

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

Docente

Prof., Dr. Oduber Alexis Ramírez Arenas

**RIESGOS PREVISIBLES EN LA CONTRATACION PÚBLICA FRENTE A LOS
LINEAMIENTOS DEL DOCUMENTO CONPES 3714 DE 2011**

Trabajo de Grado

Especialización en Derecho Administrativo

Néstor Julio Ospina Ovalle

Bogotá D. C. junio de 2017.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
TITULO.....	3
RESUMEN.....	3
TEMA.....	3
INTRODUCCION.....	3, 4,5, 6
PROBLEMA.....	6
OBJETIVOS.....	7
JUSTIFICACION.....	6, 7,8
MARCO TEORICO.....	8
METODOLOGIA.....	9
CONTENIDO.....	9,10,11,12,13,14,15,16,17,18,19,20,21,22, 23,24,25
CONCLUSIONES.....	25
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	26

RIESGOS PREVISIBLES EN LA CONTRATACION PÚBLICA FRENTE A LOS LINEAMIENTOS DEL DOCUMENTO CONPES 3714 DE 2011 ¹

RESUMEN

Néstor Julio Ospina Ovalle²

La finalidad del presente trabajo, consiste en evidenciar y evaluar 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, así como las herramientas dispuestas en el documento Conpes No. 3714 de Diciembre de 2011, en procura de prevenir de manera adecuada las diversas situaciones previsibles que puedan alterar el equilibrio económico del contrato.

PALABRAS CLAVES: Riesgos previsibles, Compras públicas, Asignación de riesgos, política de compras públicas, mitigación del riesgo, equilibrio económico del contrato.

ABSTRACT AND KEY WORDS

The purpose of present work consist of evince and evaluate the effectiveness of the state entities on assignment of the risks in the public recruitment, taking into account the types, estimation and assignment according to the provisions in the article 4 law 1150 of 2007, as well as the willing tools on the document conpes number 3714 of december 2011 in order to prevent properly the different predictable situations that can alter the contract economic balance

¹ El presente artículo es el resultado del análisis realizado para optar el título de Especialista en Derecho Administrativo, por la Universidad Santo Tomás de Bogotá, trabajo que está adscrito a la línea de investigación de derecho administrativo y al Grupo de Derecho Público Francisco de Vitoria, bajo la dirección del Dr. Oduber Alexis Ramírez Arenas, Ph.D.

² Néstor Julio Ospina Ovalle, es abogado de la Universidad Libre de Colombia, estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. E-mail: ospinaovalle@yahoo.com.co

Keywords: Predictible risk, public, purchases, allocation of risk, public procurement policy, risk mitigation, contract economic balance

INTRODUCCIÓN

El concepto del riesgo, en términos generales hace referencia a la probabilidad de que se produzca un evento perjudicial, o los efectos adversos que potencialmente pueden afectar la buena marcha o el desarrollo exitoso de un proyecto, un negocio o cualquier actividad que emprenda el ser humano. El diccionario de la real academia de la lengua española define riesgo como una *“contingencia o proximidad de un daño”*.

En materia de contratación pública, con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 uno de los asuntos de mayor trascendencia incorporado por la nueva legislación, fue el establecimiento de la obligación de las entidades estatales de incluir en los pliegos de condiciones la distribución de los riesgos previsibles durante el proceso de selección de contratistas.

Con lo anterior el legislador reconoció la importancia de concertar de manera oportuna, la forma en que las partes contratantes deben identificar y gestionar los posibles riesgos que puedan presentarse durante los procesos de selección o en la etapa de ejecución de los contratos, siempre que estos sean previsibles.

Posteriormente el Gobierno Nacional mediante documento Conpes 3714 de 2011 estableció algunos lineamientos en materia de riesgos previsibles, sentando bases para unificar los criterios básicos de planeación y manejo de los riesgos en la contratación de las entidades públicas. Por su parte, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente generó un manual para la

identificación y cobertura de riesgos, cuyo propósito fue diseñar una metodología práctica para la identificación y gestión de los riesgos en los contratos de la administración pública.

Sin embargo, es preciso anotar que si bien es cierto las entidades del estado han acatado lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y los lineamientos señalados en el documento Conpes 3714 de 2011, también lo es, que algunas entidades no estructuran en su integralidad la matriz de riesgos mediante la cual se materializa ese acuerdo entre las partes contratantes, de cómo, cuándo, quien, en qué porcentaje y de qué manera van asumir los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato de acuerdo a la modalidad de selección.

Es por ello, que a criterio del autor, las entidades públicas de manera acuciosa deben ponerse en la importante tarea de señalar desde el momento de la etapa de planeación del proceso de selección, la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles, que aunque parezca un tema de menos categoría, al final significa la manifestación de la voluntad de los contratantes, con el fin de atenuar las circunstancias que puedan alterar la parte económica del contrato, toda vez, que en todo caso se trata de situaciones inciertas, pero que pueden ocurrir.

El presente trabajo tiene como finalidad evaluar la efectividad de las entidades estatales en la asignación de los riesgos en la contratación pública, teniendo en cuenta la tipificación, estimación y asignación conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, así como las herramientas dispuestas en el

documento Conpes No. 3714 de Diciembre de 2011, a partir del cual se desarrollará el presente ensayo.

La hipótesis que se manejará, parte de la premisa que todavía persiste el desconocimiento y por ende la falta de aplicación de los instrumentos relacionados con la correcta identificación y administración de los riesgos previsibles en la contratación pública, por parte de los intervinientes en los procesos de selección.

Por medio de la observación y comparación de diferentes documentos de matriz de riesgos en algunos procesos de selección pública en el sector salud del distrito capital, se determinará el nivel de comprensión y cumplimiento de las entidades estatales respecto al tema de los riesgos, y según los objetos contractuales se evidenciará si dichas matrices son útiles y cumplen con la finalidad pretendida por el legislador, o si por el contrario se diseñan a partir de fórmulas mecánicas que no cuentan con un cuidadoso análisis.

Se ilustrará mediante un ejemplo, la falta de claridad en la tipificación, estimación pero sobre todo en la asignación de los riesgos previsibles en la contratación pública, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el documento Conpes 3714, en el sentido de determinar si al momento de aplicarlos son prácticos, amigables y cumplen con el objetivo de gestionar el riesgo de forma estratégica.

Al final se señalarán algunas directrices para que desde el comienzo del proceso de selección, tanto el contratante como el futuro contratista, manifiesten de manera concisa, honesta y conforme a la realidad, sus posiciones respecto de la forma como se asumirán los riesgos establecidos en el pliego de

condiciones, a fin de hacer menos gravosa la situación para las partes en la ejecución del contrato, si se tiene en cuenta que la falta de precisión y claridad, así como el no manifestarse en este aspecto, da origen a futuras controversias y reclamaciones, que por lo general influyen de manera directa en el valor del contrato.

Con el anterior panorama se generan inquietudes como la siguiente:

¿En qué medida los documentos de análisis de riesgos elaborados por las entidades estatales en sus procesos de selección, cumplen con la finalidad prevista en los lineamientos señalados en el documento CONPES No. 3714 de 2011?

1. Identificar el alcance de la definición legal sobre distribución de riesgos previsible involucrados en la contratación y los lineamientos señalados en el documento CONPES No. 3714 de 2011 denominado “riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública” y analizar su adecuada aplicación por parte de las entidades estatales.

2. Establecer con claridad la noción de riesgo previsible y señalar algunas directrices para realizar el análisis y distribución de los riesgos previsible de forma práctica y apropiada.

Este trabajo es importante como quiera que propone realizar un análisis que permita clarificar aspectos prácticos de la administración de los riesgos en la contratación pública y destacar las ventajas que representa una adecuada gestión de los riesgos, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas, económicas y de prevención del daño que se encuentran involucradas.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se incorporaron diferentes temas novedosos respecto de la contratación con recursos públicos que no habían sido previstos en la Ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Una de las temáticas más importantes que fue abordada por la nueva legislación se refiere a la distribución y asignación de los riesgos en la etapa de planeación de la contratación, debido a que el legislador reconoció la importancia de concertar de manera oportuna, la forma en que las partes contratantes van a asumir los posibles riesgos de la contratación, durante los procesos de selección.

El proyecto de ley que antecedió a la expedición de la Ley 1150 de 2007, hizo énfasis en la necesidad de fortalecer la etapa de planeación de la contratación, de manera que las entidades públicas cuenten con herramientas para administrar los riesgos previsibles y las contingencias que pueden presentarse en los procesos contractuales y en la etapa de ejecución de los contratos.

Según lo expuesto, consideró necesario que la administración de los riesgos en los contratos celebrados por las entidades públicas, es un tema de la mayor importancia por cuanto responde a la necesidad de las entidades públicas de prever con la debida oportunidad la forma de manejar las circunstancias que podrían afectar la celebración o ejecución de los contratos. Ahora bien también plantea un escenario de mayor claridad de cara a los oferentes y futuros contratistas, respecto a la manera en que las partes van a distribuir esos riesgos, en aras de prevenir futuros conflictos y evitar disputas jurídicas que pueden manejarse con una adecuada identificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles.

De otra parte, pese a que la Ley 1150 de 2007 se acerca a los diez (10) años de vigencia, la materia objeto de estudio, no se ha desarrollado ni se ha comprendido de manera suficiente por parte de las entidades estatales que manejan recursos públicos. Tampoco la academia ni la jurisprudencia han realizado aportes significativos en torno al tema, por lo cual se estima que se trata de un asunto relevante, que cuenta con muchos aspectos por abordar.

Para el presente trabajo se realizó un análisis al documento Conpes 3714 de 2011 denominado *“Del Riesgo Previsible en el marco de la política de contratación pública”* mediante el cual se señalaron los lineamientos para el manejo de los riesgos previsible, con el fin de evidenciar el conocimiento y la efectividad en la aplicación de dichos lineamientos en la contratación pública.

Para tal efecto, y a manera de ilustración se analizaron contratos celebrados por la Subred de Servicios Integrados de Salud SUR E.S.E. de Bogotá, específicamente en el aspecto relacionado con la matriz de riesgos, en cuanto a la tipificación, estimación y asignación de los mismos, con el fin de demostrar como ya se anotó anteriormente, la falta de efectividad y claridad a la hora de la asignación y gestión de dichos riesgos.

En primer lugar, se señalarán los lineamientos contenidos en el documento Conpes No. 3714 de diciembre de 2011, relacionados con el manejo del riesgo previsible en la contratación pública, no sin antes identificar y definir en sí, que es el riesgo previsible.

En segundo lugar, se evidenciarán la falta de identificación del riesgo previsible, por parte de entidades públicas, al momento de estructurar el proceso de selección, en cuanto a la asignación del riesgo, contenida en la matriz de riesgos y su desconocimiento en la aplicación de los lineamientos señalados en el documento Conpes 3714 de 2011.

Para tal fin, se tomó como muestra la convocatoria pública No. 007 de 2017, convocatoria pública No. 011 de 2017 y la Licitación pública No. 005 de 2017, procesos llevados a cabo por el Subred Integrada de Servicios de Salud SUR E.S.E. de la ciudad de Bogotá.

Por último, el autor realizará una propuesta para orientar la forma como a su juicio se debería establecer de manera práctica en un proceso de selección, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos en la contratación pública, teniendo en cuenta en todo caso los parámetros establecidos en el documento Conpes 3714 de diciembre de 2011.

I. LINEAMIENTOS PARA EL MANEJO DEL RIESGO PREVISIBLE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. DEFINICIÓN DE RIESGO PREVISIBLE.

Con la expedición del documento Conpes 3714 de Diciembre de 2011, se realiza una breve reseña de los antecedentes de la Ley 1150 de 2007 concluyendo que en materia de riesgos previsible, la exigencia efectuada por la norma se resume en tres criterios: i) una adecuada planeación y establecimiento de los riesgos previsible por parte de la entidad estatal. ii) socializar y complementar el ejercicio de la entidad con los posibles interesados. iii) Identificados los riesgos

que sean asignados contractualmente a las partes y se entiendan incorporados dentro de la ecuación contractual.

El documento Conpes efectúa un diagnóstico donde da cuenta de las dificultades y diversidad de criterios de las entidades al momento de efectuar el análisis de riesgos en los procesos contractuales, por lo cual resulta indispensable dar lineamientos y unificar criterios al respecto.

De igual manera, se definieron los lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de “*riesgo previsible*” en el marco de las contrataciones sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública.

Así pues, mediante dicho documento se clasificaron los riesgos contractuales desde su concepto general hasta llegar a la definición de riesgo previsible, tomando como referencia el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

A continuación se hará referencia a los tipos de riesgos contractuales (incluido el objeto de estudio que es el riesgo previsible) identificados en el documento Conpes con el fin de hacer claridad sobre cada uno de ellos.

DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES

El riesgo en forma general, es una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento.

En lo referente al riesgo contractual, son todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que

pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. Es importante anotar que el documento Conpes circunscribe el estudio de los riesgos previsibles a los eventos que pueden impactar económicamente el contrato estatal y amenazar la ecuación económica del mismo. No obstante otros doctrinantes, la Agencia Nacional de Contratación Pública y la jurisprudencia han aceptado en la teoría de los riesgos previsibles todos los eventos que puedan impactar la correcta ejecución del contrato independientemente que afecten o no el equilibrio económico del contrato.

DE LOS RIESGOS PREVISIBLES

Se refiere a todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean indetectables y cuantificables en condiciones normales. Lo anterior, tiene asidero normativo en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 al indicar, que el equilibrio financiero es la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones de las partes, derivados de la contratación y señala la forma de proceder ante su alteración.

Así pues, el riesgo previsible es aquel que es acordado por las partes durante el proceso de selección y para la celebración del contrato y como consecuencia de lo anterior, se establecen reglas contractuales para su asignación, por consiguiente este riesgo va ligado a la posibilidad de la identificación y cuantificación del riesgo en condiciones normales.

Conforme a lo anterior, la Ley 1150 de 2007, señala que las entidades estatales tienen la obligación de cumplir con los principios de planeación y de selección

objetiva, en la gestión contractual. Dentro de esa planeación contractual se debe tener en cuenta la estructuración de unos estudios previos, los cuales previamente a la apertura del proceso de selección deben indicar entre otros aspectos, la justificación de la necesidad de adelantar el proceso de contratación para la escogencia del contratista, la disponibilidad presupuestal, así como el análisis de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que en un momento dado, puedan alterar el equilibrio económico del contrato.

Los riesgos previsibles, deben ser diseñados y propuestos en la etapa precontractual por la entidad estatal a partir de un estudio interdisciplinario, para luego ser discutidos y puestos a consideración de los interesados quienes como expertos deberán colaborar a la entidad verificando que efectivamente el análisis de riesgos sea suficiente para prevenir las situaciones adversas que puedan impactar el contrato y que su estimación y asignación corresponda a la realidad económica del objeto a contratar.

RIESGOS CUBIERTOS BAJO EL REGIMEN DE GARANTIAS

Se encuentran contenidos en el Decreto 1510 de 2013 (hoy compilado por el Decreto 1082 de 2015), se refiere a los relacionados con la seriedad de la oferta, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad extracontractual que se pueda dar para la entidad por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, y de forma general los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el tipo de contrato.

RIESGOS IMPREVISIBLES

El Consejo de Estado al respecto en relación con la teoría de la imprevisión, al referirse que la imprevisión es aquella que: *“regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: a) Un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo. B) Una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas y C) Un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planteados, que se vuelve irresistible”*. (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009, expediente 1952).

Por tanto el *“ equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: a) Actos o hechos de la administración contratante, b) Actos de la administración como Estado y c) Factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión) ...[entendiéndose que, los ...] actos de la administración como Estado, como potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante...”*

Sentencia del 21 de junio de 1999, expediente 14.943 y sentencia del 13 de julio de 2000, expediente No. 12.513. - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2002, expediente 21588

Así pues, el documento Conpes 3714 de 2011, señala las siguientes situaciones, como riesgos no previsibles:

- ❖ El incumplimiento total o parcial del contrato, en la medida en que compromete la responsabilidad contractual de quien asuma tal conducta, teniendo como consecuencia la exigibilidad de la garantía de la garantía

de cumplimiento y la eventual indemnización de perjuicios por el exceso de lo cubierto por la garantía.

- ❖ Los hechos derivados de la responsabilidad extracontractual, que se encuentren cubiertos mediante garantías especiales como la póliza de responsabilidad extracontractual.
- ❖ Los que corresponden a la teoría de la imprevisión, los cuales escapan de la definición de riesgo previsible, aquellas circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables.
- ❖ Las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes establecidas en la Constitución y en la Ley 80 de 1993

OBLIGACIONES CONTINGENTES

Generadas en los contratos estatales, se encuentran reguladas en el Decreto 423 de 2001, y se refieren aquellas obligaciones en virtud de las cuales una entidad, estipula contractualmente a favor del contratista el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un evento futuro e incierto.

RIESGOS GENERADOS POR MALAS PRÁCTICAS

Se pueden ocasionar por acciones negativas en la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan durante el proceso precontractual y que

afectan la ejecución del contrato. Entre ellas están: 1) Falta de planeación del contrato 2) Contratación sin soporte presupuestal 3) Ilegalidad del acto de adjudicación o declaratoria de desierta.

Seguidamente la guía del Conpes presenta el ejercicio de tipificación estimación y asignación de riesgos dando los lineamientos y desarrollando cada uno de estos conceptos así:

Tipificación del riesgo: Hace referencia a la descripción y caracterización del riesgo de acuerdo a la naturaleza y clasificación del mismo (riesgos económicos, riesgos sociales o políticos, riesgos operacionales, riesgos financieros, ambientales, tecnológicos, entre otros)

Estimación del riesgo: Consiste en valorar la probabilidad de la ocurrencia del riesgo y el nivel de impacto que genera en la ejecución del contrato. Se propone una metodología de matriz donde se identifiquen las variables – probabilidad e impacto como (alta, media alta, media baja y baja). También se analiza la estimación del riesgo bajo criterios cualitativos y cuantitativos.

Asignación del riesgo: Se define como el proceso de distribución del riesgo de acuerdo con la capacidad de cada una de las partes para gestionarlo, administrarlo y mitigarlo.

Posteriormente el documento Conpes orienta sobre los tipos de respuesta frente a los riesgos previsibles estipulando algunas alternativas que se enuncian: Evitar el riesgo; prevenirlo; transferirlo o compartirlo; retenerlo y mitigarlo.

Finalmente las principales recomendaciones del Conpes son las siguientes: i) solicitar a las entidades estatales adoptar los lineamientos del Conpes sobre riesgos previsibles en sus procesos de selección. ii) solicitar a los entes estatales adoptar una matriz modelo de manejo de los riesgos en cada proceso de selección. iii) encargar a Colombia compra eficiente y al Departamento Nacional de Planeación realizar informes de seguimiento de la implementación de las políticas señaladas en el documento Conpes.

II. FALTA DE EFECTIVIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES EN LA TIPIFICACION, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES.

Para tratar este punto, es importante tener claridad y entender que es el riesgo previsible. Recordemos: ***“Son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.”*** (Conpes, 2011)

Sin embargo, en el ejemplo que ilustra dicha situación, a la hora de la identificación y de la asignación del riesgo previsible, es evidente que no se tiene en cuenta en la estructuración de la matriz de riesgos del proceso de selección, dicho aspecto, es decir la asignación del riesgo, pues como lo ha señalado el documento Conpes 3714, al referirse a : “CRITERIOS PARA LA ASIGNACION”, *La asignación es el proceso de distribuir los riesgos de acuerdo con la capacidad de cada una de las partes para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo.*

De acuerdo con lo anterior, y en armonía con lo dispuesto en la reglamentación, corresponderá a la entidad estatal en el proyecto de pliego de condiciones, proponer las asignación de los riesgos, esto es, señalar cuál de los sujetos contractuales tendrá que soportar total o parcialmente el riesgo en caso de presentarse para luego discutir de forma definitiva con los interesados en la audiencia de riesgos. (Documento Conpes 3714 de 2011)

Para mejor ilustración y tomado como muestra, lo veremos en el siguiente Ejemplo:

Convocatoria Pública No. 007 de 2017 – Sub Red Integrada de Servicios de Salud SUR E.S.E.

Objeto: OBJETO A CONTRATAR: SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS POS Y NO POS, PARA CUBRIR LAS NECESIDADES DE LOS SERVICIOS ASISTENCIALES DE LAS DIFERENTES UNIDADES QUE COMPONEN LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

VALOR ESTIMADO Y JUSTIFICACIÓN: CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL TRECIENTOS DIECISEIS PESOS MCTE (\$ 5.858.132.316),
PLAZO DDE EJECUCION: CUATRO (4) meses correspondiente al suministro de medicamentos POS y NO POS, respondiendo de forma pertinente y oportuna a los problemas de morbilidad con las diferentes patologías que se presentan en

la población de las localidades Ciudad Bolívar, Tunjuelito, Usme y Sumapaz, por tal razón se hace necesario que dichos medicamentos sean adquiridos para garantizar la prestación de los servicios de salud asistenciales y así brindar un servicio con calidad, humanización, continuidad, accesibilidad y seguridad.

MATRIZ DE RIESGOS PROCESO CONVOCATORIA PÚBLICA No. 007 de 2017 SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

Tipo de Riesgo	Probabilidad de ocurrencia (En una calificación de 1 a 5, donde 5 significa muy alto y 1 muy bajo)	Impacto (En una calificación de 1 a 5, donde 5 significa muy alto y 1 muy bajo)	Forma de mitigarlo
Riesgos Económicos: son los derivados del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros.	3	3	Revisar periódicamente el comportamiento del mercado respecto de los
Riesgos Sociales o Políticos: son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en	3	4	Análisis de las políticas estatales al respecto.
Riesgos Operacionales: son los asociados a la operatividad del contrato, tales como la suficiencia del presupuesto oficial, del plazo o los derivados de procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos	5	5	Ejecución presupuestal supervisada.
Riesgos Financieros: son el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez para obtener recursos para cumplir con el objeto del contrato, y (ir) el riesgo de las condiciones financieras establecidas para la obtención de los recursos, tales como plazos, tasas, garantías,	4	4	Respaldar las operaciones presupuestales con los debidos certificados.
Riesgos Regulatorios: derivados de cambios regulatorios o reglamentarios que afecten la ecuación económica del contrato	3	3	Análisis del mercado cambiario de la moneda
Riesgos de la Naturaleza: son los eventos naturales previsible en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones,	2	2	Acatar las recomendaciones que emiten las Entidades encargadas.
Riesgos Ambientales: son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, incluyendo tasas retributivas y compensatorias, obligaciones de mitigación, tareas de	2	2	Cumplimiento de la normatividad actual e implementación inmediata de las
Riesgos Tecnológicos: son los derivados de fallas en los sistemas de comunicación de voz y de datos, suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato,	1	1	Acatar las recomendaciones que emiten las Entidades Y Áreas relacionadas.

ANALISIS DEL CASO PRÁCTICO

Riesgos Económicos: En este caso en concreto, nunca se puso de manifiesto al contratista, quien debería asumir este riesgo, así como también, de surgir el desabastecimiento en los medicamentos objeto de esta licitación, que plan de contingencia presentaría el contratista para proveer dichos medicamentos, teniendo en cuenta que son medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS) y no (POS), que de no suministrarse a tiempo, puede generar, no solo daños económicos, sino perjuicios en la atención de la Salud, de la población pobre no asegurada.

Se evidencia entonces en este tipo de riesgo, que si bien la entidad estableció el tipo de riesgo, la probabilidad de ocurrencia, el nivel de impacto que pueda tener de llegar a suceder, se olvidó de realizar la repartición del riesgo de manera conjunta entre la Sub Red Integrada de Servicios de Salud SUR E.S.E. y el contratista, es decir, no se realizó la asignación del riesgo a ninguna de las partes intervinientes en el contrato.

Riesgos Financieros: En este caso, la forma de pago establecida en el contrato es a 90 días, después de presentada la factura a la entidad, lo que significa que si se le suma el tiempo del trámite interno para pago de cuentas, los 90 días se convierten en 120 días, evento en el cual, de no causarse el pago dentro de este tiempo al contratista, podría generar sobrecostos al contratista y afectar su posición financiera y flujo de caja. Dicho riesgo, tampoco fue discutido con el contratista, por lo tanto no fue concertado por las partes, pese a lo anterior, nunca fue asignado a ninguna de ellas.

Riesgos Regulatorios: Para este tipo de riesgo, no se concertó entre las partes las diferentes situaciones que se pueden dar, como por Ej: El Gobierno autorice alzas en los medicamentos en el sistema POS y no POS. Quien va asumir el mayor valor, si el contratista o la entidad, o si por el contrario las partes asumirán dicho incremento por partes o en porcentajes iguales?, Pues dicho riesgo no fue concertado por las partes, pese a lo anterior, no fue discutido por las partes contratantes y en consecuencia nunca fue asignado a ninguna de ellas, lo que de darse algunos de los hechos descritos en este caso, podría alterar el presupuesto asignado para esta contratación, generando modificaciones contractuales (Adiciones y Prorrogas innecesarias) de haberse llegado a un acuerdo en cuanto a la asignación de este tipo de riesgo.

III. PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y PROPUESTA PARA REALIZAR DE FORMA PRÁCTICA LA IDENTIFICACIÓN ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS

III.

El tercer componente de este ensayo, está dirigido a proponer algunos elementos de orientación para realizar de forma concreta y efectiva el análisis de riesgos (identificación, estimación y asignación) con base en los lineamientos y políticas previstos en el documento Conpes 3714 de 2011.

III.

Para el autor, el primer aspecto y al que se dará mayor relevancia, se dirige a reiterar a las entidades estatales sobre la importancia del principio de planeación

III.

en la contratación pública. Es bien sabido por los actores y operadores jurídicos

que los mayores problemas que se presentan a nivel de la administración pública

obedecen a la falta de planeación de las actividades por parte de los entes del

III.

III.

III.

III.

estado. Lo mismo ocurre en la contratación estatal donde se evidencia que muchas problemáticas que se presentan durante la ejecución del contrato, pudieron prevenirse o mitigarse desde el momento mismo de la concepción del proceso de selección, esto es en la etapa de planeación.

Cabe anotar que una adecuada planeación contractual comporta el análisis de las condiciones de la futura contratación desde diferentes perspectivas relacionadas con disciplinas diversas (técnicas, estadísticas, financieras, jurídicas,) por lo cual el trabajo de equipos interdisciplinarios en la administración pública, es fundamental para abordar de forma técnica y adecuada la etapa precontractual y el análisis de riesgos. Con respecto al principio de planeación la jurisprudencia constitucional ha considerado:

“Los principios de planeación, selección objetiva y libre concurrencia son los pilares de la contratación estatal, pues la finalidad de la contratación pública es el bien común, y para llegar a él en materia contractual es necesario que medien unos principios que se conocen como elementos indicadores de gestión y control de calidad, que hoy aplican en todos los campos de la actividad humana.

En este orden, si bien es cierto que el principio de planeación la Corte lo asocia a la etapa precontractual como lo hacen los otros jueces, entre ellos el Consejo de Estado, que parten de concebir que es en los estudios previos en los que se determina qué se puede contratar, señalando el objeto, y las obligaciones mutuas con base en la necesidad definida previamente, atendiendo las preguntas: ¿qué?, ¿por qué se necesita? y ¿cuánto cuesta? el principio de selección objetiva significa que se otorga el contrato al mejor postor para el interés público, en término costo/beneficio y garantías; por libre concurrencia, entendiendo que no hay privilegios ni clientelas para la adjudicación de

contratos. Al ser estos dos elementos los pilares de la contratación estatal, significa que **todos los problemas de la contratación pública se fundan en que alguno o todos los principios no son acatados debidamente por los partícipes en la contratación pública (...)**” Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012. M. P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Exp. D-8699. Negrilla fuera de texto original.

Sobre la importancia del principio de planeación en materia contractual, también se han pronunciado distintos profesores y tratadistas. La crítica que a juicio de este autor se realiza a los doctrinantes, es que estos usualmente manejan enfoques teóricos propios de las clases dogmáticas, donde se desarrolla el contenido de las normas pero poco se orienta al operador jurídico y a la administración respecto a la práctica y a la forma de materializar el principio de planeación en la contratación estatal.

Teniendo en cuenta la relación intrínseca que existe entre el principio de planeación y la administración de los riesgos previsibles en materia contractual, se comparten las siguientes reflexiones efectuadas en la revista digital de la Universidad Externado de Colombia, relativos a la planeación y la posibilidad de predicción (previsibilidad de eventos nocivos) que de ella se deriva a propósito de los riesgos previsibles

“Uno de los elementos más destacados de un modelo de planeación es su capacidad predictiva en términos científicos, es decir, de anticipar

comportamientos futuros, de fenómenos que previamente han sido estudiados y de los cuales se ha podido de manera hipotética-deductiva, establecer regularidades expresadas en términos de causa y efecto, de medios y resultados. Entonces, la planeación conjuga no solo el elemento predictivo, atribuido a la ciencia, sino el factor de intervención de la ingeniería y la administración porque produce resultados, afecta la realidad física y social, para moldear y obtener objetivos claramente definidos dentro del marco de factibilidad, establecido de manera científica y técnica con base en los recursos disponibles. Ello significa que la planeación es connatural a la administración y al ejercicio del poder; por lo tanto, toda planeación pública implica el campo de la política (Del Castillo, 2008), razón para entender la intrínseca relación entre planeación y Derecho, respecto a la contratación pública (Santofimio, 2009) (...)"

Tomado de Aponte Díaz, Iriana (2014). "Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra", en Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pp. 177-207.

Según lo estudiado, con este ensayo el autor propone las siguientes recomendaciones:

El análisis de riesgos debe realizarse desde el momento de la planeación de la contratación que inicia con la formulación del Plan Anual de Adquisiciones, pasando por la estructuración de estudios de mercado, revisión de condiciones de oferta y demanda del bien o servicio requerido y proyección de los documentos y estudios previos de la contratación.

Por esta razón la ley exige a las entidades estatales establecer en los estudios previos y en el proyecto de pliego el documento de análisis de riesgos de la futura contratación. Según esto, es claro que es deber de la entidad proponer este análisis de riesgos previo análisis de los diferentes factores que podrían afectar la ejecución del contrato, no sólo en lo relacionado con el equilibrio económico del mismo sino desde su concepción (configuración de la contratación en el plan anual de adquisiciones). Esto exige, como se ha dicho un estudio desde diversas perspectivas o análisis interdisciplinario.

En segundo lugar, es clave que los tiempos previstos en el cronograma de los procesos de selección, resulten suficientes para que los interesados en el proceso y quienes tienen mayor experticia por el giro de sus negocios y su actividad comercial, presenten alternativas y realicen comentarios con respecto a la asignación de riesgos efectuada por la entidad estatal.

Lo anterior en cumplimiento de su deber de colaboración con la administración, máxime cuando se presume que al momento de presentar la oferta el proponente acepta la estimación de riesgos que se ha establecido durante el proceso y que ha debido ser socializada, y estructurada por los diferentes partícipes del proceso contractual.

Una recomendación que puede resultar importante consiste en la posibilidad de estipular una etapa dentro del cronograma de los procesos de selección en los que no es obligatorio efectuar audiencia de discusión y asignación riesgos,

(selección abreviada de menor cuantía, subasta, concurso de méritos), con el fin de abrir un espacio por parte de la administración para reunirse con los interesados, para complementar y construir de manera conjunta el análisis de los riesgos previsible que pueden afectar el contrato, su tipificación, estimación y lo más importante la asignación y la forma en que estos deben ser administrados.

Finalmente al momento de realizar el trabajo de diseño de la matriz de riesgos, a partir de un adecuado ejercicio de planeación, deberán tenerse en cuenta los tres (3) aspectos requeridos por la ley y el documento Conpes 3714 de 2011, para desarrollar el análisis de los riesgos previsible en el respectivo contrato.

A fin de no hacer complejo el trámite de tipificación estimación y asignación de los riesgos y poner el tema en términos prácticos para el desarrollo de las actividades de los entes estatales en su quehacer contractual, el autor pone de presente los siguientes aspectos:

Trabaje con un equipo interdisciplinario. En la construcción de la matriz de riesgos, no deben participar solamente los abogados, o las áreas contractuales encargadas del proceso. Es necesarios que profesionales de diferentes áreas del conocimiento aporten su experticia y conocimiento al momento de la valoración y distribución de los riesgos que potencialmente pueden afectar el negocio, teniendo en cuenta experiencias anteriores, dinámicas del mercado del bien o servicio a contratar, procesos similares de otras entidades, etc.

Socialice su propuesta de asignación de riesgos y otorgue el tiempo suficiente para que sea conocida y evaluada por los futuros oferentes y por la ciudadanía en general. Lo anterior le permitirá contar con mayores elementos para fortalecer el trabajo de identificación y distribución de riesgos y le mostrará aspectos del negocio jurídico que eventualmente no habían sido considerados.

Reflexione y atienda las observaciones que realizan los interesados en el proceso porque son quienes mejor conocen las dinámicas del negocio y el mercado, respecto de los bienes y servicios que se pretenden contratar.

Limítese a realizar un juicioso estudio de los tres aspectos requeridos por la ley. (Tipifique, estime, y sobre todo asigne). Evite extenderse en el desarrollo de temas que no son importantes o que exceden estos tres aspectos fundamentales.

Es indispensable que al elaborar la matriz de riesgos, identifique que se están consignando los riesgos previsibles. Descarte los demás riesgos, porque no son objeto de la actividad.

Realice la Tipificación del riesgo: Como se dijo, es la Caracterización o descripción del posible evento. Su adecuada identificación y la claridad en su denominación es vital para la posterior estimación y asignación.

Efectúe la Estimación del riesgo: Analice la Probabilidad e impacto de la ocurrencia de la situación adversa. Alta, media, baja. Revise si es posible realizar la cuantificación o el ejercicio financiero de las consecuencias económicas (monto de atender o mitigar el riesgo) en el evento de la ocurrencia del evento.

Lo más importante, realice la Asignación del riesgo: No basta con los dos pasos anteriores. Debe señalar quién va a asumir las consecuencias de la ocurrencia del riesgo previsible, (contratante o contratista o si lo asumirán conjuntamente) considerando siempre que el riesgo debe soportarlo la parte que mejor pueda administrar y/o mitigar el riesgo.

CONCLUSIONES

Con la reforma a la Ley 80 de 1993 y las nuevas dinámicas para la realización de las compras públicas del estado, la Ley 1150 de 2007 pretendió innovar en el aspecto de los riesgos previsible al exigir a las entidades que dentro de sus proyectos de pliegos de condiciones o equivalentes, se realizará la tipificación estimación y asignación de riesgos previsible.

Lo anterior con el fin de comprometer a los entes estatales en la realización de un análisis sobre las posibles situaciones adversas que son previsible y que pueden afectar el equilibrio económico del contrato, que si bien ya se había regulado en la Ley 80 de 1993 no tenía el alcance e importancia que tiene hoy.

En razón a la aplicación del principio de planeación, las entidades públicas deben abrir los espacios que permitan la participación y socialización en

cuanto a la tipificación, estimación y sobre todo, frente a la asignación del riesgo con los partícipes en el proceso de contratación, a fin de prevenir y avizorar la ocurrencia de las situaciones adversas en la ejecución contractual, lo que permite lograr en gran medida la disminución del riesgo y por ende, el cumplimiento de las necesidades contractuales contenidas en los Planes Anuales de Adquisiciones de las entidades públicas.

Sin embargo, es evidente que las entidades públicas no están cumpliendo de manera adecuada con la obligación establecida en la Ley 1150 de 2007, en relación con la aplicación efectiva en la distribución de los riesgos los cuales deben estar señalados e identificados en los pliegos de condiciones, así como tampoco, con los lineamientos establecidos en el documento Conpes 3714 de 2011, el cual constituye una verdadera herramienta de gran ayuda para la prevención y reconsideración de los elementos estructurales de los procesos de selección, con miras a la administración de los riesgos previsibles.

Se ha observado que muchas entidades realizan un análisis poco riguroso al momento del tratamiento de los riesgos previsibles y que por ejemplo en materia de salud se toman parámetros similares a la hora de diseñar los riesgos en un contrato de compraventa y en uno de suministro, siendo estos de características bien distinta; en el primero, el riesgo se agota al momento de la entrega a satisfacción del bien mientras en el suministro el riesgo se extiende durante el plazo del contrato.

También se evidencia que los contratos de prestación de servicios son tratados de manera similar independientemente de su objeto, por ejemplo se maneja la misma matriz de riesgos en un contrato para prestación de servicios de asesoría en materia de salud y la misma para la prestación de servicios en materia de tecnología, tratándose de dos ramos de servicios y nichos de negocios completamente diferentes con riesgos verdaderamente distintos.

Lo anterior denota el desconocimiento de las herramientas planteadas en el Conpes 3714 o su indebida utilización al momento de la identificación estimación y asignación de los riesgos, porque al parecer las entidades cumplen formalmente con realizar el análisis de forma mecánica pero no se efectúa en

estudio rigurosos conforme exige la ley y poco se atienden las recomendaciones o sugerencias de los posibles oferentes, ya bien porque no se da el tiempo y espacio suficiente para su intervención o porque la administración considere que su trabajo es adecuado y suficiente y no requiere la intervención de terceros.

Vale la pena señalar finalmente, que el desconocimiento o las malas prácticas en materia de riesgos previsible en la contratación es una debilidad de muchas entidades estatales especialmente en las regiones apartadas más que en las capitales del país y que los entes de control y organismos encargados de la orientación inspección y vigilancia poco aportan para reorientar y exigir el cumplimiento de la ley y la adopción de mejores prácticas en materia de riesgos previsible en la contratación estatal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-Ley 80 de 1993 – Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

-Documento CONPES 3714, mediante el cual se establecen los lineamientos para el manejo del riesgo previsible en la contratación pública - diciembre de 2011

-Ley 1150 de 2007 – Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993.

- Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

- Ley 1474 de 2011. Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y efectividad de la gestión pública.

-Manual para Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. Agencia Nacional de Contratación - Colombia Compra Eficiente.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3, C.P. Dra Ruth Estela Correa Palacio – Sentencia del 31 de Agosto de 2011, Expediente 18080.

- Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. D-8699.

-Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación de estado. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2008.

-De Vivero Arciniegas, Felipe. Compilación. Reforma al Régimen de Contratación Estatal. La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.

- Santofimio, Jaime Orlando, Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

-Dávila Vinueza Luis Guillermo, Régimen jurídico de la contratación estatal, Editorial Legis – Tercera Edición.

- Matallana Camacho, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública – Reforma de la Ley 80 de 1993.

-Becerra Salazar Álvaro Darío, los riesgos en la contratación estatal, Estimación, Tipificación y Asignación. Editorial Leyer, Bogotá 2012.

- Suárez Beltrán, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007. Editorial Legis 2007.

- Artículo jurídico, Universidad Externado de Colombia, Dr. Juan Pablo Sarmiento E. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster y doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor e investigador de la Universidad del Norte. Colombia, 2016.

- Artículo de Aponte Díaz, Iriana (2014). "Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra", en Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

-(Arciniegas, Camilo A., Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2001).

- (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009, expediente 1952). (Cita tomada del Documento Conpes)

-Sentencia 2004, -02147/33223 de Marzo 18 de 2015 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C - Rad.: 730012331000200402147 01 (33223), Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

-