



LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS A PARTIR DEL DECRETO 1082 DE 2015

Trabajo de Grado



26 DE SEPTIEMBRE DE 2015
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
Bogotá

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:

LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS A PARTIR DEL DECRETO 1082 DE 2015

PRESENTADO POR:

JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ CASTILLO

DOCENTE:

DR. JOSÉ IGNACIO GONZÁLEZ BUITRAGO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD DE POSGRADOS Y EDUCACIÓN CONTINUADA BOGOTÁ

2015

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I Antecedentes del Proyecto de Investigación	5
1.1. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	5
1.2. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.....	5
1.3. HIPÓTESIS	6
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	7
1.6. OBJETIVOS	8
1.6.1. General.....	8
1.6.2. Específicos.....	8
1.7. RESULTADOS ESPERADOS	8
1.8. MARCOS DE REFERENCIA	8
1.8.1. MARCO TEÓRICO	9
1.8.2. MARCO LEGAL	12
1.8.3. MARCO HISTÓRICO	13
CAPITULO II. ANÁLISIS DE PROCESOS LICITATORIOS Y LA ETAPA DE DETERMINACIÓN Y ASIGNACIÓN DEL RIESGO	14
CAPITULO III. ANÁLISIS DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS Y LA POSIBILIDAD DE CUBRIR CON LA PÓLIZA ÚNICA ALGUNOS RIESGOS IDENTIFICADOS	19
CONCLUSIÓN.....	26
Bibliografía.....	28

Anexos

1. PROCESO: CONTRATACIÓN PROCEDIMIENTO: SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA “SUMINISTRO DE DOTACIONES DE VESTIDO DE LABOR Y CALZADO PARA LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y DE LA SECRETARIA DE TRÁNSITO DE LA ALCALDÍA MAYOR DE TUNJA”
2. PROCESO: LICITACIÓN PÚBLICA No. 289 DEL 2015 EJECUCIÓN DEL PROYECTO URBANÍSTICO DE INVERSIÓN SOCIAL, DENOMINADO “CONSTRUCCIÓN DE DOSCIENTAS (200) SOLUCIONES DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL EN EL MUNICIPIO DE SOATÁ

INTRODUCCIÓN

La legislación Colombiana determina a través de la ley 1150 de 2007 en su artículo 4 que la entidad estatal debe “*incluir la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación*”.

En esta Investigación se busca, analizando el decreto 1082 de 2015 (mayo 26) y de más normas vigentes en el tema de contratación estatal de la existencia del riesgos que se pueden existir en toda forma de contratación, y en especial, si todos los eventos estarían cubiertos con la suscripción de la garantía única de cumplimiento.

¿En la ejecución contractual podrá reclamarse por daños que no estuvieron contemplados en el acápite de pliegos de licitación o términos de referencia sobre identificación y cobertura de riesgo, y la compañía de seguros alegar que el evento no está contemplado dentro del amparo de la Garantía Única de Cumplimiento?
¿La protección de los bienes del estado es completa?

De igual manera debemos establecer si la garantía única de cumplimiento es suficiente para asegurar los riesgos no identificados y no asignados en los pliegos o términos de referencia, frente a las coberturas de la garantía única de cumplimiento.

En la búsqueda de esclarecer el alcance y/o eficacia de la cobertura que ofrece la Garantía Única de Cumplimiento a través del tipo de investigación jurídica o hermenéutica jurídica. Con base a lo anterior, se hace necesario usar el método exegético buscando en la normatividad que compone nuestro marco legal especialmente en lo referente al alcance de las coberturas que tal como aparece en el acápite de las garantías del Decreto único reglamentario 1082 de 2015.

A renglón seguido permitimos establecer si el patrimonio del estado se encuentra amparado, ante cualquier eventualidad, en procura de minimizar un posible detrimento.

En caso de encontrar negativa o sin explicación la respuesta a nuestra pregunta de investigación, se haría necesario motivar al estado para que el legislador evalúe la posibilidad de blindar las actuales reglas en materia de contratación (en donde tenga participación, en cualquier porcentaje el patrimonio del estado)

Esta investigación se adscribe a la línea de investigación denominada “Derecho para la Justicia, la Convivencia y la Inclusión Social”, esta línea se desprende del ejercicio de la misión de la universidad la Gran Colombia, encaminada a la solución de problemas que vive el país promoviendo el bien común, la investigación y la controversia ideológica y política.

CAPITULO I Antecedentes del Proyecto de Investigación

1.1. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Es necesario plantear como pregunta de investigación el siguiente interrogante:

¿En la ejecución contractual podrá reclamarse por daños que no estuvieron contemplados en el acápite de los pliegos de licitaciones o términos de referencia sobre Identificación y Cobertura del Riesgo y la Compañía de Seguros alegar que no está dentro del amparo de la Póliza Única de Cumplimiento?

1.2. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Estas son las líneas de investigación de la facultad de derecho.

El presente proyecto de investigación se ubica dentro de la Línea de investigación de la Facultad de derecho denominada “Derecho para la Justicia, la convivencia y la inclusión social”. Estas líneas se desprenden del ejercicio de la misión de la Universidad La Gran Colombia que está encaminada a contribuir a “la solución de los problemas que vive el país promoviendo el bien común, la investigación y la controversia ideológica y política”¹ La universidad fomenta la creación de grupos académicos cuyo fin es el desarrollo de proyectos de investigación alrededor de un eje principal. Es al interior de este que se encuentra la línea central de investigación.

Este trabajo de investigación se encuentra en la línea central y específicamente en la línea primaria de Derecho Económico para la Integración Regional, dentro de la

¹ Tomado del sistema de investigaciones facultad de postgrados y formación continuada universidad la gran Colombia 2011

cual se reúnen dos disciplinas autónomas como son el derecho y la economía, las cuales buscan integrarse y aportar en la solución de diversos problemas sociales, con el fin de lograr una mejor calidad de vida de los ciudadanos en diferentes aspectos

1.3. HIPÓTESIS

La matriz de riesgos que deben realizar las entidades estatales durante los estudios previos es bastante compleja, pues se realiza de acuerdo a lo establecido no solo en la ley, sino además en el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, expedido por Colombia Compra Eficiente, regulado normativamente por el gobierno a través del Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011, reconociendo que la compra y contratación pública es un asunto estratégico y de importancia.

Sin embargo y a pesar de que en la matriz de riesgos se realiza un análisis teniendo en cuenta diferentes variables como son la valoración del riesgo, la probabilidad de ocurrencia, el impacto que pueda causar entre otras, es posible que algunos otros riesgos no fueren posibles de prever. Es decir, que estos riesgos eventualmente se queden por fuera y sin cobertura.

Por lo tanto, una posible hipótesis es: La Póliza Única de Cumplimiento cubre cualquier riesgo aun los no previstos en la Identificación y Cobertura del Riesgo

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El abordaje del problema de investigación presentado se constituye en una necesidad académica de carácter normativo en materia de contratación, en cuanto al analizar los riesgos, se pudieran presentar vacíos en la cobertura para estos riesgos a través de la garantía única de cumplimiento.

Las entidades del Estado tienen el deber de estructurar un sistema de administración de riesgos con el fin de reducir la exposición de los procesos de contratación de cara a los diferentes riesgos que se puedan presentar, teniendo en cuenta diferentes aspectos.

Por tal razón, el Estado a través de la Ley 1150 de 2007, del Decreto Ley 4170 de 2011 y del Decreto 1082 de 2015 define el riesgo y a su vez, establece un sistema administración de riesgos encaminado a proteger a las Entidades Estatales durante los procesos de Contratación, buscando a través de estos disminuir la posibilidad de ocurrencia del hecho

1.5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La ley determina a través de la Ley 1150 de 2007 en su artículo 4º que la Entidad Estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente con el fin de optimizar los recursos públicos en temas de contratación pública. Es decir que toda entidad del Estado, debe seguir unos lineamientos y principios metodológicos de manejo y gestión de Riesgos en el proceso de contratación

En esta investigación se busca, a través del análisis al Decreto 1820 de 2015 y a las demás normas vigentes en el tema de Contratación Estatal, determinar si ese análisis que se está realizando contempla por completo todos los riesgos y si, en consecuencia, todos se encuentran amparados bajo la garantía única de cumplimiento.

Pero del análisis de la norma y de la experiencia de algunas entidades estatales surge la inquietud, en principio, si estos análisis de riesgo se alcanzan a contemplar todos los eventos que puedan presentarse durante la ejecución de un contrato, sin importar el objeto del mismo.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. General

Establecer si la Garantía Única de Cumplimiento es suficiente para asegurar los riesgos no identificados y no asignados en los Pliegos o Términos de Referencia, frente a las coberturas de la Garantía Única de Cumplimiento

1.6.2. Específicos

- 1.6.2.1. Identificar el desarrollo del concepto de riesgo y su cobertura en la legislación colombiana de contratación del Estado desde un punto de vista histórico normativo
- 1.6.2.2. Analizar en dos procesos licitatorios el cumplimiento de la Identificación y asignación del riesgo identificando los elementos más relevantes de los mismos
- 1.6.2.3. Determinar la efectividad de la Garantía Única frente a la estructura del análisis de riesgos no previstos en el Pliego o Términos de Referencia

1.7. RESULTADOS ESPERADOS

Se espera de esta investigación la oportunidad de la socialización de su resultado, con el propósito de aportar un nuevo conocimiento, lo anterior atendiendo a la ejecución positiva de los objetivos planteados en la presente investigación.

1.8. MARCOS DE REFERENCIA

La ley establece la inclusión de la estimación, tipificación y asignación de los riesgos existentes en la contratación buscando no solo evitar el riesgo en el equilibrio económico del contrato sino además, los riesgos que puedan afectar la ejecución del mismo y que en consecuencia impidan la eficacia del ejercicio

contractual afectando la reputación y la legitimidad de la entidad estatal, imposibilitando a su vez, satisfacer la necesidad que motiva el proceso de Contratación.

A pesar de que en nuestro país se encuentran regulados tanto los parámetros de la contratación estatal como el sistema de análisis de riesgos en los procesos, pueden presentarse situaciones que afecten el normal desarrollo del contrato que no estén incluidas.

1.8.1. MARCO TEÓRICO

Para comprender los aspectos más relevantes en materia de seguros, y en particular el del seguro de cumplimiento como garantía única tenemos que a las voces de los doctores Laura Reyes y Felipe Baquero (2011) con el siguiente aparte “Para crear el seguro de cumplimiento fue necesaria una ley especial porque el Código de Comercio de 1887, además de no contemplar sino los seguros de cosas, prohibía a los aseguradores hacerse responsables de los “hechos personales del asegurado”, con ocasión a esto nace el Decreto 1348 de junio 27 de 1939, el cual reglamenta a través de los artículos 15 y 16 de dicho decreto, que las fianzas de carácter personal existentes debían reemplazarse, hasta donde fuera posible y lo permitieran las circunstancias y conveniencias de la Administración Pública, por fianzas de compañías de seguros”

El seguro de cumplimiento nace en Colombia de la mano del ramo de manejo como un mecanismo de garantía frente a los perjuicios que se pueden causar por el incumplimiento de obligaciones establecidas en leyes o contratos

Como consecuencias jurídicas derivadas de esta clasificación, la doctrina ha señalado que el seguro de cumplimiento está dirigido a *“amparar daños patrimoniales, donde la responsabilidad de la compañía aseguradora es el pago de una indemnización, limitada al monto del valor asegurado y hasta la concurrencia del perjuicio patrimonial que demuestre haber sufrido el asegurado,*

como consecuencia del incumplimiento del contrato o de las obligaciones garantizadas” de otra parte la Ley 80 de 1993 introdujo el concepto de garantía única y se define como la ley de principios, que buscaba reducir los múltiples trámites de aprobación a que estaban sujetos los contratos que celebraba el Estado

Continuando con los importantes autores consultado en esta investigación tenemos al Dr. Jorge Eduardo Narváez Bonnet (2011) quien resalta que El análisis que se realiza al interior de las compañías aseguradoras se plantea con el objetivo de determinar “el grado de exposición al riesgo que se pueda presentar a fin de establecer condiciones limitaciones o garantías bajo las cuales asumirán el negocio”. A pesar de lo anterior, este tipo de contrato se caracteriza por tener entre sus características el principio de buena fe en su máxima expresión, ya que la suscripción se hace sobre la base de las informaciones aportadas por el tomador del seguro; a su vez, debe confiar en la veracidad de dicha información.

Mencionado análisis apela a los perfiles objetivo y subjetivo del riesgo; el riesgo subjetivo tiene relación con la seriedad, moralidad, conocimientos y habilidades del contratista, además de su situación financiera y patrimonial, las referencias bancarias y comerciales que posee, es decir, su solvencia moral y económica y su capacidad técnica.

El riesgo objetivo se dirige a las obligaciones que el contratista asume, la capacidad técnica, el valor del contrato, la forma de pago, las garantías solicitadas, valores asegurados y vigencias exigidas. En cuanto al siniestro, se hace imperativa **la acreditación del perjuicio**, sin embargo, esto, una vez ocurra se encontrará sometido al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del Código de Comercio en que la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta la concurrencia de la suma asegurada o dicho en otras palabra para reforzar el alcance que para indemnizar el daño padecido, se hará hasta la concurrencia del valor asegurado.

La Federación Colombiana de Aseguradores (2015) se ha pronunciado a través diferentes publicaciones entre las que hacemos especial relevancia las

consideraciones respecto del contrato de cumplimiento; en donde destaca que Es un contrato por medio del cual se garantiza el cumplimiento por parte del tomador; cuando esté, no cumpla con sus obligaciones por causas que le sean IMPUABLES, la aseguradora pagará a la entidad contratante los perjuicios patrimoniales sufridos, sin exceder el valor asegurado de la póliza.

- No es aplicable la terminación unilateral de manera anticipada.
- No hay terminación automática por mora en el pago de la prima
- Es un contrato accesorio, por eso sigue la suerte del contrato principal
- Restablecimiento de la suma asegurada
- Subrogación, el asegurador puede en virtud de esta figura jurídica recuperar lo pagado.

Garantía de seriedad de la oferta: cubre como mínimo el 10% del valor propuesto, o del presupuesto oficial, vigente durante adjudicación y suscripción del contrato

Cumplimiento del contrato: Garantiza el pago de los perjuicios que sufra la entidad con ocasión al incumplimiento del contratista, su valor asegurado no podrá ser inferior al valor de la cláusula penal ni al 10% del valor del contrato, y su duración inicia en la celebración, continua durante la ejecución y termina con su liquidación

Buen manejo y correcta inversión del anticipo: se indemnizará a la entidad por los perjuicios derivados del uso o apropiación indebida de dineros entregados como anticipo, tendrá una cobertura del 100%, y tendrá una vigencia desde la entrega hasta la liquidación del contrato

Pago de salarios y Prestaciones sociales: cubre el incumplimiento de las obligaciones laborales, inicial con el contrato y termina tres (3) años después, su valor asegurado no podrá ser inferior 5% del contrato

Calidad del Bien o del Servicio: si no se ajustan los bienes o servicios a lo contratado se indemnizará a la entidad por los perjuicios que pueda sufrir, la

vigencia se determina el contrato y su valor asegurado se entenderá de conformidad con del valor del servicio o del bien.

Estabilidad de la obra: si durante el plazo y en condiciones normales de uso se deteriora la obra imputable al contratista y que logre impedir el servicio para el cual se ejecutó se pagará los perjuicios sufridos. Su vigencia no podrá ser inferior a cinco años contados desde la liquidación del contrato y el valor asegurado se determinará en el contrato, conforme al valor de la (s) obra (s).

NO ESTÁ CUBIERTO:

- La fuerza mayor y el caso fortuito
- Causales legales de exoneración del contratista
- La responsabilidad civil extracontractual
- Los perjuicios que excedan el valor asegurado

1.8.2. MARCO LEGAL

Dentro del marco legal bajo el cual se desarrollará el presente escrito está (i) la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como (ii) la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, (iii) el Decreto 4170 del 3 de noviembre de 2011, por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente y el (iv) Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015 a través del cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Finalmente, también se tendrá en cuenta (v) la Ley 1474 de julio 12 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, entre otras disposiciones.

1.8.3. MARCO HISTÓRICO

Artunduaga y Lozano nos aportan un marco histórico y conceptual de la póliza en las primeras normas sobre esta y nos aclaran su origen. El Código de Comercio de 1887, contemplaba solamente los seguros de cosas, prohibiendo a las aseguradoras hacerse responsables de “hechos personales del asegurado” (artículo 676). Con el tiempo, se hace necesario adoptar una legislación que permitiese el ingreso de estos seguros. Es por esto que en el año 1938 con la Ley 225 se permite el ingreso al mercado asegurador de un seguro de manejo o cumplimiento, que permitiera garantizar el manejo adecuado de fondos entregados a empleados públicos o a particulares a favor de las entidades o personas ante quienes fueran responsables. (Artunduaga R. & Lozano G., 1987)

O como lo destacan Reyes y Baquero, la historia de esta clase de seguro es vaga, solamente se sabe que alrededor de 1720, cuando en Inglaterra hicieron su aparición muchas proposiciones de seguros extrañas, una compañía ofreció asegurar a los amos contra las pérdidas provenientes de la deshonestidad de sus criados. En cuanto a su fundamento legal en Colombia, este nace a través de la promulgación de la ley 225 de 1938, sin embargo permanecía un obstáculo generado por el código de comercio de 1887, que establecía una prohibición de asegurar situaciones personales del asegurado y definía al riesgo como la eventualidad de todo caso fortuito que puedan causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados, por tanto ; ningún asegurador podía asegurar la eventualidad de que un deudor cualquiera no cumpliera la obligación que había asumido. El cumplimiento no era en ningún momento, caso fortuito, es decir, imprevisto al cual no fuere previsible resistir, sino por el contrario hecho potestativo del deudor interesado en precaver las consecuencias que causara su propio incumplimiento. Lo anterior fue superado a consecuencia de la falta de respaldo económico que garantizara la protección del patrimonio de la Nación (2011)

CAPITULO II. ANÁLISIS DE PROCESOS LICITATORIOS Y LA ETAPA DE DETERMINACIÓN Y ASIGNACIÓN DEL RIESGO

Atendiendo a uno de los retos planteados para la realización de este proyecto se planeó la revisión de dos procesos licitatorios, con el ánimo de determinar los aspectos más relevantes entre sí, especialmente en lo atinente a los temas de determinación y asignación del riesgo por parte de las entidades estatales.

De igual manera el Dr. Becerra Salazar Álvaro menciona que las Matrices de Configuración del Riesgo son la forma en la que pueden quedar configurados los riesgos para los diferentes tipo de contratos (es decir que para cada forma de contrato hay una matriz especifica) advirtiendo que es necesario analizar cada contrato en particular con el fin de determinar sus propias variables frente al riesgo. Al momento de utilizarse estas matrices debe tenerse en cuenta la tipificación. (2008 Pg. 101)

Tenemos entonces los procesos 298 de 2015 y Selección Abreviada de Menor Cuantía No 4789 de 2015 pertenecientes al municipio de Soatá (Boyacá) y La Gobernación de Antioquia respectivamente (ver anexos), conforme a esto, tenemos que:

En cuanto al proceso del municipio de SOATA en tenor de su numeral:

“2.3. ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES
En cumplimiento del artículo 2.2.1.1.6.324 del Decreto 1082 de 2015, los riesgos derivados del objeto a contratar son los siguientes...”

N°	Clase	Fuente	Etapas	Tipo	Descripción (Qué puede pasar y, como puede ocurrir)	Consecuencia de la ocurrencia del evento	Probabilidad	Impacto	Valoración del riesgo	Categoría
1	Específico	Inter no	Ejecución	Operacional	Posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato	Suspensión del proyecto y sobrecostos	Probable (4)	Menor (2)	6	Riesgo Alto
2	Específico	Inter no	Ejecución	Operacional	Extensión del plazo	Retrasos en el cronograma e incumplimiento al Municipio y a la comunidad para la entrega de la obra	4	2	6	6
3	Específico	Inter no	Ejecución	Operacional	Cambios en el equipo de trabajo del Contratista	Retrasos en el cronograma y deficiencias en la calidad del trabajo realizado por desconocimiento de las labores desarrolladas por el recurso saliente y deficiencias en la definición y aplicación de estándares	2	1	3	3
4	Específico	Inter no	Ejecución	Operacional	Bajo desempeño el recurso humano del contratista	Deficiencias en la calidad del trabajo realizado (v.gr. defectos en los requerimientos implementados, desvíos sobre estándares de calidad del proyecto), reprocesos y retrasos en ruta crítica	2	1	3	3

¿A quién se le asigna?	Tratamiento/Controles a ser implementados	Impacto después del tratamiento				Afecta la ejecución del contrato?	persona responsable por implementar el tratamiento	Fecha estimada en la que se inicia el tratamiento	Fecha estimada en la que se completa el tratamiento	Monitoreo y revisión	
		Probabilidad	Impacto	Valoración del riesgo	Categoría					¿Cómo se realiza el monitoreo?	Periodicidad ¿Cuándo?
Contratista	Inclusión de todas las actividades requeridas para dar cumplimiento al 100% del objeto contractual	R a r o (1)	1	2	B a j o	N o	Municipio (Secretaría de planeación y Obras Públicas)	En la ejecución	En la ejecución	Seguimiento al contratista para determinar las variables que determinan el valor de la inversión - Revisión al cambio en los documentos del proceso - Seguimiento a la garantía de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual Estipulación en los Documentos del Proceso	En la redacción de los documentos del proceso
Contratista	Realizar seguimiento al cronograma establecido por el contratista para la ejecución del contrato en el tiempo establecido por el Municipio	2	1	3	B a j o	N o	Municipio (Secretaría de planeación y Obras Públicas)	En la ejecución	En la ejecución	Seguimiento al cronograma establecido por el contratista para la ejecución del contrato en el tiempo establecido por el Municipio	En la redacción de los documentos del proceso
Contratista	omisión	1	1	2	2	N o	Municipio (Secretaría de planeación y Obras Públicas)	En la ejecución	En la ejecución	Estipulación contractual sobre cambios en el personal. Desarrollo de labores de aseguramiento de calidad sobre el trabajo realizado por el equipo de Verificación del empalme entre recurso entrante y saliente.	En la redacción de los documentos del proceso
Contratista	Realizar seguimiento al desempeño de los recursos. Modificar el equipo de trabajo en caso de evidenciar repetidas desviaciones sobre el cronograma o deficiencias recurrentes en el trabajo realizado por el recurso del contratista	1	1	2	2	N o	Municipio (Secretaría de planeación y Obras Públicas)	En la ejecución	En la ejecución	Seguimiento periódico al cumplimiento del plan de trabajo, y a riesgos e incidencias relacionados con el desempeño del equipo de trabajo del proyecto en los comités establecidos para ello en los Documentos del proceso	En la redacción de los documentos del proceso

Aquí la matriz de riesgo realizada por La Gobernación de Antioquia en su numeral “2.3. RIESGOS PREVISIBLES De conformidad a lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.6.3 del Decreto 1082 de 2015 y en la guía de riesgo publicada por Colombia Compra Eficiente, la Entidad procedió a realizar el respectivo análisis del riesgo aplicable a la presente contratación, procediendo a establecer el contexto, identificar, clasificar, evaluar, calificar, asignar y mitigar los riesgos o eventualidades que afectan los propósitos y metas esperados por la administración en el presente proceso de contratación, para lo cual estableció especificaciones técnicas y obligaciones que mitigaban el impacto y probabilidad

del riesgo, sin embargo también procede en esta oportunidad a establecer una matriz de riesgos, en los cuales se tipificó, estimó y asignó las principales eventualidades que afectan esta contratación.

La Administración Departamental estima el riesgo derivado de la presente contratación en los términos antes enunciados y su respectiva calificación de la siguiente manera:”

ANÁLISIS DEL RIESGO

CLASE	FUENTE	ETAPA	TIPO	DESCRIPCIÓN	CONSECUENCIA DE LA OCURRENCIA DEL EVENTO	PROBABILIDAD	IMPACTO	CALIFICACIÓN TOTAL	PRIORIDAD
Específico	Interno	Ejecución	económico	Modificación de especificaciones técnicas	Retrasos	Posible	Mayor	Alto	Alta
Específico	Interno	Ejecución	económico	Fluctuaciones al alza en la tasa de cambio del dólar, que ponen en riesgo el suministro de los equipos importados	Impacto negativo	Posible	Mayor	Alto	Alta
Específico	Interno	Ejecución	Operacional	Fallas en el cronograma que afecte la prestación del servicio	Impacto negativo en el logro de los objetivos pretendidos a través de la contratación	Posible	Mayor	Alto	Alta
Específico	Interno	Ejecución	Operacional	Cambios en el personal asignado por parte del contratista	Retrasos en las respuestas o acciones que deba llevar a cabo la entidad soportada en los productos que debe entregar el contratista	Posible	Mayor	Alto	Alta
Específico	Interno	Ejecución	Operacional	Fallas en la operación e indisponibilidad en el servicio de los equipos del sistema integrado de seguridad	Retrasos	Posible	Mayor	Alto	Alta
Específico	Interno	Ejecución	Tecnológico	Fallas en la plataforma tecnológica que soporta el servicio	Retrasos en las respuestas o acciones que deba llevar a cabo la entidad	Posible	Mayor	Alto	Alta

ASIGNACIÓN	TRATAMIENTO	IMPACTO DESPUÉS DEL TRATAMIENTO			AFECTA EL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL	RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO	FECHA ESTIMADA DE INICIO	FECHA ESTIMADA PARA COMPLETAR EL TRATAMIENTO	MONITOREO Y REVISIÓN	
		Probabilidad	Impacto	Calificación Total					CÓMO SE REALIZA EL MONITOREO	PERIÓDICIDAD DEL MONITOREO
Contratista	El contratista deberá asumir los riesgos económicos y garantizar la ejecución del contrato	posible	medio	Medio	No	Supervisor		Hasta finalizar el contrato	Seguimiento al cumplimiento de los parámetros	Quincenal
	El contratista deberá garantizar que se cuenta con todos los medios, el personal idóneo y la logística necesaria para la normal ejecución del objeto del contrato.	Raro	Mayor	Medio	No	Supervisor		Hasta finalizar el contrato	Seguimiento al cumplimiento de los parámetros	Quincenal
Contratista	El contratista debe definir un plan de contingencia que le permita evitar fallas en la plataforma y la pérdida de información.	Raro	Mayor	Medio	No	Supervisor		Hasta finalizar el contrato	Seguimiento al cumplimiento del cronograma.	Semanal

- Es definitivo, que cada uno de los riesgos asignados giran en torno al tipo de contratación, al valor y al objeto contractual por ello encontramos que no existen similitudes en ninguno de los riesgos contemplados de la asignación de los mismos.
- Coincide que la asignación de todos los riesgos como retraso, demoras, incumplimientos se atribuyen de manera exclusiva al contratista
- En los procesos se evidencia que existe una especial advertencia por parte del contratante, la cual registra que si alguno de los oferentes conoce “*de posibles riesgos que deberán manifestar a la entidad, teniendo en cuenta el conocimiento que tienen como expertos en su actividad ordinaria, la existencia de posibles riesgos asociados a la ejecución del contrato que puedan afectar su equilibrio económico*” (Art 864 del código de comercio), la omisión a lo anterior traerá como consecuencia la indemnización de los perjuicios causados.

CAPITULO III. ANÁLISIS DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS Y LA POSIBILIDAD DE CUBRIR CON LA PÓLIZA ÚNICA ALGUNOS RIESGOS IDENTIFICADOS

El Dr. Becerra Salazar establece respecto del acto de configuración del riesgo que las conductas de estimar, tipificar y asignar que señala la norma, se predicen de la expresión riesgo, esto es, se predicen posibilidades, de eventualidades, de hechos o circunstancias de realización incierta, de sucesos que pueden o no presentarse en el futuro.

Tratar sobre los riesgos antes de su presencia, implica de suyo una labor fundamentada en reglas de la experiencia y de la lógica, una labor intelectual de anticipación a los hechos, la cual no solo implica el pensar en los posibles sucesos dañosos, sino además en concretar los fundamentos en tres actividades:

Tipificarlos: Es decir describir las diversas situaciones que, se piensa, constituye el riesgo; en otras palabras señalar los hechos de la humanidad o de la naturaleza que en un futuro pueden ocasionar daño para la estructura económica del contrato.

Estimarlos: Es decir determinar un valor para los riesgos que se han tipificado

Asignarlos: Una vez descrito y valorado el riesgo se debe proceder a señalar a la parte contractual que debe afrontar, superar y financiar los efectos de la ocurrencia de la eventualidad.

Una vez realizadas las tres actividades descritas, el riesgo habrá quedado configurado para el proceso contractual (2008 Pg. 25)

El profesor Leonardo Álvarez Casallas en uno de los aportes realizados a Escritos Sobre Riesgos y Seguros define tres aspectos necesarios para la realización correcta del análisis de la asignación de riesgos así (i) Identificación, (ii)

Cuantificación y (iii) Control o Gestión del Riesgo en donde los aspectos mencionados se apoyan entre sí, para la ejecución de técnicas orientadas a una asignación de modo científico. (2012 P 23)

Identificación: (i) reconocer los riesgos que afectan un objetivo y establecer una lista de eventos que pueden tener un impacto adverso. Se debe (ii) clasificar, esta clasificación obedece a circunstancias de riesgos especiales

Cuantificación: en caso que el riesgo se materialice, la cuantificación se encargará de observar la probabilidad y las consecuencias que esto genere, esto se puede ver en las matrices de calificación de riesgo que realizan las entidades estatales

Control o Gestión de Riesgos: es en esta fase que se aplican los sistemas de administración de riesgos, los cuales permiten determinar los métodos más adecuados para disminuir y mitigar las consecuencias de los hechos contemplados como dañosos.

Podemos concluir entonces por lo argumentado por el –Dr. Álvarez Casallas que con la asignación de riesgos no todos estarían cubiertos en la garantía única de cumplimientos dado que está sujeta a las políticas de suscripción, lo anterior obedece a la realidad dinámica y cambiante del sector asegurador, el cual es definido por sus resultados técnicos, pues si bien es cierto que en un posible escenario hoy la compañía aseguradora ofrezca un producto para una clase de riesgo determinada al cabo de un año o antes quizá ya no lo ofrece producto de su resultado y a la recomendación de sus notas técnicas

De otra parte hacemos participe de esta investigación a la Cartilla CONPES 3107, la cual resalta que para la asignación de riesgos se deben tener en cuenta dos aspectos de especial relevancia como los son, (i) la Estructura técnica, legal y financiera de proyectos y (ii) los lineamientos de política de riesgo sectorial.

CRITERIOS DE ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS. Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección,

mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos. Para esto, las entidades estatales deben, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quién tiene mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto. Adicionalmente, se debe evaluar qué parte está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada riesgo, y, con base en ello, definir su asignación teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y las condiciones del país en un determinado momento. Un aspecto fundamental de este proceso es disponer de estudios de pre inversión que permitan contar con un nivel de información adecuado y suficiente para una correcta estructuración de los proyectos. El esquema contractual de asignación de riesgos entre las partes tiene una relación directa con la información conocida. Un desarrollo contractual, resultado de la estructuración de los proyectos, permite contar con reglas claras entre las partes, y minimizar las razones para futuros conflictos. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos con el propósito de definir la responsabilidad de la entidad estatal contratante frente a los riesgos que asume. (CONPES Pg. 15)

En cuanto a la estructura técnica, legal y financiera de proyectos, tenemos que a las voces del CONPES 3107 La estructuración es el estudio y análisis integral de las condiciones técnicas, financieras y legales de cada proyecto, cuyo resultado se refleja en las bases contractuales del proceso de vinculación de capital privado. Como consecuencia de lo anterior, **se asegura la identificación, asignación y compensación de los riesgos**. Como complemento a este análisis, el proceso de selección del contratista e inversionistas debe asegurar el cumplimiento de los principios de competencia y transparencia. Los lineamientos de política para la estructuración de procesos de participación privada son igualmente aplicables a los procesos de capitalización y privatización, los cuales tienen un marco

regulatorio definido. El apoyo y acompañamiento de asesores especializados en estructurar los procesos es fundamental en la formulación de la estructura técnica, legal y financiera. Igualmente, para la promoción, la identificación de proponentes e inversionistas idóneos, nacionales e internacionales; la divulgación de las bases contractuales; la implementación de los esquemas; y el acompañamiento, si los hubiere, durante los procesos de transferencia de activos y cierre financiero (CONPES 3107 Pg. 16) **NEGRITA fuera del texto original**

Aspectos técnicos, legales y financieros de la estructuración Antes de iniciar procesos de participación privada en infraestructura, es necesario que las entidades estatales definan con claridad los objetivos y el alcance de esta vinculación; evalúen el estado del sistema y de la entidad prestadora del servicio; y determinen los requerimientos de inversión, para que se garantice la provisión de servicios de infraestructura en niveles adecuados de cobertura, calidad y oportunidad. Con base en estudios de pre inversión se debe contar, entre otros, con información sobre posibles fuentes esperadas de ingreso. Esto es, tarifas, peajes, valorización, tasas por la prestación del servicio, derechos y aportes de recursos públicos, nacionales y municipales; de igual manera se debe conocer la estructura esperada de costos, los esquemas de operación y los aspectos legales y regulatorios que afectan el proyecto. Estudios Técnicos: La estructuración debe considerar de manera detallada el estado de los sistemas, la capacidad instalada, las alternativas tecnológicas, la estructura de costos y de gestión de las empresas, la composición de la demanda, los estudios de ingeniería de las obras, cronogramas de ejecución, indicadores de gestión, manuales de aseguramiento de calidad y las especificaciones de las obras, entre otros. Con base en esta información se definirán las especificaciones mínimas funcionales del servicio, los indicadores de servicio y de cobertura, y la respectiva estimación de costos para las inversiones definidas en el proyecto. La estructuración técnica debe incluir la evaluación de los requerimientos de inversión en el horizonte de análisis del proyecto. Esta evaluación debe permitir la definición del momento óptimo para las inversiones, de acuerdo con indicadores de nivel de servicio y de demanda esperados del proyecto. A partir de lo anterior se debe establecer los elementos

técnicos que permitan realizar una clara definición contractual para la realización gradual de las obras. (CONPES Pg. 17)

Aspectos Legales: A través del análisis legal se debe definir la estructura de los contratos, incluida la asignación de responsabilidades respecto a los riesgos del proyecto. En el caso de nuevos procesos se debe contar con el análisis del marco legal y regulatorio vigente que incide sobre el desarrollo de los mismos. En el caso de entidades existentes, se debe contar además, con la evaluación de las obligaciones legales con el objeto de establecer las contingencias legales (demandas o litigios), y determinar los pasivos ocultos, en el caso de enajenación de activos. En este sentido, se deben analizar los aspectos laborales, comerciales, tributarios; las restricciones de la regulación, tarifas, tasas producto de la prestación del servicio, requerimientos ambientales, registros, subsidios, mecanismos de compensación, entre otros.

Aspectos Financieros: La evaluación financiera deberá determinar las fuentes de pago y las necesidades de recursos para la financiación de los proyectos. Estas fuentes provienen de ingresos propios del proyecto las cuales se estiman a partir de los estudios de demanda; así mismo, de fuentes externas, como es el caso de aportes presupuestales, en caso de ser requeridos. El análisis debe establecer las condiciones en que se comprometan o enajenen los activos estatales existentes, y analizar la conveniencia de incluir la financiación de obligaciones laborales, con proveedores y otras obligaciones vigentes con el sector financiero. Esto permite cuantificar los pasivos, así como establecer, de ser el caso, el valor de la cesión o pignoración de activos. Con base en el análisis de los aspectos mencionados, reflejados en una evaluación financiera y en los respectivos análisis de sensibilidad, se define la modalidad de participación privada que se adecue mejor a las condiciones del proyecto. La estructura final del proyecto se concretará en los pliegos de condiciones y la minuta de contratos. La culminación infructuosa de procesos de vinculación del sector privado en proyectos de infraestructura debe demandar un análisis por parte de la entidad contratante sobre las causas que impidieron la presentación de propuestas satisfactorias. Con el fin de preservar los

beneficios económicos producto de la competencia, se recomienda la reapertura del proceso de convocatoria incluyendo el ajuste de los aspectos técnicos, legales y financieros que requiera la estructuración del proyecto, en lugar de optar por una adjudicación directa. (CONPES Pg. 18)

Proceso de contratación: Los procesos de participación privada deberán ceñirse a las reglas de libre competencia, propiciar la competencia entre oferentes idóneos, cumplir con criterios de transparencia y selección objetiva, y tener una clara asignación de riesgos, obligaciones y sanciones entre las partes, se deberán considerar los siguientes criterios: Condiciones mínimas de los oferentes. Los proponentes deben demostrar solvencia financiera y experiencia técnica idónea y concordante con los objetivos de la vinculación privada en la prestación de estos servicios. Promoción de los procesos. Con el fin de asegurar la concurrencia de proponentes, es importante realizar una amplia promoción de los procesos ante potenciales constructores, proveedores de tecnologías y equipos, operadores o inversionistas nacionales e internacionales, de acuerdo con la identificación de los mercados objetivo. Se debe disponer y recopilar la información del proyecto para que esté oportunamente a disposición de los potenciales proponentes. Así mismo es recomendable contar con una página en Internet con información sobre proyecto y las respectivas bases contractuales. Plazos para elaboración de propuestas y divulgación de bases contractuales. En los términos de la convocatoria se debe establecer un lapso suficiente para elaborar las propuestas, de acuerdo con el alcance y dificultad que demande el proceso. Así mismo, se debe permitir a los interesados conocer las bases contractuales, establecer plazos y tiempos suficientes para realizar audiencias de aclaración. Criterios de selección. Se deben garantizar criterios objetivos para asegurar transparencia y competencia para obtener mayores beneficios económicos. Se debe minimizar el número de criterios económicos de selección, según el tipo de contrato y las características del respectivo sector. Esto permite simplificar el proceso de selección, capturar economías de escala en la adjudicación y hacer más transparente el proceso de selección de las propuestas. Terminación anticipada de los contratos: Debe quedar claramente establecido en los contratos los eventos de terminación

anticipada, i) por causas del contratista; ii) por causas de la entidad estatal; iii) por fuerza mayor; o iv) por mutuo acuerdo de las partes. Así mismo se debe establecer en los contratos los 20 términos en los cuales se llevará a cabo dicha terminación²¹. Estos eventos, no deben ser manejados a través del Fondo de Contingencias. Es conveniente establecer en el contrato la opción para el Estado de terminar anticipadamente el contrato ²². C. Seguimiento a los Contratos Quizás el aspecto más importante en todo este proceso es contar con las herramientas metodológicas y el equipo de personal capacitado para hacer un efectivo seguimiento de los contratos. Esto permite anticipar problemas en la ejecución de los proyectos y estudiar soluciones. Adicionalmente es fundamental ejercer un estricto control de las obligaciones de las partes para alcanzar los beneficios previstos del proyecto.

CONCLUSIÓN

Después de los estudios realizados, encuentro que Identificación del Riesgo integra uno de los aspectos más relevantes en el análisis realizado por las entidades estatales, ya que con su reconocimiento y clasificación se pretende minimizar el impacto de la realización del mismo (ver anexos). Es por eso, que tomando como punto de partida la identificación acertada del riesgo y sus variables se limitan las posibilidades de librar al azar la protección de los bienes, productos y servicios sobre los cuales la Nación a través de sus distintos entes territoriales tiene un especial interés.

De otra parte debo resaltar que el procedimiento que se enmarca dentro del artículo 4 de la ley 1150 de 2007 respecto de la distribución del riesgo en los contratos estatales a través de la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en ese proceso, lo anterior, en función de promover una adecuada contratación

Ahora bien, sabemos que no todos los riesgos previstos tendrían cobertura a través de la garantía única de cumplimiento, es por esto que considero que se debe incluir un acápite adicional que permita involucrar en los estudios previos a los futuros oferentes para que realicen sugerencias de los posibles riesgos que se puedan presentar y que no hayan sido contemplados en la matriz de riesgos por parte de la administración, y que adicionalmente se constituyan garantías bancarias que brinden mayor solidez y seriedad a los oferentes, buscando con esto la protección de los bienes de la nación, y se aparta una posible ineficacia de la administración pública.

Puedo concluir entonces, que, con base a la investigación realizada, en cuanto a la efectividad de la garantía única de cumplimiento, está, muy a pesar de que su obligatoria y activa participación para la realización de la contratación, es limitada a los riesgos nombrados en la caratula de la póliza y a consecuencia de ello no ampara los riesgos que no fueron contemplados en los estudios previos.

Sin embargo, aquellos contratistas que tampoco lo hayan planteado como un posible riesgo en la respectiva etapa contractual será responsable del detrimento patrimonial de Estado y a su vez tendrán que realizar la reparación correspondiente.

Bibliografía

Artunduaga R., J. O., & Lozano G., G. E. (1987). *El seguro de cumplimiento en favor de entidades públicas*. Bogotá.

Colombia Compra Eficiente. (2015). *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*. Obtenido de <http://www.colombiacompra.gov.co/manuales>

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

Congreso de la República. (2007). Ley 1150 de 2007. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*.

Congreso de la República. (2011). Ley 1474 de 2011. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de*

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2011). Decreto 4170 de 2011. *Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia*.

Departamento Nacional de Planeación. (2015). Decreto 1081 del 26 de mayo de 2015.

Becerra Salazar A D (2008) LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Estimación, Tipificación y Asignación: Leyer

Narvéez Bonnet, J E (2011) EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana e IBAÑEZ

Zornosa Prieto Hilda E (2012) ESCRITOS SOBRE RIESGOS Y SEGUROS: Universidad Externado de Colombia

Galindo Cubides, H. (1985). *El Seguro de Fianza*. Bogotá: Skandia.

Gómez Duque, A. (2014). *Régimen de Seguros Tomo I El Contrato de Seguros*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ.

Gómez Lee, I. D. (2013). *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogotá: Legis.

Real Academia Española. (2015). *Diccionario de la lengua española (DRAE) 22.ª Edición*.

Obtenido de <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

Reyes Laura y Baquero Felipe, Seguros de Daños El seguro de Cumplimiento publicado por Federación Colombiana de Aseguradores.

FASECOLDA (2011) *Gama de Pólizas y Amparos Exigidos en los Contratos Estatales en Colombia.*

Obtenido de <http://www.fasecolda.com>

Federación Colombiana de Aseguradores FASECOLDA (2015) *Gama de Pólizas y Amparos Exigidos en los Contratos Estatales en Colombia.*

Obtenido de <http://www.fasecolda.com>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2015). *ABC Pólizas de Cumplimiento.*

Ministerio de Hacienda y Crédito público, Departamento nacional de Planeación Abril 3 de 2001 Documento CONPES

Obtenido de www.superfinanciera.gov.co