



**PLIEGOS DE CONDICIONES, ESTUDIOS PREVIOS Y MATRICES DE RIESGO
COMO HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS
OPERACIONALES DESDE LA ETAPA PRECONTRACTUAL DEL CONTRATO
ESTATAL.**

MARIANA URIBE QUINTERO

Directora

MARIA ALEJANDRA ECHAVARRÍA ARCILA, PhD

Codirector

SANTIAGO SIERRA OSPINA, Mg.

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2023**

Declaración de originalidad

Fecha: 12 de mayo de 2023

Nombre del estudiante: Mariana Uribe Quintero

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Escaneado con CamScanner

Mariana Uribe Quintero

Pliegos de condiciones, estudios previos y matrices de riesgo como herramientas jurídicas para la gestión de los riesgos operacionales desde la etapa precontractual del contrato estatal.

Contracts specifications, preliminary studies and risk matrices as legal tools for the management of operational risks from the pre-contractual stage of the state contract.

Sumario

1. Contratación estatal
 - 1.1 Concepto de contrato estatal
 - 1.2 Régimen jurídico de la contratación estatal
 - 1.3 Planeación del contrato
2. Riesgos operacionales
 - 2.1 Riesgos de la contratación
 - 2.2 Riesgos en materia operacional
3. Mecanismos para gestionar riesgos operacionales
 - 3.1 Pliegos de condiciones
 - 3.2 Estudios previos

Conclusiones

Referencias

Resumen

No identificar un riesgo supone que las partes contractuales no cumplan con las obligaciones propias desde la etapa precontractual y, como consecuencia, puedan ver afectada la ejecución del contrato. Esto puede generar un impacto negativo en la prestación de los servicios públicos, el detrimento al patrimonio público y la afectación a la satisfacción de los fines del Estado. Por regla general, la gestión de riesgos operacionales en la etapa precontractual nace de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, es necesario identificar los instrumentos jurídicos consagrados en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, pues hacerlo permitirá que las partes contractuales les den el uso correcto y que tengan una finalidad común, como lo es la gestión de una tipología de riesgos, en este caso, riesgos operacionales,

que ponen en peligro la ejecución del contrato. Para lograr el objetivo se realizó un análisis de tipo dogmático observando la legislación mencionada, jurisprudencia nacional y políticas públicas en materia de contratación estatal. Con esta investigación se logró identificar que los pliegos de condiciones, los estudios previos, las matrices de riesgo y los documentos CONPES de determinados sectores son herramientas jurídicas y no solo obligaciones, que permiten la correcta gestión de riesgos operacionales en el contrato estatal.

Palabras clave: Riesgos operacionales, contrato estatal, estatuto general de contratación pública, principio de planeación, estudios previos, matrices de riesgo, documentos CONPES.

Abstract

Failure to identify a risk means that the contractual parties do not comply with their own obligations from the pre-contractual stage and, as a result, may be affected by the performance of the contract. This can have a negative impact on the provision of public services, detriment of public assets and the satisfaction of State objectives. As a rule, the management of operational risks at the pre-contractual stage arises from the autonomy of the will. However, it is necessary to identify the legal instruments provided in Law 80 of 1993 and Law 1150 of 2007, since identifying them will allow the contractual parties to use them correctly and have a common purpose, as is the management of a typology of risks, in this case, operational risks that endangers the performance of the contract. In order to achieve this objective, a dogmatic analysis was carried out by observing the above-mentioned legislation, national jurisprudence and public policies on State procurement. With this research it was possible to identify that the specifications, previous studies, risk matrices and CONPES documents of certain sectors are legal tools and not only obligations that allow the correct management of operational risks in the State contract.

Keywords: Operational risks, state contract, general public procurement statute, planning principle, previous studies, risk matrices, CONPES documents.

Introducción

En materia de contratación estatal se identifican las obligaciones de las partes desde la etapa precontractual, esto es, “estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles” (Ley 1150 de 2007, artículo

4º). Lo anterior permite materializar los principios de transparencia y economía consagrados en el Estatuto General de Contratación Pública (Sarmiento, 2016).

Si bien la Ley consagra las obligaciones, no las considera como mecanismos que permitan la gestión de los riesgos desde la etapa precontractual (Matallana, 2012). Con esta investigación las obligaciones se identifican como instrumentos jurídicos consagrados en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, que permitirán la gestión de los riesgos operacionales desde la etapa precontractual del contrato estatal.

A partir del problema anterior, con la investigación se buscó resolver la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los mecanismos previstos en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para la gestión de riesgos operacionales desde la etapa precontractual en el contrato estatal? Esta pregunta se resuelve atendiendo a que los mecanismos previstos en dichas leyes son los pliegos de condiciones, los estudios previos, las matrices de riesgo y los documentos CONPES de determinados sectores, los cuales permiten gestionar los riesgos operacionales desde la etapa precontractual del contrato objeto de estudio.

Para la solución propuesta en la investigación se identificaron los conceptos preexistentes consagrados en la legislación colombiana relativa a la contratación estatal, principalmente las normas anteriormente mencionadas y la jurisprudencia nacional. Además, lo relativo a políticas públicas en materia de contratación estatal.

Esta investigación está desarrollada con una línea de razonamiento que va de lo general a lo particular. Se inicia desarrollando el concepto de contratación estatal. Luego, la tipología de contrato objeto de estudio y el régimen jurídico o derecho aplicable al mismo. Una vez claro lo anterior, se encuentran expuestos todos los conceptos relativos a los riesgos en materia de contratación y, por último, los mecanismos que permiten la gestión de los riesgos operacionales.

Esta investigación logra concluir que los pliegos de condiciones, los estudios previos, las matrices de riesgo y los documentos CONPES son herramientas jurídicas que permiten la gestión de riesgos operacionales desde la etapa precontractual del contrato estatal, logrando así la prestación de los servicios públicos como finalidad constitucional del Estado.

Metodología

Para el desarrollo de la investigación, cuyo objetivo general es establecer qué mecanismos previstos, principalmente, en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 permiten la gestión de riesgos operacionales en la etapa precontractual del contrato estatal, se hizo uso del método descriptivo, ya que en primer lugar se realizó un estudio de las disposiciones normativas referentes a la etapa precontractual del contrato estatal de las disposiciones consagradas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. En segundo lugar, se identificaron los conceptos preexistentes consagrados en la legislación colombiana relativa a la contratación estatal, principalmente las normas anteriormente mencionadas.

Las principales fuentes de búsqueda utilizadas fueron: la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015, la jurisprudencia y los documentos CONPES, entendidos estos como datos secundarios.

Estas disposiciones que consagra el ordenamiento jurídico colombiano en materia de contratación estatal permitieron identificar la forma en la que se define el contrato estatal, la obligación del Estado de realizar una gestión de los riesgos previsibles que afecten el cumplimiento del contrato, la definición de riesgos operacionales y, por último, los instrumentos jurídicos ya consagrados en la ley para realizar una eficiente gestión de los riesgos previsibles. Con esta descripción se identifica que el paradigma de esta será positivista.

Para finalizar, este proyecto de investigación es de tipo dogmático, ya que el conocimiento necesario para el desarrollo de este emana de la legislación y la jurisprudencia.

1. Contratación estatal

La Ley 80 de 1993 consagra los fines de la contratación estatal en el artículo 3. Lo que se busca con la ejecución y celebración del contrato es alcanzar los fines del Estado, materializados en la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, garantizando de esta forma los derechos de los administrados.

El artículo 3 de la Ley 80 consagra lo siguiente

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (Ley 80 de 1993, artículo 3)

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-207 de 2019, se ha pronunciado y consagró que:

El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general. (...) Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados. (Corte Constitucional, Sentencia C-207 de 2019, pp. 61 y 62).

Esta misma Corporación considera al contrato estatal como un instrumento jurídico que permite la satisfacción del interés general, así lo consagró mediante Sentencia C-932 de 2007:

(...) el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. (...)

La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares (...) (Corte Constitucional, Sentencia C-932 de 2007, pp. 20 y 21).

1.1. Concepto de contrato estatal

La legislación colombiana, en el artículo 1495 del Código Civil, define el contrato como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas” (Ley 84 de 1873, artículo 1495).

Atendiendo a la definición anterior, es necesario identificar la tipología de contrato, teniendo en cuenta quiénes serán los sujetos obligados en virtud de la convención, en qué momento se debe cumplir con las obligaciones y si el cumplimiento de una obligación depende del cumplimiento de la otra obligación.

El objeto de estudio serán aquellos contratos en los que existe una manifestación de voluntad bilateral en la que ambas partes reportan beneficio, en términos jurídicos se denomina contrato oneroso y así lo consagra el Código Civil en el artículo 1497: “El contrato es... oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro” (Ley 84 de 1873, artículo 1497). Además, será un contrato en el que el cumplimiento de las obligaciones se dará en el tiempo, esto es, un contrato de tracto sucesivo.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2006, consagra una definición de los contratos de tracto sucesivo: “Es tracto sucesivo pues las prestaciones que surgen del mismo necesariamente están llamadas a ser ejecutadas durante un período prolongado de tiempo” (Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2006, p. 25).

La Superintendencia de Sociedades, en el Concepto 220-112800, consagra una característica fundamental de los contratos de tracto sucesivo al determinar que

(...) los contratos de tracto sucesivo o sucesivos o de ejecución sucesiva, se caracterizan por tener por objeto una serie de prestaciones repetidas y sucesivas que no se cumplen en un solo instante, sino que requieren para su ejecución de cierto período, determinado o no, en el cual las relaciones jurídicas que de él dimanar se prolongan o perpetúan. (Superintendencia de Sociedades, 1999, p. 1)

Además, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define esta tipología de contrato como: “Contrato en el que la ejecución de la prestación tiene lugar de forma repetida y prolongada en el tiempo, por ejemplo, las ventas a plazos o los arrendamientos” (Real Academia Española, s.f., definición 1).

El contenido de esta tipología de contrato es conforme al artículo 1602 del Código Civil, los contratos legalmente celebrados serán ley para las partes y sólo se dejará sin efectos el mismo por el consentimiento mutuo o por causas legales. La norma entonces está reconociendo que las partes conservan la libertad para definir en cada caso sus obligaciones y derechos consagrados en el acuerdo. Lo anterior se dará en virtud de las cláusulas, siempre que no sean contrarias a disposiciones de orden público o que sean contrarias a expresa disposición legal. En los casos en los que las cláusulas sean ambiguas, deficientes o las partes guarden silencio, la ley suplirá la omisión de lo no regulado por las partes.

Ya identificada la clasificación del contrato objeto de estudio, se hace necesario precisar frente a qué tipología de contrato debemos identificar las mismas. En este caso, el desarrollo de la investigación se realizará respecto del contrato estatal.

El contrato estatal nace como una necesidad de la administración pública. En principio el derecho aplicable a los contratos estatales era el derecho privado, pero con unas reglas especiales. Esto genera dos tipologías de contrato.

Las tipologías de contrato derivadas de esta situación fueron: el contrato de derecho privado de la administración y el contrato administrativo. Esta clasificación se encontraba en el Decreto 222 de 1983, artículo 16. Ambos son celebrados por una entidad pública, pero se le aplicará el derecho administrativo cuando el contrato tenga como finalidad la prestación del servicio público y además consagre cláusulas exorbitantes. Estos dos criterios que utilizaba la doctrina francesa se hicieron

insuficientes, en la medida en que la mayoría de los contratos celebrados por la administración tenían una finalidad pública, esto es, cumplir con la prestación de los servicios públicos. Así lo consagró el Consejo de Estado mediante Concepto de 4 de abril de 1974: “todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sección Tercera, pp. 22 y 23).

El derecho colombiano actual no divide los contratos que celebran las entidades de la administración pública. Sólo existe una tipología de contrato estatal y un único sistema de contratación estatal.

La Ley 80 de 1993 consagra un criterio orgánico, esto es, será contrato estatal cuando al menos una de las partes contratantes sea una entidad estatal. Esta ley consagra cuáles son las entidades estatales y lo hace con un listado, evitando definiciones que den lugar a interpretaciones equivocadas.

Si bien en el contrato estatal una parte contractual es un ente de la administración, es necesario entender que, en todo caso, el contrato es una manifestación bilateral de la autonomía de la voluntad otorgada por el ordenamiento jurídico, los límites dados por el orden público y la normatividad vigente (Ley 84 de 1873, artículo 1495).

Se identifican entonces en el contrato estatal intereses diferentes, pero que deben ser equilibrados, porque es un contrato conmutativo en el que existen obligaciones recíprocas de las partes para lograr la doble finalidad. Para garantizar esto, la Ley 80 consagra cuáles son los derechos y deberes de las partes contractuales. Además, en materia de contratación estatal, se identifica un fenómeno del derecho administrativo denominado descentralización por colaboración.

La descentralización por colaboración consiste en que eventualmente el contratista (particular) recibe funciones administrativas de carácter transitorio. Esto para que se cumpla con la finalidad del contrato. Esta definición la consagra la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1051 de 2001: “se presenta cuando personas privadas ejercen funciones administrativas” (Corte Constitucional, Sentencia C-1051 de 2001, p. 1).

Una definición más completa, también por parte de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-909 de 2007, establece que

En la descentralización por colaboración, un determinado tipo de entidad privada, nacida de la libre iniciativa de los particulares, y que inicialmente se constituye para cumplir propósitos que sólo interesan a éstos, debido al conocimiento y la experiencia por ella acumulados, es investida por ley de determinadas funciones públicas, bajo la consideración de que su cumplimiento resulta más eficiente en cabeza suya que en cabeza de una entidad estatal. En cada caso de asignación de tales funciones, la misma ley regula de manera cuidadosa todos los aspectos relacionados con el carácter público de la función encomendada. (Corte Constitucional, Sentencia C-909 de 2007, p. 1)

Para finalizar la explicación de este fenómeno administrativo, es relevante señalar que su fundamento jurídico se encuentra en la Constitución, en el artículo 116, inciso cuarto

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Entendiendo que en los contratos estatales existe una colaboración para cumplir con la finalidad de este, surge una idea fundamental y es el equilibrio que debe existir entre las obligaciones de las partes en el contrato, como se explicará más adelante.

1.2. Régimen jurídico de la contratación estatal

El régimen jurídico aplicable al contrato estatal será el estatuto general de contratación estatal y el derecho civil y comercial. La relevancia del derecho sustantivo civil en materia de contratación estatal está dada por el ordenamiento jurídico colombiano. La Ley 80 en el artículo 13 establece que, en lo no dispuesto por el estatuto general de contratación de la administración pública, el contrato administrativo se regirá por las disposiciones del Código Civil y el Código de Comercio. Por lo tanto, en caso de vacío de la ley o por remisión expresa de la misma, se aplicarán las normas relativas a la teoría de las obligaciones.

Esta disposición permite que en esta tipología de contratos se incorpore la autonomía de la voluntad privada al régimen de contratación estatal. Esto tiene como consecuencia que si bien las entidades públicas al momento de la celebración de contratos deban observar la rigurosidad de las normas que regulan la actividad contractual, están facultadas para que libremente diseñen sus contratos, de acuerdo con la finalidad de este.

Además, en materia de contratación estatal es necesario identificar si la entidad estatal que celebra el contrato se encuentra excluida de la Ley 80 por medio de otra disposición de carácter legal. Un ejemplo de ello es lo que consagra el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007: “Se someterán al estatuto general de contratación con excepción de aquellas que desarrollen actividades en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulado” (Ley 1150 de 2007, artículo 14).

El método de aplicación de las disposiciones normativas será determinado por la exclusión de la entidad estatal por medio de otra ley y la aplicación será de la siguiente manera:

Régimen o derecho aplicable:

Tabla 1. Régimen o derecho aplicable al contrato estatal. Elaboración propia

Entidad estatal sometida	Entidad estatal no sometida o excluida
<ol style="list-style-type: none"> 1. Regla general: derecho civil y comercial 2. Excepción: lo que se encuentre regulado en el estatuto general de contratación. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho civil y comercial. 2. Disposiciones especiales consagradas en la norma legal que la excluye. 3. Principios de la función administrativa, principios de la gestión fiscal y régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

1.3. Planeación del contrato

La validez de la actividad contractual de la administración debe responder a la legislación vigente, misma que consagra principios necesarios en la contratación. En la Ley 80 se consagra el principio de economía. Sin embargo, de la interpretación de este principio, se ha derivado otro denominado

principio de planeación. Si bien el principio de planeación no cuenta con expresa consagración legal, el mismo se encuentra desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha identificado que el principio de planeación es derivado del principio de economía consagrado en la Ley 80, así:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden. (Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Rad. 07001-23-31-000-1999-00546-01-21489, 2012, p. 2)

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-300 de 2012, define el principio de planeación como

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos. (Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012, p. 45)

2. Riesgos operacionales

La Real Academia Española define el concepto de riesgos como: “Contingencia o proximidad de un daño” (Real Academia Española, s.f., definición 1).

Esta definición aplicada en el ámbito jurídico se entendería como eventuales contingencias que posiblemente afecten la ejecución del contrato. Por esto, en materia de contratación estatal la Ley obliga a las partes contratantes a planear el contrato como ya se evidenció en el capítulo anterior.

2.1. Riesgos de la contratación estatal

Las entidades estatales que celebran contratos regidos por el Estatuto General de Contratación Pública se encuentran en la obligación de “estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles” (Ley 1150 de 2007, artículo 4) en la etapa precontractual. Esta obligación implica que estas entidades deben incluir este ejercicio en los pliegos de condiciones con la finalidad de materializar los principios de transparencia y economía consagrados en la Ley 80 de 1993. Esto supone que tanto la entidad contratante como el contratista deberán identificar los riesgos previsibles susceptibles de afectar la ecuación económica del contrato estatal y, además, determinar el manejo y gestión de estos para evitar la inadecuada ejecución del contrato y el impacto que esto tendrá en la prestación de los servicios públicos y en la satisfacción de los fines del Estado.

Esta obligación comporta que los diferentes elementos de la etapa precontractual y, en última medida, el contrato, son los instrumentos jurídicos que permiten realizar una debida gestión de riesgos y de esta forma evitar el desequilibrio de la ecuación económica, la afectación al servicio público, el eventual detrimento al patrimonio público y la necesidad de acudir a la jurisdicción o a los mecanismos alternativos de solución de conflictos para asignar las consecuencias derivadas de ese riesgo.

2.2. Riesgos en materia operacional

Para que sea posible verificar cómo opera el principio de planeación como una herramienta que permite la gestión de riesgos en la actividad contractual del Estado, es necesario identificar el riesgo. Para esto, resultan útiles los documentos CONPES.

Los documentos CONPES son expedidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social. Este órgano es

(...) la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Para lograrlo, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión. El Departamento Nacional de Planeación desempeña las funciones de Secretaría Ejecutiva del CONPES, y por lo tanto es la entidad encargada de coordinar y presentar todos los documentos para discutir en sesión. (Departamento Nacional de Planeación, s.f., párr. 1)

El CONPES realiza estos conceptos por medio de los documentos que sirven como guía para la actividad contractual de las entidades administrativas. Para efectos de la investigación se utilizará el CONPES 3714, “Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”, ya que en este documento se encuentra la definición del riesgo objeto de estudio. El mismo está definido como un riesgo previsible, así como lo consagra la Ley 1150 de 2007 en el artículo 4:

Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva. (Ley 1150 de 2007, artículo 4)

Con esta disposición se identifica el deber de prever y estimar los riesgos previsibles, para que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes asignen responsabilidad de estos con dos finalidades: mantener la equivalencia en la ecuación contractual y evitar que se vea afectado el objeto del contrato estatal, esto es, la prestación continua y eficiente de los servicios públicos.

Ahora, los riesgos operacionales se encuentran definidos en el CONPES 3714 de 2011 como

Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato. Entre estos encontramos: la posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato. También se presenta la extensión del plazo, cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados por circunstancias no imputables a las partes. Adicionalmente, se presenta por la posibilidad de no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos

humanos o técnicos sin que los mismos sean imputables a las partes. (Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES 3714 de 2011, pp. 20 y 21)

Los riesgos operacionales están directamente relacionados con la etapa de estructuración del contrato estatal, esto es, la etapa precontractual del contrato objeto de estudio. En esta etapa, a partir de lo consagrado por la ley, se verifican las obligaciones y deberes de las partes en el contrato. Por lo tanto, el principio de planeación se identificará como una herramienta para gestionar los riesgos que pueden afectar la equivalencia en las prestaciones del contrato o la prestación de los servicios públicos.

3. Mecanismos para gestionar riesgos operacionales

Las entidades estatales que celebran contratos regidos por el Estatuto General de Contratación Pública se encuentran en la obligación de “estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles” (Ley 1150 de 2007, artículo 4) en la etapa precontractual. Esta obligación implica que estas entidades deben incluir este ejercicio en los pliegos de condiciones con la finalidad de materializar los principios de transparencia y economía consagrados en la Ley 80 de 1993. Esto supone que tanto la entidad contratante como el contratista deberán identificar los riesgos previsibles susceptibles de afectar la ecuación económica del contrato y, además, determinar el manejo y gestión de estos para evitar la inadecuada ejecución del contrato y el impacto que esto tendrá en la prestación de los servicios públicos y en la satisfacción de los fines del Estado.

Esta obligación comporta que son los diferentes elementos de la etapa precontractual y, en última medida, el contrato los instrumentos jurídicos que permiten realizar una debida gestión de riesgos y de esta forma evitar el desequilibrio de la ecuación económica, la afectación al servicio público, el eventual detrimento al patrimonio público y la necesidad de acudir a la jurisdicción o a los mecanismos alternativos de solución de conflictos para asignar las consecuencias derivadas de ese riesgo.

En el ordenamiento jurídico es posible identificar herramientas jurídicas y herramientas interdisciplinarias que son una evidente manifestación del principio de planeación. El objeto de estudio serán los pliegos de condiciones, los estudios previos y las matrices de riesgo.

3.1. Pliegos de condiciones

La naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones ha sido definida mediante jurisprudencia del Consejo de Estado, señalando que éstos son un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo (Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Rad. 11001-03-26-000-2000-00020-01-18059, 2006, p. 2).

De la definición se identifica que los pliegos de condiciones materializan el principio de planeación y, que, por lo tanto, son una herramienta jurídica a través de la cual la administración establece reglas que permitan la escogencia del contratista a partir de las necesidades públicas. Además, con el contenido mínimo exigido en la Ley 80, lo que se busca es anticipar situaciones que afecten la ejecución del contrato.

3.2. Estudios previos

Los estudios previos son aquellos documentos que dan soporte a los pliegos de condiciones y al contrato, así lo consagra el Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. Además, este Decreto define el contenido mínimo de los estudios: necesidad general que se pretende satisfacer con el proceso de contratación, objeto a contratar con sus especificaciones, autorizaciones, permisos y licencias necesarias para la ejecución del contrato.

Se identifican los estudios previos como una herramienta necesaria que permite un análisis interdisciplinario del contrato que se pretende celebrar. Además, esta herramienta representa el principio de planeación, determina el alcance del contrato, anticipa sucesos que pueden afectar o no la ejecución del contrato y define la inversión por parte de la Administración. De esta forma se protege el erario y se cumple con la finalidad de la contratación pública.

3.3. Matrices de riesgos

El ordenamiento jurídico reconoce que la contratación pública es un asunto estratégico y, para lograr un eficiente desempeño de esta actividad, el Estado cuenta con órganos que permitan lograr la finalidad mencionada. Por ejemplo, Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE) es una entidad descentralizada, adscrita al Departamento Nacional de Planeación y entre sus funciones se encuentra la elaboración de estudios, diagnósticos y estadísticas para mejorar la efectividad del Sistema.

Por medio del “Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación” de CCE, se indica que en el proceso de contratación la administración de los riesgos va a reducir la probabilidad de contingencias y el impacto que estas tengan en todas las etapas del contrato. Por eso, esta entidad por medio del manual mencionado propone seguir los siguientes pasos: establecer el contexto en el cual se adelanta el proceso de contratación, identificar y clasificar los riesgos del proceso de contratación, asignar y tratar los riesgos, y, por último, monitorear y revisar la gestión de los riesgos (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 4).

El desarrollo de la gestión del riesgo se debe realizar por medio de una matriz, como una herramienta estadística en la que de forma práctica sea posible identificar el riesgo en función de su probabilidad y gravedad y, una vez identificado, se podrá calcular el impacto y otorgarle la prioridad que corresponda. Además, se asignará la responsabilidad de quien deberá asumir el riesgo en caso de que este se materialice.

A continuación, se proyectará un ejemplo de una matriz de riesgo que se encuentra en la doctrina del ordenamiento jurídico colombiano.

Tabla 2. Matriz de riesgo (Matallana, 2012, p. 377).

Clase y causa del riesgo.	Estimación del riesgo y su justificación.	Mecanismo de cobertura/mitigación	Asignación.	Clasificación del Riesgo.
Riesgo de operación.	Dentro de las obligaciones a	El concesionario, al suscribir la	Concesionario.	Probabilidad - Impacto. Baja. Bajo.

	<p>cargo del concesionario se encuentra la operación de la Infraestructura, por lo tanto, están a su cuenta y riesgo los costos de operación de la misma.</p> <p>Al concesionario se le otorga dentro de la concesión que asuma la operación del servicio público que se le encargó, para ello deberá realizar una serie de inversiones encaminadas a adquirir todos los bienes que permitan la operación y ello incluye los</p>	<p>concesión, tuvo que realizar los análisis financieros para determinar la oportunidad de retorno de la inversión y para ello se le otorga un plazo que es suficiente para recuperar las inversiones y la utilidad esperada, por lo tanto la explotación de la infraestructura a través de la operación de dicha infraestructura debe ser a su costo y así debe quedar consignado en las cláusulas del contrato en donde todos los costos directos e indirectos son asumidos por el concesionario quien no podrá reclamar a la entidad concedente ningún</p>		
--	--	---	--	--

	<p>costos de mantenimiento de esos bienes. Como el concesionario tiene la carga de elaborar su propio modelo financiera, ello implica que dentro del modelo debe incluir todos los costos que le demande la operación durante todo el tiempo que dure la concesión y justamente este plazo le será otorgado para que pueda recuperar todas las inversiones que realice incluyendo las destinadas para la operación del servicio.</p>	<p>valor derivado de la operación.</p>		
--	--	--	--	--

Con base en lo anterior, la gestión del riesgo va a permitir a las entidades estatales tener un conocimiento más amplio para la toma de decisiones relacionadas con todas las etapas del contrato estatal, permite cumplir con la obligación de planeación consagrada en la Ley 80 y se reduce la posibilidad de litigios.

Al respecto, el Consejo de Estado ha consagrado que:

La contratación administrativa no es, ni puede ser una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino que por el contrario es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 7326, 1995, párr. 144)

De lo anterior se comprende que, en el Estado colombiano, como estado de derecho, es imperativo realizar un proyecto que contenga lo necesario para lograr una eficiente y continua prestación de los servicios públicos.

Para finalizar, se resalta la importancia del principio de planeación desde la etapa precontractual, ya que este permite fijar el objeto del contrato, realizar las previsiones de carácter legal y económicas que permitirán lograr el objeto de este e identificar la causa del contrato y los elementos necesarios para que el interesado en contratar con el Estado tenga el conocimiento de los requisitos para suscribir el futuro acuerdo.

Conclusiones

La Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 consagran las obligaciones necesarias con relación a la planeación del contrato estatal y los documentos CONPES. Específicamente el CONPES 3714 de 2011 consagra la definición de “Riesgos operacionales”, concepto necesario para entender la conexión entre los mecanismos ya mencionados y el riesgo que se busca evitar.

Los resultados del objeto de investigación permiten identificar que las herramientas de los pliegos de condiciones, los estudios previos, las matrices de riesgo y los documentos CONPES no solo se deben reconocer como obligaciones consagradas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, sino, además, como instrumentos jurídicos que permiten una debida gestión de riesgos operacionales desde la etapa precontractual del contrato.

Nuevas investigaciones que tengan un objeto diferente al estudio jurídico podrán ahondar en temas interdisciplinarios como la economía e ingeniería y así complementar la información útil a la Administración y los contratistas en lo que corresponde a los riesgos previsibles en materia de contratación estatal.

Referencias

Arias Barrera, L. (2012). Perspectiva legal de la financiación de proyectos “project finance” y el manejo del riesgo. *Revista de Derecho Privado*, n.º 23.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1150. (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.

Colombia. Congreso de la República. Ley 80. (1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Colombia. Congreso de la República. Ley 84. (1873). *Código Civil*.

Colombia Compra Eficiente. (2013). *Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación*. Bogotá D.C.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 1082. (2015). Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Concejo Nacional de Política Económica y Social. (2001). Documento 3107. Bogotá D.C.

Concejo Nacional de Política Económica y Social. (2001). Documento 3133. Bogotá D.C.

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2011), radicación número 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006), radicación número 11001-03-26-000-2000-00020-01(18059). Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sección Tercera. (C.P Luis Carlos Sáchica.; abril 4 de 1974).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de primero (1) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), Expediente número 7326. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2011). CONPES 3714. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2001). Bogotá D.C. Sentencia C – 1051 de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. (2007). Bogotá D.C. Sentencia C – 909 de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2007). Bogotá D.C. Sentencia C – 932 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2012). Bogotá D.C. Sentencia C – 300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2016). Bogotá D.C. Sentencia C – 075 de 2016. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2016). Bogotá D.C. Sentencia C – 965 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2019). Bogotá D.C. Sentencia C – 207 de 2019. Magistrada Sustanciadora: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Suprema de Justicia. (2018). Bogotá D.C. Radicado 11001-31-03-027-2010-00578-01. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Departamento Nacional de Planeación. CONPES. (s.f). Recuperado el 25 de agosto de 2022, <https://www.dnp.gov.co/CONPES>

Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española (s.f). En: Diccionario de la lengua española.

Matallana Camacho, E. (2012). Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Real Academia Española (s.f). Diccionario de la lengua española.

Sarmiento, J. (2016). La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Revista Derecho del Estado*, 37.

Sierra Ospina, S. (2019). Pérdida de conmutatividad o desequilibrio económico: visión integradora entre el derecho público y el derecho (Maestría en Derecho, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia).

Superintendencia de Sociedades (1999). Oficio con radicado 220-112800. Bogotá D.C.