**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos**

[…] El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que exigen a las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución.

[…] antes de iniciar un procedimiento de selección, la entidad estatal podrá determinar con los estudios previos: i) la verdadera necesidad de la celebración del contrato; ii) las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras o los servicios cuya contratación se haya determinado necesaria, iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato, v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades y vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar.

Por ello, el hecho que las entidades cumplan con los elementos mínimos establecidos en la norma y aquellos adicionales que identifiquen en la etapa de planeación de los procedimientos de contratación, permite que los contratos resultantes cuenten con el sustento técnico, económico y jurídico que incidirá en una adecuada ejecución.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Análisis del sector económico y de los oferentes**

la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como por ejemplo el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirán los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía. Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. Así mismo, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación y así estructurar de mejor manera el tipo contractual a utilizar y las condiciones y características que se podrán pactar para cumplir el objeto del contrato y para la realización de las prestaciones derivadas de las obligaciones que serán pactadas, tanto para la entidad contratante como para el contratista que proveerá el bien, obra o servicio.

**PRECIO – Autonomía de la entidad para calcular el precio y forma de pago**

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular tanto el valor estimado del contrato como el presupuesto oficial destinado para satisfacer la necesidad que se pretende suplir con el contrato, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión; por mencionar algunos ejemplos. No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–. tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación estatal, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios que la entidad considere pertinente para el proceso contractual.

**AJUSTE DE PRECIOS**

[…] la Ley 80 de 1993, ha establecido en el artículo 27, que las partes pueden suscribir «acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar […]», esto en virtud de la autonomía de la voluntad de los co-contratantes y ante posibles circunstancias anormales o extraordinarias sobrevinientes, se pueden suscribir medidas que permitirán equilibrar la ecuación contractual. Lo anterior, en concordancia con los derechos y deberes de las entidades estatales, específicamente los numerales 8 y 9 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993

**RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Obligación de las entidades estatales de tipificarlos**

[…] el Decreto 1082 de 2015 reiteró, en los siguientes términos, la obligación que tienen las entidades estatales de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles que surjan durante la ejecución contractual dentro del pliego de condiciones. desde la Ley 1150 de 2007 y conforme los decretos reglamentarios de la contratación estatal, se establecieron obligaciones de estimación de riesgos durante la etapa de planeación. Por un lado, por parte de las entidades estatales quienes deben tipificarlos, estimarlos y asignarlos en los pliegos de condiciones, y por otro, los participantes del proceso de selección quienes deberán valorarlos y complementarlos en virtud del deber de colaboración con la administración pública en la construcción de los documentos definitivos, dada su experticia, especialidad y conocimientos. En tal sentido, ellos podrán pronunciarse frente a este contenido de los pliegos de condiciones mediante la presentación de observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones y a los pliegos de condiciones definitivos, sin perjuicio de que en los procesos de licitación pública sea obligatoria realizar una audiencia de asignación de riesgos –art. 4 de la Ley 1150 de 2007, artículo 30, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015–.

**MATRIZ DE RIESGOS – identificación y administración de riesgos**

[…] la Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, recomendó a las entidades incluir una matriz de riesgos en los que se incluya todos los riesgos identificados en el proceso contractual y con ello reducir la exposición del proceso de contratación frente a los diferentes riesgos que se puedan presentar, por ejemplo, la identificación de aquellos eventos que:(a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio.Finalmente, una adecuada administración de riesgos, permite: «(i) proporcionar un mayor nivel de certeza y conocimiento para la toma de decisiones relacionadas con el Proceso de Contratación; (ii) mejorar la planeación de contingencias del Proceso de Contratación; (iii) incrementar el grado de confianza entre la partes del Proceso de Contratación; y (iv) reducir la posibilidad de litigios; entre otro».



Bogotá D.C.,

Señora

**María Carolina Barrera V**

 **Concepto C – 613 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Análisis del sector económico y de los oferentes / PRECIO – Autonomía de la entidad para calcular el precio y forma de pago / AJUSTE DE PRECIOS / RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Obligación de las entidades estatales de tipificarlos / MATRIZ DE RIESGOS – identificación y administración frente al desequilibrio económico  |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20220812008033  |

Estimada señora Barrera:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, responde su consulta remitida el 12 de agosto de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta:

«1. Las Entidades, a pesar de conocer la situación de volatilidad de los precios de mercado, se pueden negar a: 1). Realizar los ajustes al presupuesto oficial, a pesar de la falta de planeación. 2). Realizar el ajuste a la matriz de riesgo, poniendo como tratamiento la actualización y/o reajuste conforme a los precios del mercado, y siendo responsable la Entidad?

2. Las Entidades Estatales, hasta dónde son autónomas de plasmar en sus objetos contractuales "precios unitarios fijos, sin formula de reajuste", siendo esta actualización y/o formula de reajuste de carácter legal?

3. Qué, ¿Entidad es la encargada de hacer control a los presupuestos oficiales, siendo que, a pesar de hacer la debida observación, la Entidad sigue adelante con el proceso contractual, sin importar su falta de planeación presupuestal, afectando la ejecución del contrato y al contratista?».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Adicionalmente, es preciso advertir que los conceptos emitidos en ejercicio de la referida competencia consultiva reflejan las posiciones hermenéuticas de la Agencia sobre la aplicación de las normas generales sometidas a su consideración, desarrollando posturas sustentadas a partir del estudio de las diferentes fuentes del derecho existentes en la materia. En cualquier caso, estos conceptos tienen el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el cual señala «[…] los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución». En términos generales, lo que se busca es que la opinión jurídica de la entidad sirva a los ciudadanos y a la administración pública para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, y como criterio de orientación para el cumplimiento de sus competencias legales, sin que tome partida por uno u otro, pues a la autoridad que emite el concepto no le compete resolver una controversia o prevenir una problemática, esto es, no le corresponde determinar quién tienen la razón en su interpretación normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes y, mucho menos, valida la del peticionario, ya que las competencias consultivas no lo permiten[[2]](#footnote-2).

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de las atribuciones de la función consultiva atribuida a esta entidad, esto es, interpretando de manera general las normas relevantes, la Agencia absolverá los interrogantes formulados, previo análisis de los siguientes temas: i) el principio de planeación y los estudios y documentos previos del contrato, ii) la autonomía de las entidades estatales para calcular el precio y la forma de pago en los contratos estatales, y iii) Riesgos en la Contratación Estatal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre el deber de elaborar análisis del sector frente a los procesos de contratación en los Conceptos 2202013000000037 del 7 de enero de 2020 y C-223 del 29 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000003261– y C–148 de 2021. Igualmente, en los Conceptos C-387 del 23 de junio de 2020 –radicado No. 2202013000005289–, C-415 del 7 de julio –radicado No. 2202013000005931–, C-443 del 7 de julio de 2020 –radicado No. 2202013000005933–, C-387 del 23 de junio de 2020 –radicado No. 4202013000004275–, 2202013000000037 del 7 de enero de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-671 de 2020 de 23 de noviembre de 2020, C-215 del 12 de mayo de 2021 y C-742 de 27 de diciembre de 2021, se pronunció sobre planeación y estudios previos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

 Adicionalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente también se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el precio de los contratos estatales y formas para su cálculo, concretamente, en los conceptos 4201912000007092 del 29 de noviembre de 2019, [2201913000008566](http://poxta2.colombiacompra.gov.co/sites/docs/_layouts/15/listform.aspx?PageType=6&ListId=%7b41406f67-8aaf-444a-8f23-f6b9ad006b34%7d&ID=91046) del 18 de noviembre de 2019, 4201913000007822 de 27 de diciembre de 2019, C–037 del 28 de enero de 2020, C-191 del 16 de marzo de 2020, C-211 del 8 de abril de 2020, C−469 del 27 de septiembre de 2020, C−480 del 16 de septiembre de 2020 y C-059 del 10 de marzo de 2021. También, en los coceptos C-451 del 31 de agosto de 2021 y C-427 del 6 de julio de 2022, se pronunció sobre los riesgos en materia de contratación estatal. Las tesis expuestas se reiteran y se complementan en lo que corresponda.

* 1. **Principio de planeación y los estudios y documentos previos del contrato**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. Lo anterior con la finalidad de realizar la escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que exigen a las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución. En relación con el valor del futuro contrato y su correlativo respaldo presupuestal, se tienen, por ejemplo, las siguientes reglas derivadas de la aplicación del principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados […].

Lo anterior le permitirá a la entidad estatal identificar desde el punto de vista técnico y financiero el objeto del contrato, las particularidades de su ejecución, los potenciales proponentes, requisitos mínimos para evaluar la idoneidad del contratista, así como analizar todas las variables que puedan afectar el procedimiento de selección, celebración y ejecución del contrato. Tal es la importancia de los estudios y documentos previos que su deficiencia o ausencia, «genera prácticas indebidas, revocatoria de actos administrativos de apertura, declaratorias de desierta de procesos de selección, comisión de faltas disciplinarias, mayores costos o mayor permanencia de la obra y, en general, el fracaso en la ejecución de contratos estatales»[[3]](#footnote-3). En congruencia con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –Decreto 1082 de 2015–, dispone en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 el contenido mínimo de los estudios y documentos previos:

Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación. ​

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.

8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía.

De esta manera, antes de iniciar un procedimiento de selección, la entidad estatal podrá determinar con los estudios previos: i) la verdadera necesidad de la celebración del contrato; ii) las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras o los servicios cuya contratación se haya determinado necesaria, iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato, v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades y vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar.

Por ello, el hecho que las entidades cumplan con los elementos mínimos establecidos en la norma y aquellos adicionales que identifiquen en la etapa de planeación de los procedimientos de contratación, permite que los contratos resultantes cuenten con el sustento técnico, económico y jurídico que incidirá en una adecuada ejecución.

Mas allá del cumplimiento de la normativa, «los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato»[[4]](#footnote-4), por lo que deben publicarse en la etapa precontractual y sirven de motivación para los documentos expedidos unilateralmente por la entidad estatal tales como el acto administrativo de apertura, los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación, entre otros.

De lo explicado se desprende que los estudios y documentos previos son necesarios antes de la celebración del contrato, pues fundamentan las condiciones que la entidad estatal exige en su proceso de contratación. Sin embargo, luego de la suscripción del contrato la entidad no debe actuar unilateralmente, sino que debe respetar la buena fe contractual y proceder de acuerdo con lo pactado[[5]](#footnote-5).

El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, antes citado, establece el deber de las entidades de realizar estudios previos en dos momentos específicos: i) previo a la apertura de un proceso de selección y ii) previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa.

En cuanto a la responsabilidad de la elaboración de los estudios y documentos previos, corresponde a «la oficina, dependencia o departamento que tenga la necesidad de que se celebre el contrato», de acuerdo con «las instrucciones y procedimientos establecidos en el Manual de Contratación de la Entidad, en el marco de la Ley y los reglamentos vigentes»[[6]](#footnote-6). De esta manera, de conformidad con la estructura interna de cada entidad, la elaboración de los estudios previos corresponderá al funcionario responsable de la dependencia con la necesidad a satisfacer.

Por otra parte, los numerales 2 y 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 exigen que en los estudios previos se determine el objeto a contratar con sus especificaciones, y se señale el valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar mediante el proceso de contratación de bienes, obras o servicios. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como por ejemplo el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirán los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. Así mismo, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación y así estructurar de mejor manera el tipo contractual a utilizar y las condiciones y características que se podrán pactar para cumplir el objeto del contrato y para la realización de las prestaciones derivadas de las obligaciones que serán pactadas, tanto para la entidad contratante como para el contratista que proveerá el bien, obra o servicio.

Si bien la normativa en materia de contratación estatal establece la obligatoriedad de realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, no determinan un procedimiento específico para efectuar dicho análisis por lo que las entidades son autónomas para estructurarlo, para lo cual deberán cumplir lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 y realizar un análisis integral de planeación que sirva de sustento a la decisión de realizar un proceso de contratación.

Colombia Compra Eficiente dispone de una «Guía para la Elaboración de Estudios del Sector», instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir para diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo. En este instrumento se recomienda un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc.–, lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc[[7]](#footnote-7).

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el estudio del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El estudio del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía». Además, allí se señala que en los procesos de contratación directa: «La Entidad debe consignar en los Documentos del Proceso, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de estos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, esto es, el análisis desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo»[[8]](#footnote-8).

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades estatales son autónomas para estructurar los estudios previos, siempre y cuando se observen los aspectos que deben contener esos estudios, de conformidad con los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015.

* 1. **Autonomía para calcular el precio y la forma de pago en los contratos estatales**

El precio es el «valor pecuniario en que se estima algo»[[9]](#footnote-9). En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos una definición de precio en el Código Civil y en el Código de Comercio. Ambas codificaciones, al regular el contrato de compraventa, definen el precio como el dinero que el comprador entrega a cambio de la la cosa vendida:

[Artículo 1849 del Código Civil]: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

[Artículo 905 del Código de Comercio]: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a trasmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

Como es sabido, uno de los elementos de los contratos estatales es el precio, que por lo general se identifica con el valor del contrato. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos, cuando hay un acuerdo entre el objeto y la contraprestación pactado por escrito entre la entidad estatal y el contratista. El precio es un importante elemento para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará como contraprestación por la ejecución de las obligaciones de dar, hacer o no hacer previstas a su cargo en el contrato. El precio, entonces, es el valor que se da por el objeto, generalmente en dinero, que debe ser determinado o determinable[[10]](#footnote-10), en los términos de los artículos 1864 y 1865 del Código Civil y, de manera general, está compuesto por dos elementos: los costos y la utilidad, cuya estructuración interna depende de las condiciones técnicas, financieras, regulatorias, etc. de cada contrato[[11]](#footnote-11).

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular tanto el valor estimado del contrato como el presupuesto oficial destinado para satisfacer la necesidad que se pretende suplir con el contrato, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión; por mencionar algunos ejemplos[[12]](#footnote-12). No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

En ciertos contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida y cantidades, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos directos.

Así pues, ni el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual–, ni el concepto de AIU, ni mucho menos la forma de calcularlo –es decir, su porcentaje–, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado. «La justificación de esta manera de cotizar el precio procede, incluso, de la formación universitaria que reciben los ingenieros, a quienes les enseñan esta metodología para elaborar las ofertas. En fin, lo que se quiere indicar con estos comentarios es que la necesidad de presentar una propuesta desglosando en forma intensa su precio no procede de la ley, ni del reglamento, sino de la costumbre, […]»[[13]](#footnote-13). De otro lado, en principio quien define el valor de cada *letra* –AIU– es el proponente, pues goza de libertad empresarial para hacerlo en la elaboración de su oferta[[14]](#footnote-14).

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación estatal, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios que la entidad considere pertinente para el proceso contractual.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, ha establecido en el artículo 27, que las partes pueden suscribir «acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar […]», esto en virtud de la autonomía de la voluntad de los co-contratantes y ante posibles circunstancias anormales o extraordinarias sobrevinientes, se pueden suscribir medidas que permitirán equilibrar la ecuación contractual.

Lo anterior, en concordancia con los derechos y deberes de las entidades estatales, específicamente los numerales 8 y 9 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que establecen lo siguiente:

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación , o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Por lo tanto, las entidades gozan de autonomía para establecer el precio, sin perjuicio de las eventuales fórmulas de reajuste que se pacten en virtud de lo prescrito en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. En tal sentido, en los casos de desequilibrio económico, porque los costos directos o indirectos en los que incurre el contratista exceden el alea normal, es decir, le causan una afectación grave de su economía, podría exigirle a la entidad que le pague más de lo estipulado, siendo esta una circunstancia extraordinaria. No obstante, la concreción de estas posibilidades se definirá en cada contrato en particular, atendiendo a las eventuales controversias que se susciten entre las partes del contrato.

Ahora bien, las entidades estatales al establecer las condiciones del proceso contractual deben respetar los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios, y adicionalmente, no deben establecer cláusulas que contravengan los dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al respecto, se resalta que será ineficaz de pleno derecho, aquellas estipulaciones que dispongan renuncias a reclamaciones por los hechos enunciados en dicho numeral.

Por su parte, en el caso que la fórmula de reajuste de precios no se encuentre pactada, es deber de la entidad mantener las condiciones económicas y financieras del contrato estatal, en virtud del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de que el contratista pueda acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control de controversias contractuales establecido en el artículo 141 del CPACA, para pedir entre otras cosas, que se ordene la revisión del mismo[[15]](#footnote-15).

Teniendo en cuenta los elementos anteriores, sin perjuicio de los análisis de planeación que le corresponde realizar a la entidad estatal para definir el valor del contrato, y los deberes que establece los numerales 8 y 9 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 respecto al reajuste de precios, conviene destacar que estas cuentan con discrecionalidad en la estructuración y definición del valor del contrato. Lo anterior, sin perjuicio de las observaciones que pueden realizar los interesados en el proceso frente al proyecto de pliego de condiciones o el pliego de condiciones, en los términos establecidos en los documentos del proceso, las cuales corresponderá resolver de forma motivada a cada entidad estatal.

Finalmente, conviene precisar que los oferentes serán libres de presentar propuesta en el proceso de selección y ellos son los que definirán si la participación en el proceso resuelta de beneficio para sus intereses, en las condiciones en que la entidad haya definido el contenido de los documentos del proceso

* 1. **Riesgos en la Contratación Estatal**

La Real Academia de la Lengua Española – RAE define el riesgo como «1. m. Contingencia o proximidad de un daño. 2. m. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro». La literatura internacional define el riesgo en las adquisiciones como los eventos que pueden afectar la realización de la ejecución contractual y cuya ocurrencia no puede ser predicha de manera exacta por las partes involucradas en el Proceso de Contratación[[16]](#footnote-16).

Tratándose de la normativa que regula lo relativo a los riesgos, el Decreto 423 de 2001 por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 488 de 1998 –compilado actualmente en el Decreto 1068 de 2015– estableció que el Consejo de Política Económica y Social orientaría la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio en relación con el cual corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquellos relacionados con su objeto. Los artículos 14 y 15 del mencionado Decreto establecen:

Artículo 15. De la política de riesgo contractual del Estado. Las entidades estatales sometidas al régimen aquí previsto, deberán ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas e instrucciones que determine el Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo.

Artículo 16. Del diseño de la política de riesgo contractual del Estado. El Consejo de Política Económica y Social, Conpes, orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad.

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 pretendía que durante la planeación de los procesos de contratación las entidades estatales estimaran de forma anticipada las posibles eventualidades que puedan generarse durante la ejecución del contrato. En tal sentido, la exposición de motivos del proyecto de ley, «Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», hoy Ley 1150 de 2007 explicó que:

En ese panorama y no obstante el tamaño e impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos, se aprecia la ausencia de instrumentos legales que permitan la optimización y el uso eficiente de los recursos públicos involucrados en la contratación. De esta forma, el proyecto que se presenta busca orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, el diseño de procesos adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales, la utilización de mecanismos de contratación que permitan el aprovechamiento de economías de escala, la incorporación de probados mecanismos para “extraer valor” el proceso contractual (subastas, compra por catálogo, uso de bolsas de productos) y el establecimiento de indicadores para evaluar la utilización eficiente de los recursos (administrativos y presupuestales) involucrados en la ejecución contractual[[17]](#footnote-17).

Como resultado de la promulgación de la Ley 1150 de 2007, en relación con los riesgos, el artículo 4 obliga a las entidades estatales a estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles involucrados en la contratación dentro de los pliegos de condiciones o en sus equivalentes. El mencionado artículo establece:

Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. 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.

Posteriormente, con la expedición del CONPES 3107 de 2011 se establecieron lineamientos en materia de «Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura» para la adecuada estructuración de proyectos y la asignación de riesgos en los procesos de contratación que se desarrollen en los sectores de transporte, energía, comunicaciones y agua potable y saneamiento básico. De tal forma, estableció que en la medida que «una asignación adecuada de los riesgos minimiza el costo de su mitigación» es necesario que los riesgos sean asumidos por quién mejor los controla en la relación contractual, lo que implica que sean asignados e identificados correctamente. Así, al definir el concepto de riesgo determinó:

Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos. El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.

Sumado a lo anterior, el CONPES 3107 de 2011 consagra la importancia de realizar un análisis de información que permita determinar la asignación del riesgo basado en información confiable y de calidad, pues «con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo», establecer mecanismos de mitigación del impacto y cobertura, instrumentos de protección, así como determinar su asignación a los distintos participes del negocio jurídico.

En la misma línea, el CONPES 3714 de 2011, definió lineamientos para el entendimiento del concepto de «riesgo previsible» en el marco de los procesos de selección sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con el fin de «convertirse en una herramienta para el mejoramiento continuo en la aplicación de la normativa existente; buscar el establecimiento de reglas claras frente a posibles alteraciones del equilibrio financiero de los contratos; generar seguridad jurídica; y, en general, sentar las bases para el fortalecimiento y la homogenización de los pasos que se surten en la etapa precontractual para el establecimiento de los riesgos previsibles de la contratación». En tal sentido, dicho documento de política pública definió el riesgo y el riesgo previsible en el marco de la gestión contractual como:

El riesgo contractual en general es entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo y ha tenido una regulación desde cinco ópticas, asociadas con el proceso de gestión que se requiere en cada caso. […]

Así, los “riesgos previsibles”, 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.

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 reiteró, en los siguientes términos, la obligación que tienen las entidades estatales de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles que surjan durante la ejecución contractual dentro del pliego de condiciones[[18]](#footnote-18):

Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

(…)

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

En suma, desde la Ley 1150 de 2007 y conforme los decretos reglamentarios de la contratación estatal, se establecieron obligaciones de estimación de riesgos durante la etapa de planeación. Por un lado, por parte de las entidades estatales quienes deben tipificarlos, estimarlos y asignarlos en los pliegos de condiciones, y por otro, los participantes del proceso de selección quienes deberán valorarlos y complementarlos en virtud del deber de colaboración con la administración pública en la construcción de los documentos definitivos, dada su experticia, especialidad y conocimientos. En tal sentido, ellos podrán pronunciarse frente a este contenido de los pliegos de condiciones mediante la presentación de observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones y a los pliegos de condiciones definitivos, sin perjuicio de que en los procesos de licitación pública sea obligatoria realizar una audiencia de asignación de riesgos –art. 4 de la Ley 1150 de 2007, artículo 30, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015–.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió el «Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación»[[19]](#footnote-19), y establece que, para administrar los riesgos en los procesos de contratación del Estado, deben seguirse los siguientes pasos, los cuales coinciden con la organización y/o estructuración del manual en comento:

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

Así las cosas, para establecer el contexto del Proceso de Contratación, se debe tener en cuenta el objeto, las experiencias pasadas, las condiciones sociales y económicas, el sector, entre otras. Posteriormente se deben identificar y clasificar los riesgos comúnmente asociados y los propios del proceso de contratación. Una vez identificados los riesgos, se recomienda establecer acciones o actividades específicas para responder a cada uno ellos, para lo cual, se sugiere en el Manual, «preparar un plan de tratamiento para documentar cómo se enfrenta cada uno de los Riesgos (ver matriz), incluyendo acciones, cronogramas, recursos (personal, información) y presupuesto, responsabilidades, necesidades de informes y reportes y de monitoreo». Por último, cuando el manual establece que las entidades estatales deben realizar un monitoreo constante en la medida que los riesgos no son estáticos, hace referencia a que deben monitorear y hacer seguimiento el plan de tratamiento con el fin de identificar los posibles impactos generados por cambios en las circunstancias internas y externas[[20]](#footnote-20).

En dicho manual, la Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, recomendó a las entidades incluir una matriz de riesgos en los que se incluya todos los riesgos identificados en el proceso contractual y con ello reducir la exposición del proceso de contratación frente a los diferentes riesgos que se puedan presentar, por ejemplo, la identificación de:

(a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio[[21]](#footnote-21).

 Finalmente, una adecuada administración de riesgos, permite: «(i) proporcionar un mayor nivel de certeza y conocimiento para la toma de decisiones relacionadas con el Proceso de Contratación; (ii) mejorar la planeación de contingencias del Proceso de Contratación; (iii) incrementar el grado de confianza entre la partes del Proceso de Contratación; y (iv) reducir la posibilidad de litigios; entre otro»[[22]](#footnote-22).

 Ahora bien, a las entidades estatales les corresponde, en cada procedimiento de selección, establecer en el pliego de condiciones o documento equivalente la tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos previsibles involucrados en el proceso de contratación. En este sentido, si bien deben tener en consideración las observaciones formuladas por los interesados al proyecto de pliego de condiciones, al pliego de condiciones definitivo y lo debatido en la audiencia de asignación de riesgos –en los procesos de licitación pública–, corresponde a cada entidad analizar y pronunciarse motivadamente frente a dichas observaciones, correspondiendo a la entidad tomar la decisión final sobre el contenido de los riesgos[[23]](#footnote-23).

 Ahora bien, cabe precisar que la falta de inclusión en la matriz de riesgos de determinado riesgo en específico, no impide que eventualmente las partes del contrato demanden la revisión del contrato, en los términos del artículo 141 del CPACA, conforme las explicaciones realizadas en el numeral anterior.

**3. Respuestas**

«1. Las Entidades, a pesar de conocer la situación de volatilidad de los precios de mercado, se pueden negar a: 1). Realizar los ajustes al presupuesto oficial, a pesar de la falta de planeación. 2). Realizar el ajuste a la matriz de riesgo, poniendo como tratamiento la actualización y/o reajuste conforme a los precios del mercado, y siendo responsable la Entidad?»

«2. Las Entidades Estatales, hasta dónde son autónomas de plasmar en sus objetos contractuales "precios unitarios fijos, sin formula de reajuste", siendo esta actualización y/o formula de reajuste de carácter legal?

Según las consideraciones expuestas, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que exigen a las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución.

Como se señaló, desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular tanto el valor estimado del contrato como el presupuesto oficial destinado para satisfacer la necesidad que se pretende suplir con el contrato, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión. No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Por lo tanto, las entidades estatales gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación estatal, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las observaciones que pueden presentar los interesados, las cuales corresponde resolver de forma motivada a cada entidad estatal.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, ha establecido en el artículo 27, que las partes pueden suscribir «acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar […]», esto en virtud de la autonomía de la voluntad de los co-contratantes y ante posibles circunstancias anormales o extraordinarias sobrevinientes, se pueden suscribir medidas que permitirán equilibrar la ecuación contractual, esto en concordancia con los derechos y deberes de las entidades estatales, específicamente los numerales 8 y 9 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, sobre ajuste y revisión de precios.

Adicionalmente, desde la Ley 1150 de 2007 y conforme los decretos reglamentarios de la contratación estatal, se establecieron obligaciones de estimación de riesgos durante la etapa de planeación. Por un lado, por parte de las entidades estatales quienes deben tipificarlos, estimarlos y asignarlos en los pliegos de condiciones, y por otro, los participantes del proceso de selección quienes deberán valorarlos y complementarlos en virtud del deber de colaboración con la administración pública en la construcción de los documentos definitivos, dada su experticia, especialidad y conocimientos.

Ahora bien, a las entidades estatales les corresponde, en cada procedimiento de selección, establecer en el pliego de condiciones o documento equivalente la tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos previsibles involucrados en el proceso de contratación. En este sentido, si bien deben tener en consideración las observaciones formuladas por los interesados al proyecto de pliego de condiciones, al pliego de condiciones definitivo y lo debatido en la audiencia de asignación de riesgos –en los procesos de licitación pública–, corresponde a cada entidad analizar y pronunciarse motivadamente frente a dichas observaciones, correspondiendo a la entidad tomar la decisión final sobre el contenido de los riesgos[[24]](#footnote-24).

En todo caso, si no se prevé ningún mecanismo de reajuste de precios y no se incluye en la matriz de riesgos algunos riesgos específicos, ello no es óbice para que las entidades estatales cumplan el deber de mantener las condiciones económicas y financieras del contrato estatal, en virtud del numeral 8 del artículo 4; 5, numeral 1; y 27 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio que el contratista pueda acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control de controversias contractuales establecido en el artículo 141 del CPACA, para pedir, entre otras cosas, que se ordene la revisión del mismo.

«3.Qué, ¿Entidad es la encargada de hacer control a los presupuestos oficiales, siendo que, a pesar de hacer la debida observación, la Entidad sigue adelante con el proceso contractual, sin importar su falta de planeación presupuestal, afectando la ejecución del contrato y al contratista?».

Teniendo en cuenta las consideraciones, sin perjuicio de los análisis de planeación que le corresponde realizar a la entidad estatal para definir el presupuesto oficial y el valor del contrato, conviene destacar que estas cuentan con discrecionalidad en la estructuración y definición del valor del contrato. Lo anterior, sin perjuicio de las observaciones que pueden realizar los interesados en el proceso frente al proyecto de pliego de condiciones o el pliego de condiciones, en los términos establecidos en los documentos del proceso, las cuales corresponderá resolver de forma motivada a cada entidad estatal.

Adicionalmente, es importante tener presente que son los oferentes quienes de manera libre optan por participar en el proceso de selección de acuerdo con las condiciones establecidas por la entidad estatal.

Finalmente, en el caso que se presenten controversias en la ejecución del contrato, corresponderá al juez resolverlas, a través del medio de control de controversias contractuales establecido en el artículo 141 del CPACA, mediante el cual, cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir, entre otras cosas, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento o que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto, el profesor Enrique José Arboleda Perdomo, al interpretar el artículo transcrito, expuso lo siguiente: «El artículo 28 regula los efectos jurídicos de los conceptos que emita la entidad como respuesta a las consultas que le formulen los particulares, ordenando que *no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*. De este mandato surgen las siguientes consideraciones:

 »La primera, que un concepto no es un acto administrativo de contenido particular pues en sí mismo no contiene una manifestación de la voluntad de la administración que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos vinculantes, en relación con el peticionario, con la autoridad que conceptúa y aún frente a terceros que pudieran estar interesados en la respuesta.

 »La segunda, que la forma como la administración actúa de manera vinculante para sí misma y para la Generalidad de las personas es el reglamento, no sólo a través de la potestad reglamentaria propia del presidente de la República coma sino a través de los demás reglamentos de la administración en el preciso marco de las competencias de cada organismo o entidad, por lo cual los conceptos emitidos no pueden suplir ni menos aún competir con los reglamentos.

»La tercera, que los conceptos no pueden interpretar la ley en el sentido de darle un alcance o proferir un sentido frente a otro posible, se limitan a explicar las competencias a cargo de la entidad y la forma de ejercerlas, con el fin de orientar a los particulares en el cumplimiento de sus deberes o el ejercicio de sus derechos». ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59. [↑](#footnote-ref-2)
3. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, 2015, p. 59. [↑](#footnote-ref-3)
4. «Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: (…)». [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Exp. 18.080. C.P. Ruth Stella Correa Palacio: «(…) recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato». [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-6)
7. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de elaboración de estudios del sector. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibid. [↑](#footnote-ref-8)
9. Diccionario de la Lengua Española.

 [↑](#footnote-ref-9)
10. MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. p. 60. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 19 de julio de 2018, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico, Rad. 2013-01826 (57.576) [↑](#footnote-ref-11)
12. «La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

»Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los *costos directos* y los *costos indirectos*. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los *ítems* que componen el contrato–. Los costos *indirectos* aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada» (MARÍN CORTÉS, Fabián. Op. Cit., pp. 63-64). [↑](#footnote-ref-12)
13. MARÍN, Op. Cit., pp. 64-65. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ibíd., p. 66. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 1437 de 2011: «ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. *Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir* que se declare su existencia o su nulidad, *que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento*, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, *que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas*. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

»Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

»El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes» (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-15)
16. DIMITRI N., PIGA, G., SPAGNOLO G., Handbook of Procurement. New York: Cambridge University Press, 2006 [↑](#footnote-ref-16)
17. Gaceta del Congreso No. 458 del 1 de agosto de 2005. [↑](#footnote-ref-17)
18. Además de lo anterior, el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, estableció la siguiente definición del concepto riesgo: «Riesgo: Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato». [↑](#footnote-ref-18)
19. Cabe precisar que el Consejo de Estado en la Sentencia del 11 de abril de 2019. Rad. 2014-00135-00 (52055). Sección Tercera. C.P. María Adriana Marín, determinó que las guías o manuales que expida Colombia Compra Eficiente, en relación con la identificación y cobertura de riesgos, no son vinculantes para las entidades, quienes podrán, de manera facultativa, acudir a ellas como una guía para llevar a cabo la estimación, tipificación, asignación y cobertura de riesgos en cada proceso de contratación particular. [↑](#footnote-ref-19)
20. Así se establece en el «Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación»: «5. Monitorear los Riesgos.

»La Entidad Estatal debe realizar un monitoreo constante a los Riesgos del Proceso de Contratación pues las circunstancias cambian rápidamente y los Riesgos no son estáticos. La matriz y el plan de tratamiento deben ser revisadas constantemente y *revisar si es necesario hacer ajustes al plan de tratamiento de acuerdo con las circunstancias*» (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-20)
21. Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ibíd. [↑](#footnote-ref-22)
23. «[…] resulta que son las entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, en cada caso concreto, las encargadas de definir en sus pliegos de condiciones los riesgos relacionados con su actividad contractual, y sólo estarán obligadas a ajustarse a lo que se defina en la ley sobre el particular y a las políticas generales que defina el Presidente de la República, en ejercicio de su función reglamentaria» (Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019. Exp. 52.055. C.P. María Adriana Marín). [↑](#footnote-ref-23)
24. «[…] resulta que son las entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, en cada caso concreto, las encargadas de definir en sus pliegos de condiciones los riesgos relacionados con su actividad contractual, y sólo estarán obligadas a ajustarse a lo que se defina en la ley sobre el particular y a las políticas generales que defina el Presidente de la República, en ejercicio de su función reglamentaria» (Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019. Exp. 52.055. C.P. María Adriana Marín). [↑](#footnote-ref-24)