, en cuyo artículo 2.1.2. se hacía referencia a la determinación de los riesgos previsible en los siguientes términos:

Para los efectos previstos en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsible se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto.

De imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales (...) (Presidencia de la República, Decreto 734 de 2012, art. 2.1.2.).

Dicha disposición, fue derogada posteriormente por el Decreto 1510 de 2013, en cuyo artículo 39 se establecen las condiciones para el desarrollo de las audiencias de licitación.

En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de riesgos (Presidencia de la República, Decreto 1510 de 2013, artículo 39).

De conformidad con la normativa en comentario, cuando se realiza la audiencia para asignar los riesgos la entidad estatal es la encargada de hacer el análisis de los mismos y hacer la asignación de los riesgos respectiva.

Por su parte, el contrato de prestación de servicios profesionales, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, hace referencia a un contrato público celebrado con el Estado para el desarrollo de una actividad relacionada con el funcionamiento de una entidad estatal, que se celebra con una persona natural, cuando la actividad contratada requiere de un conocimiento especializado o no puede realizarse con personal de planta.

El principio de selección objetiva en la contratación que se lleva a cabo en la contratación por prestación de servicios profesionales en Colombia se presenta como el principal

instrumento de eficiencia y transparencia en la contratación. El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 la define así:

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva (Congreso de la República, Ley 1150 de 2007, art. 5).

Sin embargo, su consagración no es nueva, pues ya el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que fue derogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se refería a él. Sin embargo, la virtud de la reforma en este aspecto tiene que ver con la reformulación que en la Ley 1150 se hace de este principio, en el sentido de superar la confusión existente en la Ley 80 entre las condiciones relativas al proponente y las referidas a la oferta, que no daba elementos objetivos para asignar mayor importancia a unas u otras a la hora de seleccionar al contratista.

De esta manera, resultaba potestativo de la entidad dar puntaje a circunstancias relacionadas con el proponente, lo que, en el peor de los casos, permitía el direccionamiento de los procesos hacia un determinado proponente o hacia un grupo de ellos, con evidente perjuicio de la transparencia que debe presidir el proceso. Aun si no se usaba la permisión legal de esa manera, de cualquier forma la entidad podía terminar adquiriendo el peor producto o el más caro, simplemente porque se concentraba en evaluar al "mejor proponente". Lo que la administración adquiere es [sic] bienes, obras o servicios y no proponentes (Suárez, 2006, p. 61).

Esta situación quiso ser corregida por la Ley

1150 de 2007, en cuya exposición de motivos y respecto del principio de selección objetiva se dijo:

Piedra angular de la apuesta que hace el proyecto por la obtención de los objetivos concurrentes de eficiencia y transparencia se encuentra en la reformulación del contenido del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento; es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso ("pasa, no pasa") y en consecuencia la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos (Benavides, 2009, p. 31).

Así, el ya referido artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 consagra que para la realización de este principio "los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes" se deben tener en consideración los siguientes criterios específicos:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. (...).
2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los

mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. (...).

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores (...) (Congreso de la República, Ley 1150 de 2007, art. 5).

Expuestos los antecedentes que dieron origen a la Ley 1150 de 2007, y más concretamente al artículo 4, el cual estableció que "los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación" administrativa, se desarrolla dicho asunto, según estima Quiñones (2013), con el objeto de establecer las características de la tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles, involucrados en esta clase de contratación. Se resalta que es necesario tipificar los riesgos económicos,

sociales o políticos, operacionales, financieros, regulatorios, de la naturaleza, ambientales y tecnológicos en todo tipo de contrataciones administrativas. Con respecto a la estimación se destacan la cuantitativa y la cualitativa. De igual manera se hace alusión a la asignación: a quién debe asignarse, el riesgo económico, social, operacional, financiero, regulatorio, de la naturaleza, ambiental y tecnológico.

De acuerdo con Becerra (2008), con la asignación de los riesgos contractuales, aún en la contratación de servicios profesionales, se distribuyen estos, de acuerdo con la capacidad que tenga cada una de las partes para su gestión, control, administración y mitigación, lo cual debe manifestarse claramente en el pliego de condiciones, incluyendo los riesgos previsibles en la ecuación contractual, de tal forma que se permita un tratamiento específico a éstos, suprimiendo toda posibilidad de alegar cualquier alteración al equilibrio contractual.

Luengas (2015) destaca que la administración de los riesgos corresponde a un proceso que parte del establecimiento del contexto en el que se va a realizar el proceso contractual para identificar, clasificar, evaluar y calificar los riesgos, asignando el tratamiento que se le debe dar a cada riesgo y asignando las responsabilidades de gestión del mismo.

Según Granillo (1990), el riesgo debe asignarse a la parte que tenga mayor capacidad para asumirlo.

Hay que tener en cuenta que la equivalencia de prestaciones, a diferencia de lo que puede ocurrir en derecho civil a la luz de lo dispuesto en el artículo 1498 de dicho estatuto, en donde una de las partes estima como equivalente a lo que la otra parte se obliga a dar o hacer, el asumir una contingencia incierta de ganancia o

pérdida, es una equivalencia en sentido objetivo o material (p. 3).

Se constituye una obligación para la entidad estatal incorporar en el pliego de condiciones la asignación de los riesgos, señalando cuál de los sujetos contractuales tiene que soportarlo de manera total o parcialmente.

El Departamento Nacional de Planeación (DNP), a través del Documento Conpes 3714 de 2011, consideró que para el ejercicio de la asignación de los riesgos previsibles, y teniendo en cuenta el Decreto 432 de 2001 para la política del riesgo, se recomienda tener en cuenta cinco aspectos puntuales. Primero, el tipo y modalidad de contrato, ya que ello es importante para determinar el nivel de transferencia de responsabilidad al contratista; segundo, la proporcionalidad de la transferencia de los riesgos, la cual debe ser igual a la cantidad de información que se tenga para poder mitigar el riesgo; tercero, que la asignación de riesgos previsibles se haga de acuerdo a la capacidad del contratista; cuarto, que las matrices de riesgo no se realicen sin tipificación, estimación o cuantificación; y quinto, que no existan cláusulas que restrinjan el equilibrio económico del contratista.

El Documento Conpes 3714 de 2011 también identifica los diferentes tipos de riesgos que pueden desprenderse de un proceso contractual de prestación de servicios profesionales, tales como: riesgos económicos, riesgos sociales o políticos, riesgos operacionales, riesgos financieros, riesgos regulatorios, riesgos tecnológicos, e inclusive, riesgos de la naturaleza y ambientales.

Se señala también en el mismo Conpes que las anteriores recomendaciones de asignación se presentan de manera enunciativa y no eximen al Estado para revisar los procesos contractuales de prestación de servicios; por

lo cual, la parte seleccionada tiene la posibilidad de reducir el tipo de vulnerabilidad frente a los riesgos y proponer estrategias para reducir el impacto de posibles daños generados por la ocurrencia de un riesgo.

El Documento Conpes 3714 de 2011, estipula al respecto que pueden plantearse diferentes clases de respuesta frente a un mismo riesgo. En primer lugar, el documento hace referencia a evitar el riesgo; de esta manera, la parte que asume el riesgo toma las medidas que hacen posible que consistente y sistemáticamente eluda o elimine el riesgo, ya sea con la eliminación del origen del riesgo o evitando participar en contratos en los que puede haber presencia del riesgo.

Por su parte, la respuesta relacionada con la prevención consiste en tomar medidas que conduzcan a reducir la probabilidad de ocurrencia del riesgo. Si bien en la contratación de servicios profesionales los riesgos son menores que en un contrato de obra, ello no significa que debe dejarse de hacer la respectiva valoración de los riesgos.

Respecto a transferir o compartir el riesgo, esto implica que se transfiere a la parte que mejor puede manejarlo (al menor costo), de tal forma que se aseguren las relaciones contractuales entre garantes y asegurados, proceso en el cual resulta fundamental la actividad que cumplen los bancos y las aseguradoras en materia de garantías de riesgos, valoración de los riesgos y la forma de asegurarlos.

El riesgo también se puede retener, es decir, asumir el riesgo en el momento que se presente, comúnmente en los casos en los cuales el valor del riesgo es menor al costo de gestionarlo.

También se puede aceptar el riesgo cuando la probabilidad de una pérdida es tan mínima que se acerca a cero, situación que es bastante

común en la contratación de servicios profesionales. Los riesgos que no se puede evitar o transferir deben retenerse como regla general.

Por último, es importante mencionar que el riesgo puede mitigarse, lo cual consiste en tomar medidas que conduzcan a reducir el impacto ante la contingencia del riesgo.

Ahora bien, en cuanto a la formulación de estudios previos en los procesos de contratación para la prestación de servicios profesionales en Colombia, vale señalar que ésta es una actividad que implica tener en cuenta quince pasos concretos:

Identificar las generalidades del contrato.

Describir la necesidad que se pretende satisfacer con el proceso de contratación.

Establecer el alcance del objeto.

Determinar las actividades a desarrollar de conformidad con el objeto a contratar.

Definir las obligaciones del contratista.

Señalar el personal requerido.

Plantear un cronograma de ejecución.

Valorar la modalidad de selección contractual y fundamentos jurídicos que soportan su elección.

Calcular la determinación económica del contrato.

Establecer la experiencia e idoneidad.

Enumerar los requisitos legales.

Analizar y estimar los riesgos de la contratación.

Formular las garantías.

Señalar las cláusulas excepcionales.

Proponer acuerdos comerciales y tratados internacionales (si es el caso) (Ospina, 2017, p. 51).

Dichos pasos se encuentran estructurados en una matriz de riesgo, en la cual es posible identificar la clase, fuente, etapa y descripción del riesgo, así como la consecuencia de la ocurrencia del evento riesgoso, la probabilidad, el impacto, la valoración, categoría y a quién se le asigna el riesgo; se incluye además el tratamiento y controles implementados, el impacto después del tratamiento, si afecta o no la ejecución del contrario, la persona responsable de la implementación del tratamiento y el monitoreo y la revisión.

Las actividades a desarrollar para el cumplimiento del objeto del proceso contractual son todas aquellas enmarcadas dentro de las obligaciones específicas del contratista, tendientes a mantener la información correspondiente para suministrar a los órganos de control y demás entidades que requieran la información de los contratos celebrados con la respectiva dependencia del ente territorial.

En este tipo de contratos se plantean las siguientes obligaciones generales:

Dar cumplimiento a lo preceptuado en las Leyes 1150 de 2007 y 1562 de 2012 y el Decreto 723 de 2013, referente a la obligatoriedad de los contratistas de estar afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión y Riesgos Laborales y parafiscales.

Dar cumplimiento al capítulo 5 artículo 18 del Decreto No. 0723 de 2013 reglamentario de la Ley 1562 de 2012, en rela-

ción con la obligación del contratista de allegar la certificación del examen pre ocupacional respectivo una vez legalizado el contrato.

Una vez legalizado el contrato, el contratista deberá registrar en el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público –SIGEP– la información de su hoja de vida (artículo 227 Decreto Ley 019 de enero 10 de 2012).

Acatar las recomendaciones que le sean indicadas por el Supervisor del contrato.

Elaborar los informes que le sean solicitados por el Supervisor.

Asistir a las diferentes reuniones que le sean programadas y donde sea requerido para el conocimiento de la gestión municipal o para asuntos relacionados con el contrato.

Conocer y aplicar los métodos y procedimientos de control interno y sistema de gestión de la calidad de la entidad pública contratante.

Custodiar y cuidar la documentación y bienes que por razón de su servicio le sea encomendado, guardando la reserva legal en la información que así lo requiera (Quiñones, 2013, p. 14).

Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el documento Conpes 3714 de 2011, en concordancia con el numeral 6 del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013, y el manual para identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación de la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, todo ente territorial que realice contratos de prestación de servicios profesionales debe considerar el establecimiento de

los diferentes riesgos previsibles involucrados en la contratación para cada proceso.

El riesgo contractual se encuentra referido concretamente a la relación entre las partes que se deriva del contrato estatal, por ello, con los riesgos previsibles se busca identificar las situaciones reales que pueden afectar la ejecución de un contrato, las dificultades que puedan generarse y los costos económicos que se deriven, por lo cual, las partes prevén la posibilidad de su ocurrencia, integrándolos al contrato desde el pliego de condiciones y haciéndolos claros a través de la respectiva audiencia pública para el establecimiento de los riesgos previsibles, por ello a las obligaciones normales del contrato, se agregan las derivadas de la tipificación, estimación y asignación de riesgos a cada parte, asumidas en virtud de mandato legal y de la autonomía de la voluntad.

En la teoría de la imprevisión aparecen circunstancias sobrevinientes, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que alteran la ecuación contractual y que aparecen luego de la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales, pero alteran de manera grave el contenido de éste, siendo necesaria la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias, de acuerdo con el artículo 868 del Código de Comercio colombiano. En decisión de 2003, el Consejo de Estado colombiano, alude a la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

La teoría de la imprevisión, se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: la existencia de un

hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. _ Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato. Respecto al primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad. En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal. Supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever (...) (Consejo de Estado, Sección tercera. Radicado 14577, 2003).

Se evidencia con todo lo anterior entonces la gran diferencia entre los riesgos previsibles y la teoría de la imprevisión, sus nombres son indicativos de la diferencia de figuras, así los primeros hacen parte de los riesgos del contrato y los segundos son exógenos.

De la formulación del principio de selección objetiva que debe hacer un ente territorial, este debe tener presente cuatro criterios para determinar en la propuesta que acogerá para la celebración de cualquier contrato de prestación de servicios profesionales.

El primero hace relación a la exigencia de las condiciones habilitantes mínimas para que un proponente pueda participar en los procesos de selección para contratar con el respectivo ente territorial o dependencia estatal y que consisten en las calidades personales, financieras y profesionales conforme a las cuales pueda inferirse que cumplirá con el

contrato. Esas condiciones, como se indica, son habilitantes para participar en el proceso de selección, pero no asignan puntajes a los proponentes en ese proceso, con la salvedad de los casos en los cuales el objeto del contrato es la consultoría, en donde las condiciones del proponente sí son determinantes para la calidad de la oferta.

Esta determinación de las calidades habilitantes para participar del proceso de selección, se conoce bajo la formulación del denominado principio de “pasa, no pasa”, de conformidad con el cual el registro de los proponentes tiene por objeto verificar si cumplen o no con las condiciones para contratar con el Estado. La efectividad de este propósito se concreta a través del Registro Único de Proponentes que constituye la principal herramienta para que las entidades puedan verificar el cumplimiento de las condiciones referidas en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y cuya administración corresponde a las Cámaras de Comercio.

El segundo criterio consiste en la formulación según la cual se seleccionan ofertas y no proponentes. El ente estatal debe valorar en cada oferta los aspectos técnicos y económicos que la hagan más favorable a los intereses de la entidad, de conformidad con lo establecido en cada pliego de condiciones. Por ello, el tema del precio de la oferta se convierte en factor determinante, sin obviar las condiciones de calidad mínima.

En el tercer aspecto el tema del menor precio de la oferta ya no sólo es determinante, sino que constituye el único aspecto a evaluar cuando se trata de contratar servicios profesionales de condiciones técnicas uniformes, en los cuales las calidades del objeto del contrato están definidas de manera clara e inequívoca en el pliego de condiciones.

Finalmente, el cuarto criterio, a diferencia de la línea común que orienta los anteriores, cual es la conveniencia del menor precio, dispone que cuando se trata de contratos de consultoría sí serán las condiciones particulares de la oferta y del oferente las que determinan su selección y nunca el precio, respecto de cuya consideración para la evaluación de la oferta media una interdicción expresa.

CONCLUSIONES

La contratación estatal es una de las herramientas más valiosas que tienen las entidades públicas para cumplir sus finalidades constitucionales y legales. Ante tal circunstancia, se identificaron las características de las actuaciones de la administración, como entidad contratante y para cumplir tal cometido se legisla en materia de contratación estatal, para evitar la corrupción y violación del principio de legalidad con actuaciones caprichosas y arbitrarias, por parte de la administración, de ahí que se instauren medidas previas de estimación, tipificación y asignación de riesgos que implican planeación y perentoriedad del objeto contractual, así como la forma de mitigarlo, lo que incluye identificar a la persona o personas encargadas de implementar el tratamiento de mitigación, la fecha de inicio y terminación del proceso de mitigación y las actividades de monitoreo y revisión.

Eficiencia y transparencia se presentan como dos caras de una misma moneda en la actual dinámica de la contratación estatal por prestación de servicios profesionales. Como se anotó, estos dos aspectos representan los objetivos más importantes de la Ley 1150 de 2007 y, por ende, de la contratación que se debe llevar a cabo por parte de cualquier ente territorial, al punto de hacer parte de su título y presentarse el uno –la eficiencia– como la condición para el logro del otro –la transparencia. De esta forma, sólo si el proceso contrac-

tual es más eficiente, entonces este podrá ser más transparente; de esta forma, la agilidad y simplicidad de los procesos será lo que respaldará la rectitud en el manejo de los recursos públicos implicados.

En resumen, los principales efectos de la administración de los riesgos en la contratación por prestación de servicios profesionales en Colombia según la Ley 1150 de 2007 radican en las limitaciones que tiene la falta de planeación de este tipo de modalidades contractuales, lo cual genera terminación anticipada de los contratos, caducidad de los contratos, vencimientos de las garantías de calidad e inejecución de los objetos contractuales, debido a la ausencia de un proceso juicioso de administración de riesgos, especialmente previsible.

Referencias

- Becerra, S. Á. (2008). *Los riesgos en la contratación estatal*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Benavides, J. (2009). *Estudios sobre la reforma del estatuto contractual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cadena, B. J. & Almeciga, P. G. (2018). *Modelo para la Evaluación de Riesgo Técnico de Incumplimiento en las Obras de la Construcción de la Ciclovía en la Circunvalar de la Isla de San Andrés*. Bogotá, Colombia: Universidad Distrital Francisco José de Caldas.
- Cardona, M. Y. & Ortiz, G. C. (2017). *Asignación de riesgos en proyectos de infraestructura vial de cuarta generación bajo el esquema de Asociación Público Privada en Colombia: un estudio comparativo*. Medellín, Colombia: Universidad Eafit.
- Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007). *por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691.
- Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). *por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de mayo de 2003). *Sentencia Radicado 14577*. MP: Ricardo Hoyos Duque.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de marzo de 1997). *Sentencia C-154*. MP: Hernando Herrera Vergara.
- De Vega, P. G. (2012). La distribución de riesgos en el contrato estatal colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, 11-LXV-149.
- Departamento Administrativo de la Gestión Pública. (10

de enero de 2012), por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. [Decreto Ley 019]. DO: 48.308.

Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Documento Conpes 3714. Del Riesgo Previsible en el marco de la Contratación Pública*. Bogotá, Colombia: Consejo Nacional de Política Económica y Social.

Departamento Nacional de Planeación. (26 de mayo de 2015). *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*. [Decreto 1082]. DO: 49.523.

Fandiño, G. J. (2011). Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte. *Verba Iuris*, (26), 97-110.

Fonseca, P. E. (2002). La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas. *Revista de Derecho Público*, (14), 35-48.

Granillo, O. R. (1990). *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Luengas, P. E. (2015). *Cómo estiman, tipifican y asignan los riesgos en la contratación las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada.

Ospina, O. (2017). *Riesgos previsible en la contratación pública frente a los lineamientos del documento Conpes 3714 de 2011*. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.

Presidencia de la República de Colombia. (17 de julio de 2013). *por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*. [Decreto 1510]. DO: 48.854.

Presidencia de la República de Colombia. (13 de abril de 2012). *por el cual se reglamenta el Estatuto General*

de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. [Decreto 734]. DO: 48.400.

Presidencia de la República de Colombia. (21 de marzo de 2001). *por medio del cual se modifica el artículo 1o del Decreto 2433 del 20 de noviembre de 2000*. [Decreto 432]. DO: 44.363.

Presidencia de la República de Colombia. (3 de noviembre de 2011). *Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura*. [Decreto 4170]. DO: 48.242.

Presidencia de la República. (20 de diciembre de 2017). *por medio del cual se adoptan directrices generales para la elaboración del plan de gestión del riesgo de desastres de las entidades públicas y privadas en el marco del artículo 42 de la Ley 1523 de 2012*. [Decreto 2157]. DO: 50.453

Quiñones, M. L. (2013). *Estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible en la contratación estatal*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.

Sánchez, V. D. (2011). *De la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la contratación estatal*. Bogotá, Colombia: Universidad de La Sabana.

Suárez, B. G. (2006). *La nueva contratación pública en Colombia*. Bogotá, Colombia: Leyer.