

AUDIENCIAS DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS Y ACLARACIÓN DE PLIEGOS EN LA LICITACIÓN PÚBLICA¹

Laura Johana Santos Vargas²

RESUMEN. Las audiencias de aclaración de pliegos y asignación de riesgos hacen parte de los procedimientos de licitación. Se trata de audiencias distintas, con objetivos diferentes, pero concentradas en una sola. Para un estudio oportuno de estas audiencias se aborda: *i)* sus fundamentos jurídicos; *ii)* la estructura y el desarrollo de las audiencias, y *iii)* aspectos relevantes y problemáticos respecto de los sujetos intervinientes en las audiencias en cuestión.

Introducción

El Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– continua con el estudio del procedimiento de licitación pública. En el margen de este es necesario profundizar en las audiencias que lo conforman enfocados, principalmente, en la audiencia de aclaración de pliegos y en la audiencia de asignación de riesgos. Para el desarrollo de este tema se abarca: *i)* fundamentos jurídicos de las audiencias de asignación de riesgos y de aclaración de pliegos, *ii)* estructura y desarrollo de estas audiencias y *iii)* sujetos partícipes de las mismas.

1. Fundamentos jurídicos de las audiencias de asignación de riesgos y aclaración de pliegos

En primer lugar, es importante mencionar el artículo 30, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto 19 de 2012. Allí se establece que dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de ofertas, y a solicitud de cualquier persona interesada en el proceso, se debe celebrar una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones. Asimismo, el artículo señala que: «En la misma audiencia

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 8 de octubre de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Juan David Montoya Penagos y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo— sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *contratación estatal*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

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», siendo este el segundo fundamento normativo de las audiencias en cuestión.

El artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, referente a la distribución de riesgos en los contratos estatales, establece que los pliegos de condiciones deben incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. Asimismo, que en las licitaciones los pliegos de condiciones deben indicar el momento en el que los oferentes y la entidad revisen la asignación de riesgos para establecer su distribución definitiva, el artículo precisa que esto debe darse con anterioridad a la presentación de las ofertas.

Por otra parte, se encuentra el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 39 del Decreto 1510 de 2013. Este artículo se refiere a las audiencias en la licitación, y establece que: «[...] En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de riesgos, y b) adjudicación [...]», siendo la primera en la que se enfatiza. Así mismo, señala que la audiencia de asignación de riesgos es el espacio para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para ello.

Tanto esta última norma como el artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993, llevan a pensar que es necesaria la solicitud de un interesado para llevar a cabo la audiencia de aclaración de pliegos, pues al redactar la norma el legislador utilizó las expresiones: «[...] a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia [...]» y «[...] Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones [...]». Estas llevan a pensar en la solicitud de un interesado como el requisito para que la audiencia de aclaración de pliegos sea necesaria, lo que en otras palabras significaría que, esta audiencia no se debe llevar a cabo en tanto no se reciban solicitudes de interesados.

Frente a la necesidad de adelantar o no la audiencia de aclaración de pliegos teniendo en cuenta el supuesto en el que ningún interesado solicita aclaraciones, es necesario tener en cuenta: *i)* la audiencia de aclaración de pliegos se debe hacer en la misma audiencia en la que se revisa la asignación de riesgos —artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993—; *ii)* la audiencia de asignación de riesgos es una de las audiencias obligatorias del procedimiento de licitación —artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015— y *iii)* la audiencia de aclaración de pliegos solo es obligatoria en tanto se presenten observaciones por parte de los interesados.

En principio puede creerse que si no se presenta ninguna observación o solicitud de aclaración a los pliegos de condiciones entonces no es necesario adelantar audiencia, pues la condición son dichas observaciones. Pero, si bien, no

se requiere surtir esta audiencia, en todo caso, será necesaria la audiencia de asignación de riesgos, pues se trata de una audiencia obligatoria dentro del procedimiento de licitación. En ese sentido, la audiencia a la que se refiere el artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993 –en la que se integran la audiencia de asignación de riesgos y de aclaración de pliegos– siempre se debe llevar a cabo, esto para que la entidad pueda cumplir con la obligación de presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva, de lo contrario vulneraría el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

2. Estructura y desarrollo de las audiencias de aclaración de pliegos y de asignación de riesgos

En primer lugar, se reitera que estas dos audiencias se concentran en una sola, pues así lo establece el artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993. Por su parte, el artículo 39 del Decreto 1510 de 2013, compilado en el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, establece que para la audiencia de asignación de riesgos la entidad estatal tiene la obligación de presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva.

En cuanto a la fecha de audiencia, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 establece que en las licitaciones públicas los pliegos de condiciones deben señalar el momento en el que los oferentes y la entidad revisaran la asignación de riesgos para establecer su distribución definitiva, y esta se debe hacer con anterioridad a la presentación de las ofertas. Según el artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993, la audiencia se debe realizar dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de ofertas. El mismo artículo también indica que: *i)* en la audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones se revisara la asignación de riesgos; *ii)* la audiencia se debe adelantar dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas; *iii)* producto de la audiencia de aclaración de pliegos se debe levantar un acta suscrita por los intervinientes, y *iv)* de ser conveniente el jefe o representante de la entidad puede expedir modificaciones a los documento o prorrogar el plazo de la licitación.

Se evidencia que la regla general frente al orden para el desarrollo de la audiencia es: *i)* exponer el pliego de condiciones –incluida allí la presentación del análisis de riesgos efectuado por la entidad–; *ii)* se da un espacio a los interesados para exponer sus dudas u observaciones; *iii)* la entidad se pronuncia frente a estas y *iv)* se da el cierre de la audiencia. Finalmente, producto de la audiencia se levanta un acta, la cual debe ser suscrita por los intervinientes según lo establece el inciso 1° del numeral 4° del artículo 30 de la Ley 80. Por «interviniente» la Real Academia

de la Lengua Española –RAE– define: «1. Que interviene»³, y su vez, «intervenir» se entiende como: «[...] tomar parte de un asunto [...]»⁴, esto según el Diccionario panhispánico de dudas. En ese sentido, se entendería que el acta producto de las audiencias en cuestión debe ser firmada por todo aquel participe en la misma, no obstante, se evidencia que las actas de audiencia suelen ser firmadas por quien la elaboró y se enuncian los otros funcionarios involucrados, pero se deja por fuera al resto de intervinientes que a su vez son interesados en el procedimiento. Se hace la salvedad que existe un formato de asistencia a la audiencia, el cual debe ser firmado y diligenciado por todos los interesados en el procedimiento de selección.

Por otra parte, producto de las audiencias de aclaración de pliegos y asignación de riesgos, cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad puede expedir modificaciones o prorrogar el plazo de la licitación hasta por 6 días hábiles. Un dato adicional surge del tercer inciso del numeral 4° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, allí se señala que a pesar de la audiencia y las modificaciones o prorrogas que puede expedir el representante legal, dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado puede solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante debe responder mediante comunicación escrita, remitirla al interesado y publicarla en el SECOP. En ese punto es importante remitirse a la definición de «aclaración», que implica: «1. Acción y efecto de aclarar o aclararse [...]»⁵, y a la definición de «aclarar», que significa:

- »1. Disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo.
- »2. Hacer algo menos espeso o denso. [...]
- »9. Explicar algo, hacerlo fácil de comprender.
- »10. Desliar, desenredar.
- »11. Hacer ilustre algo, esclarecerlo [...]»⁶

Es decir, que aquellas aclaraciones adicionales que permite hacer el artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993 y que la entidad debe responder mediante comunicación escrita la cual debe ser publicada en SECOP, solo pueden tener la pretensión de facilitar la comprensión de algún aspecto, más no de adicionar o modificar contenido del pliego de condiciones.

³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. [consultado el 6 de octubre de 2022]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/interviniente>

⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico de dudas. [consultado el 6 de octubre de 2022]. Recuperado de: <https://www.rae.es/dpd/intervenir>

⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. [consultado el 6 de octubre de 2022]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/aclaraci%C3%B3n?m=form>

⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. [consultado el 6 de octubre de 2022]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/aclarar?m=form>

En cuestiones de forma, como se evidenció, las solicitudes pueden hacerse en audiencia o por escrito, teniendo en cuenta la salvedad anterior. Ahora, en cuanto a los medios para llevar a cabo la audiencia, esto es: presencialidad o virtualidad, es necesario aludir al Decreto Legislativo 537 de 2020, «Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». Si bien, el Decreto Legislativo estableció en el artículo 1º estableció que durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las audiencias públicas que debieran realizarse en los procedimiento de selección podrían desarrollarse a través de medios electrónicos, este ya perdió vigencia.

En ese sentido, se tendría que volver a la norma original —artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993 y artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015—, de los cuales no se deduce la posibilidad de llevar a cabo la audiencia por medios electrónicos, pues no se faculta para ello de manera expresa. En ese sentido, vale la pena preguntarse si ¿actualmente las entidades estatales están facultadas para llevar a cabo las audiencias del procedimiento de selección de manera virtual? Como se mencionó, esta es no una posibilidad que se derive expresamente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP—, y si bien, existen normas generales en el derecho administrativo respecto del uso de medios electrónicos en determinadas actuaciones, como es el caso de firmas electrónicas o la posibilidad de adelantar procedimiento administrativos por estos medios, no hay ninguna disposición que permita derivar la posibilidad de adelantar las audiencias por medios virtuales.

Así pues, la opción restante que puede llegar a facultar a las entidades estatales para adelantar audiencias por medios electrónicos a pesar de la pérdida de vigencia del Decreto Legislativo 537 de 2020, son los principios de la contratación pública, específicamente el principio de economía. Este principio busca eficiencia y celeridad en las actuaciones que adelante la entidad en el marco del procedimiento de selección, lo cual se facilita con el uso de medios electrónicos para las audiencias que hagan parte del procedimiento, pues estas herramientas permiten agilizar los trámites sin poner es riesgo otros principios fundamentales como el de selección objetiva.

Finalmente, producto de la audiencia se debe levantar un acta que de constancia de la misma. En el supuesto que no se presente ningún interesado o no concurra ningún veedor, se deja constancia de la asistencia, se declara fallida la diligencia y se levanta.

3. Sujetos partícipes de las audiencias de aclaración de pliegos y de asignación de riesgos

Este apartado pretende resolver dudas en cuanto a los sujetos que pueden y deben participar en las audiencias de aclaración de pliegos y asignación de riesgos. En primer lugar, según el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, establece que la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales en las entidades estatales a que se refiere el artículo 2 de misma Ley es para: *i)* el jefe o representante de la entidad, según sea el caso, tiene competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas; *ii)* el presidente de la República tiene competencia para celebrar contrato a nombre de la Nación, y *iii)* la competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva la tienen:

«[...] a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

»b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

»c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles»

En segundo lugar, se debe acudir al artículo 12 de la Ley 80 de 1993, referente a la delegación para contratar⁷. La primera parte de esta disposición señala que los jefes y representantes legales de las entidades pueden delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos, sin embargo, la celebración

⁷ «Artículo 12. Delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

»En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

»Parágrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso»

del contrato no hace parte de la etapa precontractual, por tanto, la delegación a la que alude el artículo no sería la figura apropiada en este caso.

Sin embargo, el artículo también faculta a los jefes y representantes legales de las entidades para desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo, ejecutivo o sus equivalentes. Es decir, que existe la posibilidad de que no sean únicamente los representantes legales de las entidades quienes puedan dirigir las licitaciones, y esta se deriva de la segunda parte del inciso primero del artículo 12 de la Ley 80 de 1993. En otras palabras, los funcionarios que se encuentren en el nivel directivo, ejecutivo o equivalente en las entidades estatales también podrá, por vía desconcentración, dirigir el procedimiento de licitación y por tanto las audiencias de aclaración de pliego y se asignación de riesgos.

Por otra parte, frente a los sujetos que asisten a las audiencias en cuestión, en distintas actas de audiencia se evidencia que por parte de la entidad la regla general es que asistan: el representante legal o el funcionario en quien se desconcentra la realización de la licitación y otros funcionarios de la entidad que brindan sus aportes en la parte técnica. En cuanto a de los interesados, también suelen acudir la persona interesada o el representante legal de la persona jurídica y otros sujetos que realizan el acompañamiento en la parte técnica, si bien esto no lo faculta la norma, tampoco lo prohíbe.

Así mismo, es importante mencionar dos aspectos relevantes en cuanto a los interesados en el procedimiento de licitación: *i)* que no recae sobre ellos una obligación de asistir a las audiencias de aclaración de pliegos y de asignación de riesgos, y *ii)* que en caso de otorgar poder, el apoderado debe ser abogado titulado. Para el primer caso, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en concepto C-725 del 14 de diciembre de 2020, señaló que participar en la audiencia de asignación de riesgos es un derecho que tienen los interesados, por tanto, pueden optar por ejercerlo o no⁸. Sin embargo, la consecuencia de la inasistencia de cualquier oferente o interesado es «[...] la aceptación de los riesgos en la forma que lo haya establecido la entidad pública contratante», en ese sentido:

«[...] 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»⁹

⁸ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-725 de 2020.

⁹ Ibid.

A pesar de lo anterior, la inasistencia a la audiencia de asignación de riesgos sigue siendo un derecho y no una obligación, por tanto, «[...] no puede ser una causal que implique el rechazo de la oferta o impida la presentación de la misma»¹⁰.

En cuanto a la necesidad de que el apoderado sea abogado titulado, es necesario remitirse al Decreto 196 de 1971 —Estatuto del ejercicio de la abogacía—, según el cual: «Artículo 35. Salvo los casos expresamente determinados en la ley no se requiere ser abogado para actuar ante las autoridades administrativas; pero si se constituye mandatario, éste deberá ser abogado inscrito» Se debe partir del hecho de que asistir a las audiencias de aclaración de pliegos y de asignación de riesgos significa estar en un procedimiento administrativo, por tanto, la norma es clara al establecer que en caso se constituir mandatario, éste debe ser abogado inscrito. En otras palabras, los interesados pueden actuar por si mismos en las audiencias objeto de estudio, a menos, que en la actuación administrativa el interesado decida constituir un mandatario, pues en ese caso la Ley obliga que sea abogado inscrito.

Finalmente, en cuanto a la fecha, hora y lugar de la audiencia, estas se señalan en el pliego de condiciones, la única salvedad está en el artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993, según el cual las audiencias se deben llevar a cabo dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas.

Bibliografía

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-725 de 2020.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. [consultado el 6 de octubre de 2022]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/aclaraci%C3%B3n?m=form>

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. [consultado el 6 de octubre de 2022]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/aclarar?m=form>

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. [consultado el 21 de septiembre de 2022]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/interviniente>

¹⁰ Ibid.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico de dudas.
[consultado el 6 de octubre de 2022]. Recuperado de:
<https://www.rae.es/dpd/intervenir>

