

AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – Obligatoriedad de adelantar la audiencia de asignación de riesgos.

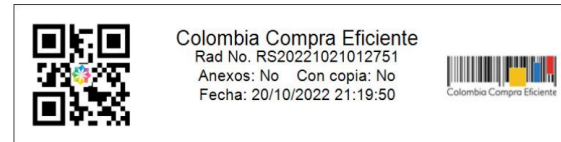
La audiencia de asignación de riesgos no fue prevista como obligatoria para todos los procesos de selección, sino únicamente para la licitación pública. Su propósito es que los oferentes y la entidad revisen, en un espacio de diálogo, la asignación de los riesgos que previamente se han incluido en el pliego de condiciones. De esta manera, podrán identificar y valorar los riesgos previsibles del contrato, así como designar a la parte contractual que tendrá la responsabilidad de tomar las medidas para prevenir y mitigar el riesgo, con el fin de establecer su distribución definitiva.

AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – implicaciones legales de no asistir a la audiencia de asignación de riesgos

[...] la asistencia a la audiencia de asignación de riesgos es un derecho del futuro proponente y no una obligación. Por tal motivo no puede ser una causal que implique el rechazo de la oferta o impida la presentación de la misma. Sin embargo, se reitera que la inasistencia a la audiencia implica la aceptación por parte del oferente de la forma en la que han sido estimados, tipificados y distribuidos los riesgos por parte de la entidad pública.



Bogotá, D.C., 20 de octubre de 2022



Señor
Alexander Macias Avella
Sogamoso, Boyacá

Concepto C-694 de 2022

Temas: AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS –Obligatoriedad de adelantar la audiencia de asignación de riesgos. / AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – implicaciones legales de no asistir a la audiencia de asignación de riesgos
Respuesta a consulta P20220909009085

Radicación:

Estimados Señor Macias:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 6 de septiembre de 2022.

1. Problema planteado

En relación con la audiencia de asignación de riesgos, usted realiza la siguiente consulta: «En una entidad Estatal, ¿qué debe incluir en los procesos de contratación y en la audiencia de asignación de riesgos? ¿En qué etapa del proceso de contratación se origina? ¿Qué norma faculta tales procesos?».

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 pública¹. 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.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objeto se analizarán los siguientes temas: i) Audiencia de asignación de riesgos en la licitación pública, ii) Carácter preclusivo de las etapas del procedimiento contractual. El caso de la audiencia de asignación de riesgos en la licitación pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó la audiencia de adjudicación en los conceptos con radicado No. 4201912000005935 del 25 de noviembre de 2019, reiterado y desarrollado en el concepto con radicado No. 4201912000007600 del 23 de diciembre de 2019, C-679 del 23 de noviembre de 2020, y C-042 del 3 de marzo de 2021 y C-472 de 18 de julio de 2022. Mediante los Conceptos C-046 del 19 de febrero de 2020 y C-466 del 3 de septiembre de 2021 también estudió lo referente

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».

al mandato conferido por el oferente en caso de no poder asistir a la audiencia de adjudicación. La tesis desarrollada en estos conceptos se expone a continuación:

2.1. Audiencia de asignación de riesgos en la licitación pública

En materia de contratación pública, el marco normativo ha establecido el deber de las entidades públicas de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación. Esto, con el fin de administrarlos, controlarlos, gestionarlos, mitigarlos y efectuar una distribución proporcional entre las partes, «actividad que debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado»². La Ley 1150 de 2007, en su artículo 4, regula la materia, prescribiendo lo siguiente:

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.

De la lectura de este precepto se deduce que en los procedimientos de licitación pública las entidades estatales deben incorporar en el pliego de condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles. Además de lo anterior, tienen la obligación de definir un momento para que los oferentes y la entidad estatal revisen la asignación de los riesgos, con el fin de determinar su distribución definitiva. En efecto, el artículo 30, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto-Ley 019 de 2012, indica que en los procesos de licitación pública se debe revisar en audiencia la asignación de riesgos previsibles, con el fin de establecer su estimación, tipificación y asignación definitiva. Al respecto, esta norma dispone lo siguiente:

La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

4o. <Numeral modificado por el artículo 220 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 51526.

pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso* hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público.

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que los pliegos de condiciones deben contener, entre otros aspectos, «los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes». Así mismo, el artículo 2.2.1.2.1.1.2. Del Decreto 1082 de 2015 fijó dos audiencias públicas obligatorias en la licitación pública: i) la de asignación de riesgos y ii) la de adjudicación. En relación con la primera, indicó que la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva³ y, en caso de ser necesario, debe precisar el alcance y contenido del pliego de condiciones.

Bajo estos parámetros normativos, es claro que la tipificación, estimación y asignación de los riesgos es un deber que les corresponde a las entidades públicas cumplir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Su finalidad es determinar los riesgos previsibles que se pueden materializar en el proceso de selección y durante la ejecución del contrato, para establecer cuál de las partes debe asumir cada riesgo, conforme a la capacidad que tenga para soportarlo, gestionarlo y administrarlo.

La audiencia de asignación de riesgos no fue prevista como obligatoria para todos los procesos de selección, sino únicamente para la licitación pública. Su propósito es que los oferentes y la entidad revisen, en un espacio de diálogo, la asignación de los riesgos que previamente se han incluido en el pliego de condiciones. De esta manera, podrán identificar

³ «Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos.

»En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva.

»[...]».



y valorar los riesgos previsible del contrato, así como designar a la parte contractual que tendrá la responsabilidad de tomar las medidas para prevenir y mitigar el riesgo, con el fin de establecer su distribución definitiva.

Ahora bien, aunque la audiencia de asignación de riesgos es obligatoria en los procesos de licitación pública, lo cierto es que dicha obligatoriedad tiene que ver con la necesidad de realizarla por parte de la entidad pública, más no con la asistencia a la misma por parte de los futuros oferentes. Ello es así, por cuanto los preceptos normativos señalados nada establecieron sobre la obligación de asistir por parte de los eventuales interesados.

Lo expuesto encuentra sustento en el documento CONPES 3714 de 2011⁴ que expidió el Gobierno Nacional en el Marco de la Política de Contratación Pública. En virtud de dicho documento, se establecen lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de riesgo previsible respecto de las adquisiciones sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es viable concluir entonces que la asistencia a dicha audiencia es una potestad del proponente y no una obligación.

El Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación expedido por Colombia Compra Eficiente reitera el deber de efectuar la audiencia de asignación de riesgos en la licitación pública⁵. En efecto, dispone que la entidad estatal, en los procesos de licitación pública, deben adelantar una audiencia de asignación de riesgos, en la cual deben presentar el análisis de riesgos efectuado, la matriz incluida en los pliegos y revisar la asignación de los riesgos.

De acuerdo con la normativa que rige la materia y los lineamientos del gobierno nacional, se concluye entonces que, cuando se trate de procesos de licitación pública, existe una obligación en cabeza de la entidad estatal de incluir un espacio de diálogo sobre los riesgos, que se desarrollará en audiencia especial. Con ello se busca que la entidad y los futuros proponentes, de manera conjunta, revisen la asignación de riesgos efectuada en los pliegos de condiciones. Por ello, la obligación que se asigna en esta materia recae en la entidad pública, dirigida a incluir dentro del pliego de condiciones un momento determinado para tratar el asunto.

Respecto del futuro proponente, en cambio, la audiencia de asignación de riesgos representa el derecho de discutir esa estimación, tipificación y distribución de los riesgos. De

⁴ <https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

⁵ https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riego.pdf

esta manera, los eventuales interesados podrán complementar o controvertir la información plasmada por la entidad, de acuerdo con sus conocimientos especiales sobre el objeto a contratar y su ejecución. Ello, sin perjuicio de las demás oportunidades establecidas en el pliego de condiciones para presentar observaciones al mismo.

Lo anterior obedece a que esta distribución de riesgos debe efectuarse con base en las reglas constitucionales y legales, es decir, debe estar sujeta a criterios de justicia y equidad, permitiendo a las partes su revisión conjunta, para que no se presenten arbitrariedades en su asignación. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

[...] desde antes de la expedición de la referida preceptiva, a la luz de los dictados de la Ley 80 de 1993, por vía de la interpretación a los alcances de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 24, se avizoraba que cualquier esquema de distribución de riesgos en el campo contractual del Estado debía contener previsiones y reglas justas, claras y objetivas que permitieran ofrecimientos de la misma índole. De igual forma, se habrían de definir con exactitud las condiciones de costo y calidad de los bienes necesarios para la ejecución del contrato, no se incluirían condiciones y exigencias de imposible cumplimiento y no se establecerían reglas que permitieran ofrecimientos de extensión ilimitada.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, tampoco resultaría ajustado a derecho atender a un sistema de distribución de riesgos cuya materialización se derivara directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuviera la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe⁶.

Así las cosas, la participación en la audiencia de asignación de riesgos en los procesos de licitación pública es un derecho del futuro proponente, que puede o no ejercer. El efecto práctico de su inasistencia no es otro que la aceptación de los riesgos en la forma que lo haya establecido la entidad pública contratante. Lo señalado significa que si el futuro proponente no acude a la audiencia de asignación de riesgos y tampoco efectúa las observaciones respectivas durante la etapa establecida en el pliego de condiciones para tal efecto, se produce una aceptación de la forma en que los riesgos han sido estimados, tipificados y distribuidos a las partes, lo cual tendrá repercusión en todas las etapas del proceso de contratación. De ahí la importancia de que los posibles oferentes conozcan la distribución de los riesgos y puedan tener la oportunidad de revisarlos y objetarlos. En caso

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 23 de marzo de 2017. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.51526

de que se concrete el riesgo, estos deberán asumirse de la manera en que fueron dispuestos y aceptados por las partes. Así lo ha indicado el Consejo de Estado:

[...] si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada⁷.

Así las cosas, la asistencia a la audiencia de asignación de riesgos es un derecho del futuro proponente y no una obligación. Por tal motivo no puede ser una causal que implique el rechazo de la oferta o impida la presentación de la misma. Sin embargo, se reitera que la inasistencia a la audiencia implica la aceptación por parte del oferente de la forma en la que han sido estimados, tipificados y distribuidos los riesgos por parte de la entidad pública.

Finalmente, en lo que atañe a los demás procesos de selección diferentes de la licitación pública, la realización de la audiencia de asignación de riesgos no es obligatoria. No obstante, la entidad podrá determinar si se realiza y, en cualquier caso, siempre deberá atender y considerar las solicitudes que efectúen los futuros proponentes sobre la estimación, tipificación y distribución de los riesgos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes.

2.2. Carácter preclusivo de las etapas del procedimiento contractual. El caso de la audiencia de asignación de riesgos en la licitación pública

Según se indicó, el artículo 30, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto 019 de 2012, establece que «Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso» se realizará una audiencia para esclarecer el contenido del pliego de condiciones y que «En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva». De la redacción de dicho precepto puede concluirse que la oportunidad para llevar a cabo la audiencia de asignación de riesgos en la licitación pública es la misma que para la audiencia que puede surtir para precisar el alcance y contenido del pliego de condiciones, es decir, los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas.

⁷ *Ibidem*.

Antes de la expedición del Decreto-Ley 019 de 2012 se presentaba una discusión acerca del plazo en el cual debía realizarse la audiencia de asignación de riesgos, pues el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 la hizo obligatoria, indicando que «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», otorgando discrecionalidad a las entidades públicas para establecer la oportunidad de dicha audiencia. Por otra parte, la redacción de ese entonces del artículo 30, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 no definía un término para esta audiencia, sino solo para la de aclaraciones al contenido y alcance del pliego de condiciones⁸.

Tan grande fue el estado de incertidumbre que el gobierno nacional, en el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, intentó aclarar el asunto, señalando que la audiencia de asignación de riesgos, a criterio de la entidad estatal, «podría coincidir» con la audiencia prevista en el artículo 30, numeral 4 de la Ley 80 de 1993, pero que la mencionada audiencia de asignación de riesgos podía también «realizarse de manera previa a la apertura del proceso». Sin embargo, en vez de zanjar la discusión, la avivó aún más, motivando la demanda de nulidad en contra de dicho párrafo. El Consejo de Estado, al tramitar el proceso, suspendió provisionalmente el apartado del párrafo que permitía que la audiencia de asignación de riesgos coincidiera con la de aclaraciones al pliego de condiciones⁹. El efecto de la suspensión provisional consistió en afirmar que la entidad estatal podía establecer discrecionalmente en el pliego de condiciones la etapa de la audiencia de

⁸ En efecto, el referido numeral establecía: «Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

»Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles.

»Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos».

⁹ Así se lee en la decisión: «DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008: “A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...”» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 1 de abril de 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 36476). Esta medida fue confirmada en el Auto del 27 de mayo de 2009, dentro del mismo expediente.

asignación de riesgos, siempre que esta no superara la fecha de apertura del proceso de selección. Por tal razón, en el auto del 1 de abril de 2009, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó lo siguiente:

Para la Sala, asiste razón al actor en cuanto que el parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 resulta notoriamente ilegal, por cuanto modifica la regla contemplada en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

En efecto, del paralelo del texto de las disposiciones en conflicto, se observa que el Legislador, en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, nítidamente estableció que el momento para la asignación definitiva de los riesgos debía señalarse «con anterioridad a la presentación de las ofertas», o sea, para que se efectuase en forma previa al comienzo del plazo de la licitación, pues iniciado éste ya es posible para los oferentes formular sus propuestas a la Administración; mientras el Gobierno Nacional, en el parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, dejó a criterio de la entidad fijar la realización de la audiencia para ese propósito coincidiendo con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, de donde, sin mayores elucubraciones o razonamientos, surge una modificación y contradicción a lo regulado en la ley.

Por consiguiente, la Sala decretará la medida cautelar solicitada, pero sólo respecto de la expresión «*A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...*» del parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, y no en relación con la expresión restante del mismo, esto es, «*...la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso...*», pues irrumpe, con meridiana claridad, que únicamente lo contenido en la primera expresión se opone a la norma que se invoca como infringida.

Obsérvese que para el alto tribunal el apartado normativo suspendido, contenido en el parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, podría considerarse en su momento violatorio del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, porque aquella norma reglamentaria permitía que la entidad estatal estableciera que la audiencia de asignación de riesgos podía coincidir en el tiempo con la de aclaraciones al pliego de condiciones, es decir, que facultaba que se realizara dentro de los tres días siguientes al inicio del plazo de la licitación. Según el Consejo de Estado esta previsión se apartaba del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, porque este exige que la audiencia de asignación de riesgos se efectúe «con anterioridad a la presentación de las ofertas». Por consiguiente, si se lleva a cabo después de iniciado el plazo de la licitación se contraría tal mandato, porque, como dentro de este período es posible

presentar las ofertas, podría darse el caso en que la entidad pública reciba propuestas antes de la audiencia de asignación de riesgos.

Fue en este contexto en el que, años más tarde, entró en vigencia el artículo 220 del Decreto-Ley 019 de 2012, con el cual, en criterio de esta Agencia, se aclaró la discusión a la que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores. Esto por cuanto el artículo en comento indicó que «en la misma audiencia», realizada dentro de los tres días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, se debe revisar la asignación de los riesgos, tal como lo ordena el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007¹⁰. Dicho de otro modo, el gobierno nacional, en un decreto con fuerza de ley, reiteró la norma suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado. Sin embargo, con ello no se reprodujo un acto administrativo suspendido, pues se trató de una fuente del derecho distinta: una ley. Además, con esta norma no se contradice el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, porque en este precepto el legislador exige que la audiencia de asignación de riesgos se realice antes de la presentación de las ofertas –o sea, antes de que se cumpla esta *condición*–, pero no prohíbe que se surta dentro de los tres días siguientes al inicio del plazo de la licitación.

En consecuencia, no cabe duda de que en la actualidad las entidades estatales deben definir en el pliego de condiciones un momento comprendido dentro de los tres días posteriores al inicio del plazo de la licitación para efectuar la audiencia de asignación de riesgos y que en esta misma audiencia se puede precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones. Además, conviene recordar que la audiencia de asignación de riesgos es *obligatoria* dentro de la licitación pública. Así se infiere del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que emplea el verbo «deberán», al referirse a la inclusión de la oportunidad de aquella en el pliego de condiciones, así como del artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015, que, de manera categórica, establece: «En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos».

¹⁰ Esta también ha sido la interpretación de la doctrina en la materia. Cfr. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016, quien afirma que el artículo 220 del Decreto 019 de 2012 establece que el momento de la audiencia de asignación de riesgos debe ser el mismo que el de la audiencia de aclaraciones al pliego de condiciones (p. 431). En similar sentido, Matallana sostiene que «En aplicación del artículo 220 del Decreto 019 de 2012 la audiencia de discusión de distribución de riesgos se programará conjuntamente con la audiencia de aclaraciones» (MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 595.

Al tratarse de una audiencia obligatoria dentro de la licitación y al establecerse un término específico para su realización, la audiencia de asignación de riesgos debe efectuarse en el plazo definido en la ley. Aunque las entidades estatales tienen discrecionalidad para indicar la fecha exacta de la misma *dentro* de los tres días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, no pueden exceder este período. Esto en la medida en que el artículo 6 de la Constitución hace responsables a los servidores públicos, entre otras circunstancias, por «extralimitación en el ejercicio de sus funciones» y el artículo 25, numeral 1, de la Ley 80 de 1993 –que desarrolla el principio de economía– dispone: «En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones». A partir de este mandato puede concluirse que el término de tres días siguientes al inicio del plazo de la licitación, para realizar la audiencia de asignación de riesgos, se integra como término preclusivo al pliego de condiciones, exigiendo que en tal marco temporal se fije el momento de la audiencia de asignación de riesgos y prohibiendo su realización en una fecha posterior.

La omisión de las etapas de la licitación o el desconocimiento del carácter preclusivo y perentorio de las mismas puede originar un vicio de nulidad de la adjudicación, pues las etapas previas a la expedición del acto administrativo constituyen formalidades que deben cumplirse, como elemento de validez de este. De lo contrario, quedará viciado por expedición en forma irregular, como lo establece el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011¹¹. Este vicio se presenta cuando la Administración no observa los requisitos previos y concomitantes a la expedición del acto administrativo. Como ha dicho la doctrina: «[...] la inobservancia de las “formas” y requisitos del procedimiento administrativo se traduce en un defecto de preparación de la voluntad administrativa (así la defensa en juicio en el procedimiento administrativo; la licitación pública para las contrataciones; el concurso para la provisión de cargos), [...]»¹².

¹¹ Esta norma indica que la nulidad del acto administrativo «Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o *en forma irregular*, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió» (énfasis fuera de texto).

¹² GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 5. Primeras obras. Libro II. El acto administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012. p. EAA-IV-29.



Aunque el artículo 49 de la Ley 80 de 1993 establece que «Ante la ocurrencia de vicios *que no constituyan causales de nulidad* y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio» (énfasis fuera de texto), debe advertirse que este artículo condiciona dicha facultad de saneamiento de los defectos formales a que los vicios «no constituyan causales de nulidad». Desde esta perspectiva, en principio el fenecimiento de los términos establecidos en la ley como plazos preclusivos y perentorios no permite sanear el defecto formal, ya que, según se indicó, aquello genera un vicio de nulidad por expedición en forma irregular. Así lo ha interpretado el Consejo de Estado¹³:

[...] Le asiste razón a la parte demandante en el sentido que la competencia de la administración en materia contractual es reglada, por lo que si bien el Invías sí contaba con la facultad de sanear irregularidades o vicios que se presentaren en el proceso de selección, debía procurar ejercer esta potestad de forma que se respetaran los plazos establecidos en los términos de referencia, dado su carácter preclusivo y perentorio. Sobre el particular, la Sección ha sido clara en el sentido de que la preclusividad y perentoriedad de los términos del proceso de selección es plenamente predicable en los asuntos propios de la actividad contractual regidos por la Ley 80 de 1993, [...]. En concreto se ha sostenido¹⁴:

La exigencia prevista en el estatuto anterior, no difería para nada de lo que sucede hoy en día, pues, el artículo 25 de la Ley 80 enseña que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse. [...] (énfasis del texto original).

Estas irregularidades pueden afectar no solo los actos administrativos expedidos dentro del procedimiento de selección, sino también el contrato. En efecto, el artículo 44, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando [...] Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten». A partir de estas consideraciones, se concluye que, en atención al carácter preclusivo y perentorio de los términos de la licitación

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Expediente: 28239.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 21 de abril del 2004, Consejero Pontente: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente: 12960.

pública, la audiencia de asignación de riesgos debe efectuarse a más tardar al tercer día posterior al inicio del plazo para presentar ofertas, pues de lo contrario puede configurarse una irregularidad formal en el procedimiento y por tanto un vicio de nulidad de los actos administrativos posteriores, así como del contrato estatal.

3. Respuesta

«En una entidad Estatal, ¿qué debe incluir en los procesos de contratación y en la audiencia de asignación de riesgos? ¿En qué etapa del proceso de contratación se origina? ¿Qué norma faculta tales procesos?».

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no cabe duda de que en la actualidad las entidades estatales deben definir en el pliego de condiciones un momento comprendido dentro de los tres días posteriores al inicio del plazo de la licitación para efectuar la audiencia de asignación de riesgos y que en esta misma audiencia se puede precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones. Además, conviene recordar que la audiencia de asignación de riesgos es *obligatoria* dentro de la licitación pública. Así se infiere del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que emplea el verbo «deberán», al referirse a la inclusión de la oportunidad de aquella en el pliego de condiciones, así como del artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015, que, de manera categórica, establece: «En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos».

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

Atentamente,

Original Firmado
Juan David Marín López

Juan David Marín López
Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE (E)



Elaboró: Daniela Zapata Arboleda
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

