



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

El fenómeno de la corrupción en los procesos de licitación pública en contratación estatal en Colombia.*

Juan Sebastián Betancourt Cortes **

Universidad Católica de Colombia

Resumen

El fenómeno de la corrupción en la contratación pública es una dificultad que se ha visibilizado en Colombia en los últimos años y que no ha respondido de manera favorable a la legislación que se ha emitido con el fin de reducir este fenómeno en el desarrollo de las diferentes modalidades de contratación en el sector público. Es importante reiterar que la corrupción asociada a los procesos de contratación realizada por el estado tanto a nivel nacional como local, representa uno de los problemas más significativos para las finanzas del estado, las medidas que se han tomado hasta hoy parecen ser insuficientes cuando con el paso del tiempo se siguen conociendo un sin número de irregularidades en las adjudicaciones para diferentes obras, este tipo de casos representan un detrimento patrimonial para el estado, y la pérdida de la confianza de los ciudadanos en sus instituciones y funcionarios. El riesgo en materia de corrupción en contratación pública de las entidades del sector central en la actualidad resulta ser alto y muy alto, esto en gran medida por la cantidad de contratos que deben realizarse y la poca supervisión que se ejerce sobre los mismos.

Palabras clave: Contratación pública, Corrupción, Recursos estatales, Servidores Públicos, Sanciones.

* Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Doctor Mauricio Torres, docente de la facultad de Derecho, 2018.

** Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N° 2108115. Correo electrónico: jsbetancourt15@ucatolica.edu.co

Abstract

The corruption's phenomenon in public procurement is a difficulty which has been visualized in Colombia in recent years and has not responded favorably to the legislation that has been issued with the aim of reducing this phenomenon in the development of the different modalities of recruitment in the public sector. It is important to reiterate that the corruption associated with the processes of contracting done by the State both at national and local levels, represents one of the most significant problems for State finances, the politic's measures taken so far seem to be insufficient when with the passage of time is still getting to know a number of irregularities in the awards for different works, such cases represent a patrimonial detriment to the State, and the loss of the confidence of citizens in their institutions and civil servants. Risk of corruption in public procurement of the entities of the central sector at present turns out to be high and very high, this largely by the amount of contracts that should be undertaken and little supervision is exercised over them.

Key words: Public Procurement, Corruption, State Resources, Public Servants, Sanctions.

Tabla de contenido

Introducción.....	5
1. Contratación Pública de Obras en Colombia.....	8
2. Distribución de riesgos en la contratación de obras públicas	10
2.1 Desarrollo normativo sobre manejo de riesgos en la contratación pública en Colombia.....	11
2.2 Análisis de riesgo en contratos de obra pública	13
3. Experiencia de la Unión Europea en la aplicación de distribución de riesgos en la contratación pública y disminución de la corrupción.....	16
Conclusiones	20
Referencias	22

Introducción

El fenómeno de la corrupción en la contratación pública es una problemática que se ha visibilizado en Colombia en los últimos años y no ha respondido de manera favorable a la legislación que se ha emitido con el fin de reducir este fenómeno en el desarrollo de las diferentes modalidades de contratación en el sector público. 1

Esto permite denotar que la corrupción se presenta por falta de regulación normativa en materia de los riesgos asociados a cada proceso contractual, de modo que no se han contemplado herramientas eficientes para determinar hechos imprevisibles que pueden surgir en la ejecución de ciertos contratos, específicamente los contratos de obra. 1

El riesgo en materia de corrupción en contratación pública de las entidades del sector central de acuerdo a las estadísticas de la Contraloría General de la Republica, en la actualidad resulta ser alto y muy alto, esto en gran medida por la cantidad de contratos que deben realizarse y la poca supervisión que se ejerce sobre los mismos. 1

La regulación que existe en Colombia en materia de contratación estatal contempla de manera muy genérica el proceso de la distribución de riesgos al momento de celebrar un contrato de manera general, sin embargo, que las partes puedan determinar los riesgos a los que se puede enfrentar el objeto del proceso permite determinar quién asumirá dichos riesgos y en qué porcentaje se hará, determinando así desde el inicio imprevistos que puedan acaecer. 2

Así entonces el desarrollo del presente artículo busca responder al siguiente interrogante ¿Cómo la aplicación de la teoría de distribución de riesgos puede disminuir los riesgos de corrupción en los procesos de contratación en la modalidad de licitación pública? 3

En relación con la distribución de riesgos desde el punto de vista contractual, se observa que este es un mecanismo, en donde las posibles partes a intervenir dentro de un contrato se reúnen con el fin de determinar los posibles riesgos que

se van a presentar en la ejecución del contrato y la forma como los mismos van a ser manejados en términos de poner límites a la responsabilidad de los mismos para cada uno de ellos por las partes del contrato. No existe en sí dentro de la regulación una fórmula para determinar los riesgos y sus límites, por lo que es un aspecto que debe ser determinado por las partes a intervenir en el contrato, en donde se encuentra inmersa la voluntad de las mismas.³

De esta manera es posible implementar unas normas específicas para los contratos estatales de obra que representen una inversión importante de recursos públicos en materia de distribución de riesgos, ya que dejar al arbitrio de las entidades todos lo relacionado con este tema supone una autonomía que en muchos casos no es objetiva y desencadena sobrecostos en el contrato. ³

La determinación de la distribución de riesgos en la etapa precontractual permite determinar la forma en que se asumirán los riesgos por cada una de las partes e identificar de acuerdo a esto las pólizas necesarias para que el contratista pueda ejercer la ejecución de contrato amparado de acuerdo a los riesgos que se contemplan debe asumir en caso de que se presente su materialización. De igual manera contemplar la distribución de riesgos y la teoría de la imprevisión permite dejar un margen de discrecionalidad mínimo a la parte contratante en cuanto se presente un hecho imprevisible, lo que permitiría que se reduzca el riesgo de un detrimento patrimonial en perjuicio de la nación por sobrecostos presentados en los contratos de obra.³

En cuanto la previsión de riesgos influiría de manera positiva en la prevención de la corrupción teniendo en cuenta que los gastos en los que se incurran por riesgos acaecidos dentro de la ejecución del contrato estarán definidos con anterioridad y no podrán modificarse, por lo cual no se habrá lugar a disponer nuevos recursos presupuestales para el contrato y de esta manera incurrir en costos posteriores y renegociación del contrato.³

Este artículo pretende identificar como la aplicación de herramientas como la teoría de la imprevisión y la distribución de riesgos permite disminuir los riesgos de corrupción en los contratos estatales de obra, permitiendo determinar la responsabilidad de las partes en la ejecución del contrato.

La metodología que se utilizó en el desarrollo de esta investigación es de tipo doctrinal hermenéutica, ya que mediante el análisis de varios autores e investigadores en temas de contratación estatal se construye una síntesis personal sobre el caso presentado, que se busca corroborar con el desarrollo del mismo.

1. Contratación pública de obras en Colombia

La contratación pública en Colombia se encuentra regida de manera general por el Estatuto de Contratación que se encuentra en la Ley 80 de 1993, la cual ha sido objeto de varias modificaciones a lo largo del tiempo en razón de cambios que han surgido en la concepción de algunas figuras contractuales.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993 define el contrato de obra pública como aquél que celebran las Entidades Estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y , en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

El proceso de contratación pública en Colombia cuenta con varias modalidades señaladas de acuerdo al bien o servicio que se pretenda adquirir, cada uno de estos procesos cuenta con una regulación específica y tiene definidas de manera taxativa las etapas contractuales que debe surtir.

En el caso específico de los contratos de obra el proceso se debe surtir por regla general mediante la modalidad de contratación denominada licitación pública, que como lo indica lo define el Ministerio de transporte (2013) es un proceso de selección que se utiliza para que las instituciones estatales escojan a su contratista mediante una invitación pública para quienes se encuentren interesadas en prestar el bien o servicio requerido.

La licitación pública generalmente se realiza para proyectos complejos y de un valor significativo como es el caso de los contratos de obra, y su marco normativo se encuentra en la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, y 1682 de 2013 en materia de transporte y en los demás aspectos, por el derecho privado. Excepcionalmente se llevan a cabo contratos de obra pública por modalidades de contratación distintas a la Licitación Pública, esto en razón de criterios especiales que presentan dichos contratos como el valor, la urgencia manifiesta, entre otros.

Como lo indica Ortiz (2015) la forma de pago del contrato de obra para la celebración del contrato podrá ser definida de acuerdo a la naturales del mismo y

a las necesidades que se observen, es decir que debe realizarse un análisis previo que permita determinar cuál es la forma de pago adecuada en el caso determinado y así pactarla entre las partes.

La siguiente grafica permite identificar las modalidades de pago que pueden ser acordadas por las partes en la ejecución de un contrato de obra pública:

Figura 1. Formas de pago en contratos de obra pública



Fuente: Elaboración Propia.

El proceso de contratación de obra pública en Colombia se ha regulado de manera amplia, permitiendo que en cada caso se identifiquen las necesidades y se ajuste la forma de pago de acuerdo a las características específicas de la obra que se va a ejecutar.

A pesar de dicha regulación en los últimos años se ha desarrollado una legislación específica que busca combatir los actos de corrupción, esta sigue permeando las entidades públicas generando en los ciudadanos una percepción negativa frente al estado y sus instituciones.

Esto es una problemática mayor teniendo en cuenta que la corrupción genera inestabilidad y desequilibrio ya que se desvían los recursos y no se pueden cumplir con los fines institucionales, además el retraso en la ejecución de la obra se hace notorio y genera mayores gastos para la administración pública (Serrano Cuervo, 2014).

Los mecanismos de contratación pública han sido objeto de reformas en los últimos años, con el fin de obtener resultados más eficientes en el desarrollo de los mismos y permitir la inclusión de nuevas tecnologías como el SECOP (sistema electrónico para la contratación pública), en efecto se ha tratado de fortalecer el sistema de contratación pública, luchando contra las formas de corrupción que han sido identificadas.

2. Distribución de riesgos en la contratación de obras públicas

El tema de la distribución de riesgos en los contratos de obras públicas se ha planteado en Colombia como una alternativa para evitar contratiempos en la ejecución del contrato, ya que existen ciertos tipos de riesgos previsibles que pueden identificarse desde la etapa precontractual.

Como lo expresa Fonseca (2002) la asignación de riesgos en la contratación de obras públicas es un asunto que responde a criterios de conveniencia y legalidad, por cuanto es necesaria que las partes realicen un análisis consiente de los riesgos previsibles, siempre ajustando a los criterios legales y jurisprudenciales que sobre el tema se han expuesto.

2.1 Desarrollo normativo sobre manejo de riesgos en la contratación pública en Colombia:

La contratación pública en nuestro país se ha desarrollado a medida que se han identificado necesidades en el ejercicio de esta función, es así como nuestro país desde su carta política legitima los procesos de contratación pública para el cumplimiento de los fines del estado social de derecho, de igual manera y como se observara en este capítulo, con el pasar de tiempo se han desarrollado normas concretas que buscan mejorar los procesos de contratación estatal mediante la previsión anticipada de ciertos riesgos que pueden presentarse en la ejecución del contrato.

2.1.1 Ley 1150 de 2007:

Esta norma desarrolla e introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación estatal, esta modifica algunas disposiciones de la Ley 80 como eliminar ciertos artículos que determinaban la forma de escogencia en modalidades de selección, de igual manera y como uno de los partes que se consideran fundamentales respecto de esta ley se introduce el concepto de Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) cuyo fin es contar con una plataforma virtual que permita recopilar, estandarizar e integrar información, además de crear herramientas necesarias mediante las cuales las entidades públicas puedan optimizar los procesos de contratación (Peñaranda & Gualdron, 2009).

Ahora bien, en materia de riesgos específicamente el artículo 4, de esta norma indica que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la entidad estatal deberá incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, en el caso de 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.

Como puede observarse se contempla el análisis de riesgos para los procesos de contratación desde la etapa precontractual, para identificar las posibles contingencias que pueden surgir en la ejecución del contractual.

2.1.2 Ley 1510 de 2013:

Por medio de esta ley 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, se equiparán las responsabilidades de los servidores públicos y los particulares que administran recursos públicos, se aumentan los controles en la administración y la inversión de los recursos y se aumentan los controles.

Como las normas que hasta el año 2011 se habían emitido para combatir la corrupción no habían dado los resultados requeridos, hubo la imperiosa necesidad por parte del actual gobierno de presentar proyecto de ley tendiente a dictar normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación, sanción de actos de corrupción y efectividad del control de la gestión pública, creando medidas administrativas para la lucha contra la corrupción. La administración pública es el ámbito natural para el cual se adoptarán medidas de lucha contra la corrupción; consagrando una serie de mecanismos administrativos tendientes a reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado (Torres González, 2014, p.79).

Dentro de los conceptos más importantes que aporta esta ley se encuentra la definición del riesgo como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato. Así mismo este decreto establece que la Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, y en los procesos de licitación pública se debe realizar una audiencia de asignación de riesgos.

La normativa en materia de contratación pública ha creado un sistema de análisis y asignación de riesgos en materia de contratación pública que busca

que se evalúen previamente situaciones que pueden afectar la ejecución del contrato, sin embargo, su aplicación no ha triado los beneficios esperados.

2.2 Análisis de riesgo en contratos de obra pública:

Identificar el riesgo contractual permite a las partes identificar diversas situaciones que podrían en su momento afectar la ejecución del contrato y pueden generar sobrecostos y dificultades frente a lo planteado de manera inicial en el contrato, de esta manera las partes pueden integrar al contrato la responsabilidad de las mismas al momento de la ocurrencia de algún evento dentro de la ejecución del contrato y definir la responsabilidad que se deriva de la misma, así dentro de las obligaciones estipuladas en el contrato se identificara de manera clara quien debe asumir los riesgos cuando estos se materializan (Sánchez Valderrama, 2011).

La regulación de los procesos de contratación de obras públicas ha identificado la importancia de realizar un análisis de riesgos, y se han dispuesto de varios mecanismos para esto, como la matriz que se muestra en la siguiente gráfica:

Figura 2. Matriz de riesgos procesos de contratación

N	Clase	Fuente	Etapas	Tipo	Descripción	Consecuencia de la ocurrencia del evento	Probabilidad	Impacto	Valoración	Categoría	¿A quién se le asigna?	Tratamiento/Control a ser implementado	Impacto después del tratamiento			¿Afecta la ejecución del contrato? Responsable por implementar el tratamiento	Fecha estimada en que se inicia el tratamiento	Fecha estimada en que se completa el tratamiento	Monitoreo y revisión			
														Probabilidad	Impacto				Valoración	Categoría	¿Cómo se realiza el monitoreo?	Periodicidad
[Numerar consecutivamente empezando en 1]	[General/Específico]	[Interno/Externo]	[Planeación/Selección/Contratación/Ejecución]	[Económico/ Social o político/ Operacional/ Financiero/ Regulatorio/ De la naturaleza/ Ambiental/ Tecnológico]	[Describir el Riesgo]	[Describir la consecuencia de la ocurrencia del evento]	[1/2/3/4/5]	[1/2/3/4/5]	[2/3/4/5/6/7/8/9/10]	[Bajo/Medio/Alto/Extremo]	[Entidad Estatal/Contratista]	[Describir el tratamiento o control a ser implementado]	[1/2/3/4/5]	[1/2/3/4/5]	[2/3/4/5/6/7/8/9/10]	[Bajo/Medio/Alto/Extremo]	[Si/No]	[Entidad Estatal/Contratista]	[Incluir fecha o evento con el cual se inicia el tratamiento]	[Incluir fecha o evento con el cual se inicia el tratamiento]	[Definir la forma de realizar el monitoreo]	[Definir la periodicidad del monitoreo]

Fuente: Colombia Compra Eficiente (2013)

El análisis que se realiza mediante la matriz que se observa en la gráfica permite determinar los riesgos previsibles y el tratamiento que se le dará en caso de que

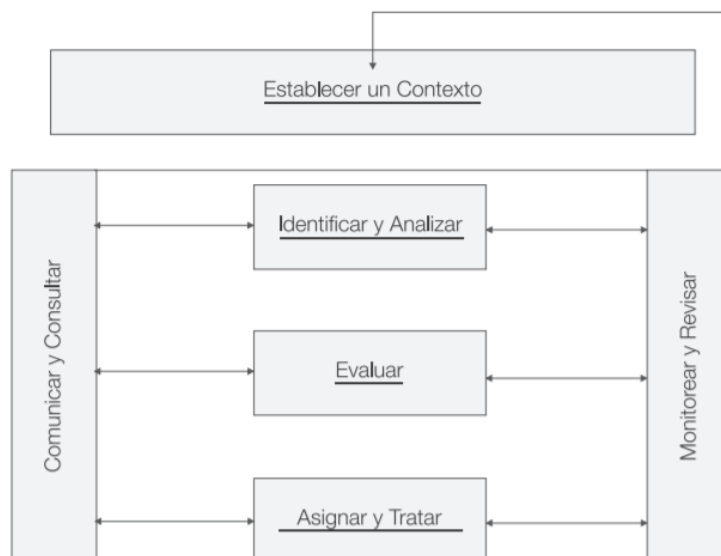
se llegue a materializar, es necesario que dicho análisis se realice contemplando la magnitud de la obra que se va a llevar y cabo, y que el tratamiento que se plantee este acorde a las normas legales para que no se produzca un desequilibrio contractual.

En relación con la distribución de riesgos desde el punto de vista contractual, se observa que este es un mecanismo, en donde las posibles partes a intervenir dentro de un contrato se reúnen con el fin de determinar los posibles riesgos que se van a presentar en la ejecución del contrato y la forma como los mismos van a ser manejados en términos de poner límites a la responsabilidad de los mismos para cada uno de ellos por las partes del contrato. No existe en sí dentro de la regulación una fórmula para determinar los riesgos y sus límites, por lo que es un aspecto que debe ser determinado por las partes a intervenir en el contrato, en donde se encuentra inmersa la voluntad de las mismas.

Respecto de lo anterior Pachón (2014) indica que es deber de la entidad en los estudios previos y en los pliegos de condiciones, debe incluir los riesgos que afecten la ejecución del contrato y que identificó en la matriz de administración de riesgos, por lo que debe considerarse como un paso en la etapa de planeación. Sin embargo la asignación de los mismos deberá contemplarse junto con el contratista al momento de la celebración del contrato, de modo que será acordado por las partes como se indicó anteriormente.

En concordancia con lo anterior Colombia Compra Eficiente (2013) adoptó la metodología de análisis de riesgos de contratación pública con base en el Estándar AS/ NZS ISO 31000 e identificó que los pasos que deben seguirse para la identificación y administración de los riesgos son en primer lugar establecer el contexto en el cual se adelanta el proceso de contratación, en segundo lugar deben identificarse y clasificar los riesgos del proceso de contratación, en tercer lugar se deben evaluar y calificar los riesgos para posteriormente realizar una asignación de los mismos y tratarlos y finalmente se deben monitorear y revisar la gestión de los Riesgos.

Figura 2. Matriz de riesgos procesos de contratación



Fuente: Colombia Compra Eficiente (2013).

Desarrollar adecuadamente la metodología descrita en la gráfica y desarrollar la matriz de riesgos permite a las entidades identificar posibles riesgos que pueden presentarse, se pueden plantear planes de manejo adecuados que permitan una planificación acertada de los eventos adversos que pueda generarse en la ejecución del contrato, de esta manera se controlaran mejor estas situaciones.

De esta manera sería posible implementar unas normas específicas para los contratos estatales de obra que representen una inversión importante de recursos públicos en materia de distribución de riesgos, ya que dejar al arbitrio de las entidades todos lo relacionado con este tema supone una autonomía que en muchos casos no es objetiva y desencadena sobrecostos en el contrato. Resulta necesario en este punto advertir que la distribución previa de riesgos en este tipo de contratos es altamente necesaria, esto en la medida que la asignación de estos permite visibilizar la responsabilidad de las partes cuando surge algún tipo de imprevisto o sobrecosto.

El riesgo contractual permite a las partes identificar diversas situaciones que podrían en su momento afectar la ejecución del contrato y pueden generar sobrecostos y dificultades frente a lo planteado de manera inicial en el contrato, de esta manera las partes pueden integrar al contrato la responsabilidad de las mismas al momento de la ocurrencia de algún evento dentro de la ejecución del contrato y definir la responsabilidad que se deriva de la misma, así dentro de las obligaciones estipuladas en el contrato se identificara de manera clara quien debe asumir los riesgos cuando estos se materializan (Sánchez Valderrama, 2011).

En el caso de la Refinería de Cartagena la estimación de los sobrecostos que el contratista identifico al momento de la ejecución del contrato y la discrecionalidad del contratante permitió que se cambiara de forma arbitraria lo pactado inicialmente y no se realizara la etapa de ingeniería de detalle, compra y construcción, bajo la modalidad precio de suma global llave en mano, sino que se decidiera asumir este proceso por la modalidad de costos reembolsables.

La regulación que existe en Colombia en materia de contratación estatal contempla la distribución de riesgos al momento de celebrar un contrato de manera general, sin embargo, la misma se realiza como un requisito pero su elaboración no sigue el proceso riguroso diseñado por Colombia Compra Eficiente. En este punto cabe destacar que facultar a las partes para puedan determinar los riesgos a los que se puede enfrentar el objeto del proceso permite determinar quién asumirá dichos riesgos y en qué porcentaje se hará, determinando así desde el inicio imprevistos que puedan acaecer.

Respecto de la aplicación de distribución de riesgos como herramienta útil para disminuir los casos de corrupción dentro de los procesos de contratación pública, la Unión Europea ha desarrollado un análisis amplio sobre los beneficios de realizar de manera objetiva la identificación y asignación de los riesgos, como se podrá observar a continuación.

3. Experiencias de la Unión Europea en la aplicación de distribución de riesgos en la contratación pública y disminución de la corrupción

Los contratos de obra de manera general requieren un proceso previo de identificación, análisis y distribución de riesgos entre las partes que lo suscriben. En ese sentido se han desarrollado guías para su realización efectiva y varios países han creado sistemas para realizar esta evaluación de una manera efectiva y evitar sobrecostos en los procesos de contratación de obras públicas.

En ese sentido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante UNCITRAL) ha creado una guía que expone de manera detallada los pasos a seguir para la realización del proceso de distribución de riesgos, en cada una de las modalidades de pago, lo que debe tenerse en cuenta para determinar la responsabilidad ante los riesgos que se materialicen en el contrato. Dichas disposiciones se han adoptado en muchos países para la contratación estatal de obras públicas.

Así mismo la Unión Europea (2015) en las directivas sobre contratación de obras públicas ha expuesto la importancia del análisis de riesgos:

El poder adjudicador deberá garantizar la elaboración de un registro de riesgos y de un plan de contingencias asociado durante las fases tempranas del ciclo de vida de un contrato/proyecto y que estos se actualicen con regularidad en las principales fases del ciclo de vida, incluido un informe sobre la gestión de riesgos altos y emergentes. Una buena gestión de riesgos reduce la probabilidad de abortar procesos, la necesidad de modificar los contratos durante su ejecución y el riesgo de realizar correcciones financieras en los fondos concedidos por la UE (p.62).

La política que ha construido la Unión Europea frente a la contratación de obras públicas se ha centrado en un análisis minucioso de cada una de las etapas precontractuales, en el caso específico de la distribución de riesgos se han diseñado varias etapas con actividades específicas.

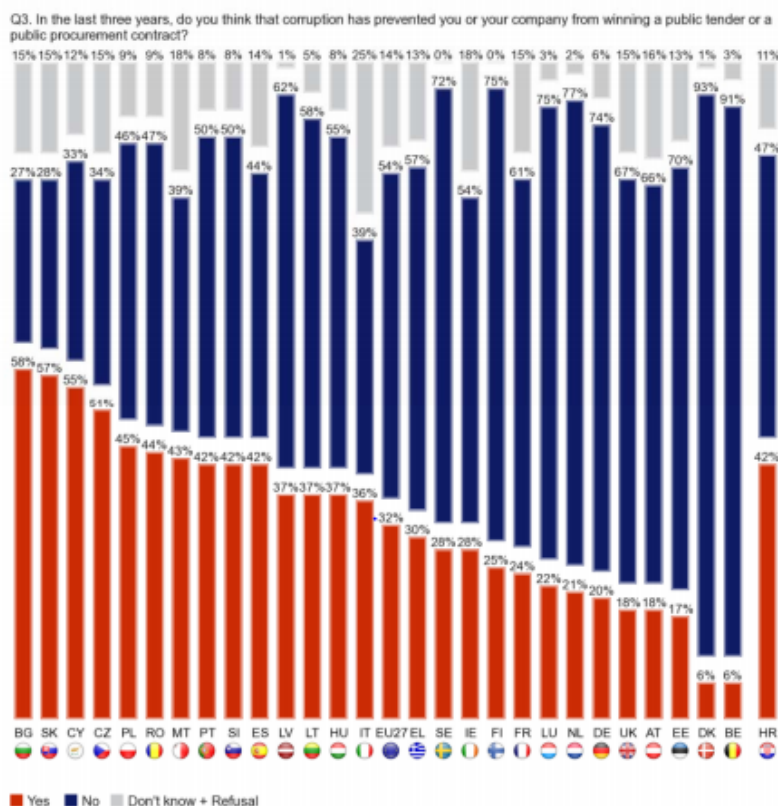
Como se evidencia anteriormente hay una diferencia amplia entre el análisis de riesgos que se realiza en los procesos de contratación en Colombia y el proceso de riesgos en contratación de obras públicas que se surte en los países de la Unión Europea contemplan una etapa de evaluación, posteriormente se realiza una etapa de registro de riesgos específicos del contrato y se realizan planes de contingencia, y ya en el momento de ejecución del contrato se desarrolla una actividad de seguimiento.

Villalba, Arana & Castillo (2014) expresan la importancia que tiene en los países miembros de la Unión Europea la identificación y posterior asignación de riesgos, y aunque se prevé en la legislación el principio de riesgo y ventura en virtud del cual el contratista recibe los beneficios, pero asume al mismo tiempo las eventuales pérdidas derivadas del cumplimiento del contrato en sus propios términos, se ha previsto excepcionalmente en la normativa de contratación del sector público la modulación del principio riesgo y ventura, para pactar un reparto equitativo de riesgos en las cláusulas de los contratos.

Como se puede observar el diseño de las políticas en materia de contratación que ha realizado la Unión Europea tiene la finalidad de los procesos de contratación se lleven a cabo de manera transparente y eficiente, y no se incurra en sobrecostos o hechos de corrupción.

Respecto de la percepción de corrupción que tienen los oferentes en procesos de contratación pública en los países de la Unión Europea se puede observar la siguiente gráfica:

Figura 3. Percepción corrupción oferentes en procesos de contratación publica



Fuente: Comisión Europea (2014)

Como se observa en la gráfica anterior la percepción de corrupción en los procesos de contratación que tienen los oferentes en algunos países alcanza un porcentaje del 50%. Sin embargo, en la mayoría de países dicha percepción es baja si se compara con las cifras que se tienen en Colombia.

La importancia que se le ha dado a la revisión minuciosa de cada una de las etapas del proceso de contratación estatal, ha permitido disminuir las probabilidades de que se presenten hechos de corrupción en la ejecución del proceso. Entre los planes de mejoramiento que se han desarrollado para los procesos se encuentra la revisión de los riesgos, lo que se da en un proceso dividido en varias etapas y tiene lugar desde la etapa precontractual hasta la liquidación del contrato (Gimeno Feliú, 2014).

Es así como el fortalecimiento de esta etapa, en conjunto con otras herramientas que se han diseñado para la eficiencia y transparencia de la contratación pública en Europa ha arrojado resultados positivos que han disminuido los hechos de corrupción en la mayoría de los países de la Unión Europea. Como lo indica Martínez (2016) el conjunto de medidas que se han adoptado en varios países de la Unión Europea como nueva regulación de la conducta de los servidores públicos, manuales internos de gestión de riesgos que permitan garantizar el comportamiento ético de los gestores públicos frente a los imprevistos que surjan en los contratos y analizar los sistemas de prevención de la corrupción y políticas de integridad de las administraciones han permitido que disminuyan los hechos de corrupción en los procesos de contratación.

Conclusiones

Se comprueba así la hipótesis planteada sobre la disminución en hechos de corrupción en procesos de contratación estatal en la modalidad de licitación pública realizando un adecuado análisis de la distribución de riesgos:

El desarrollo de contratos de obras públicas representa de manera frecuente una inversión de recursos públicos importantes por lo que deben considerarse elementos adicionales para blindar estos recursos. Los sobrecostos en los procesos de contratación de obras públicas que disminuyen la capacidad del estado de realizar inversión en otro tipo de proyectos que son altamente necesarios para el desarrollo del país.

La aplicación de la teoría de la distribución del riesgo permite definir la responsabilidad de las partes en los riesgos que se materializan en la ejecución de un contrato de obra. Lo anterior disminuye la posibilidad de la toma de decisiones unilaterales por las partes del contrato de cambiar las condiciones iniciales previstas del contrato, con el fin de no frenar su ejecución.

La aplicación de la teoría de distribución de riesgos en materia de contratos de obra resulta una necesidad imperativa si se quieren reducir los sobrecostos en dichos proyectos, ya que resulta pertinente prever las externalidades que puedan ocurrir en el desarrollo del contrato, para determinar qué acciones se tomaran en cada caso. Esto permitiría que los procesos estuvieran mejor controlados y se llevaran a cabo de forma más eficiente.

Se debe adoptar este proceso teniendo en cuenta su conveniencia y favorabilidad sobre los costos que representa para el estado la ejecución de contratos de obra, dicha asignación de riesgos entre las partes debe realizarse conforme a la ley y contemplarse en las pólizas de seguros que se le exigen al contratista, además debe considerarse la viabilidad de surtir procesos adicionales con entidades de control cuando se estime necesario realizar modificaciones significativas en las condiciones iniciales del contrato por hechos sobrevinientes.

Ahora bien, frente al fenómeno de la corrupción la distribución de riesgos permite reducir la discrecionalidad de las partes en cuanto en la planeación del proyecto de contratación se realice una matriz de riesgos y del tratamiento de los mismos, en esa medida no se deja campo de maniobrabilidad a las partes sobre los contratos, en la medida que ya se encuentran estipulado en el caso de imprevistos quien asumirá los mismos, de manera que la injerencia que pueden llegar a tener las partes se encuentran limitadas y no permitirían la agregación de nuevos costos injustificados reales.

En la medida que se prevean los riesgos e imprevistos surgidos, el contratista no podrá incurrir en sobrecostos a cargo de la entidad pública, como requisito para el cumplimiento del contrato de obra, es decir que el contrato no sufrirá variaciones que signifiquen erogaciones no contempladas, que en la mayoría de casos resultan en hechos de corrupción acordados entre las partes del contrato.

Si bien la aplicación de un adecuado análisis, identificación y asignación de riesgos no puede predicarse como la completa solución a los problemas de corrupción en la contratación, representa una herramienta altamente importante ya que permite identificar las contingencias que puedan surgir en el desarrollo del objeto contractual, los cuales en el caso de que se presenten pueden solucionarse de acuerdo a lo previsto en los planes de contingencia. Esto no da lugar a que se tomen decisiones sin análisis previo y conjunto de las consecuencias que pueden derivarse de variar las condiciones del contrato.

Referencias

- Banco Interamericano de Desarrollo. (2013). Ventajas y riesgos de contratos llave en mano. Bogotá. Recuperado de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6006/Ventajas%20y%20riesgos%20de%20contrato%20llave%20en%20mano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bohórquez, M., & Castañeda, J. (2017). LIDERAZGO ETICO COMO UNA COAYUDA PARA COMBATIR LA CORRUPCION EMPRESARIAL (Tesis de Pregrado). Bogotá: Universidad de la Sabana. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13527/ARTICULO%20FINAL%20-%20SEMNARIO%20DE%20PROFUNDIZACION%20EN%20DIRECCION%20Y%20GERENCIA%20%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Colombia Compra Eficiente. (2012). Guía para los Procesos de Contratación de obra pública. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_los_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (2013). Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf
- Comisión Europea. (2014). Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Informe Sobre La Lucha Contra La Corrupción en la Unión Europea. Bruselas: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Retrieved from https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_es.pdf

- Comisión Europea. (2015). Contratación pública Guía práctica. Bruselas: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Recuperado de http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_es.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1150 de 16 de julio, 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.
- Contraloría General de la Republica. (2016). Control fiscal eficaz para una mejor gestión pública. Bogotá. Recuperado a partir de <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/20181/456146/Informe+de+Gestio+n+2015+-+2016.pdf/2d1c12b2-9086-4d6e-9377-22d39180a2d0>
- Contraloría General de la Republica. (2016). Informe de la actuación especial al proyecto de modernización y ampliación de la refinería de Cartagena s.a. - Reficar. Bogota. Recuperado de <http://www.contraloria.gov.co/documents/20181/479262/INFORME+AUDITORI+A+REFICAR+-+VIGENCIA+2015.pdf/d11b02ac-379f-41a6-a3a8-d54daa5a91b8>
- Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales (DIAN). (2017). Concepto No. 083098 (100208221-00634). Bogotá. Recuperado de www.notinet.com.co/pedidos/83098.doc
- FESCOL. (2011). *La lucha contra la corrupción en Colombia: La carencia de una política integral*. Bogotá. Recuperado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08285.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (2017). Refinería de Cartagena (REFICAR). Bogotá. Recuperado a partir de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Presentacion-REFICAR270417.pdf>
- Fonseca Prada, E. (2002). La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas. *Revista De Derecho Público*, 14(2). Recuperado a partir de

https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub182.pdf

Gimeno Feliú, J. M. (2014). El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (1st ed.). Editorial: ARANZADI.

Martínez Fernández, J. (2016). *Contratación pública y transparencia* (1st ed.). Las Rozas, (Madrid): Wolters Kluwer.

Ministerio de Transporte, (2013). *Régimen contractual en Colombia* (pp. 1-9). Bogotá. Recuperado de <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/DocEstrategicos/ABCCContratacion.pdf>

Naged Mendoza, D. (2014). Exceso de institucionalidad funcional de la Procuraduría General de la Nación (Tesis de pregrado). Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2130/1/EXCESO%20DE%20INSTITUCIONALIDAD%20DE%20LA%20PROCURADURIA.pdf>

Ocaña Ibarra, J. (2014). *Análisis crítico de la ley de contratación* (Tesis de Pregrado). Universidad de Nariño. Recuperado de <http://biblioteca.udenar.edu.co:8085/atenea/biblioteca/90558.pdf>

Ortiz, Y. (2015). Los Contratos De Obra Pública Y La Falta De Planeación De Las Entidades Estatales Frente A Un Siniestro (Tesis de Especialización en derecho administrativo). Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá: Colombia. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6639/1/ARTICULO%20INVESTIGACION%20-%20Vanessa%20Ortiz%20Epinosa%202015.pdf>

Pachón, C. (2014). Contratación pública: análisis normativo, descripción de procedimientos, estatuto general, normas complementarias, decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014, directrices de Colombia compra eficiente (6a. ed.). Bogotá: Ecoe Ediciones.

- Peñaranda, L., & Gualdron, J. (2009). Análisis de las modificaciones de la Ley 80 en la contratación estatal (Tesis de Postgrado). Universidad Pontificia Bolivariana. Recuperado de https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/678/digital_18471.pdf?sequence=1
- Rodríguez Silva, L. (2011). Los contratos bajo la modalidad “llave en mano”: estudio teórico – doctrinal y algunas tendencias actuales. CES DERECHO, 2(2). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4863638.pdf>
- Rojas Tamayo, A., & Rodríguez Fernández, M. (2008). Sistemas para la Determinación del precio y Condiciones de Pago en el contrato internacional de construcción. *E – Mercatoria*, 7(7). Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2051>
- Saavedra Becerra, R. (2018). De la Responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo III (1st ed.). Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Sánchez Valderrama, D. (2011). De la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la contratación estatal (Tesis de Postgrado). Bogotá: Universidad de la Sabana. Recuperado de <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1468/DIEGO%20FELIPE%20S%20C%81NCHEZ%20VALDERRAMA.pdf?sequence=1>
- Sarmiento Bolívar, L. (2016). *Corrupción en Colombia caso la refinería de Cartagena* (Tesis De Especialización En Finanzas Y Administración Pública). Universidad Militar nueva Granada. Recuperado de repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/.../1/SarmientoBolívarLinaMaria2016.pdf
- Serrano Cuervo, A. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia*. (Tesis de Pregrado). Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12906/1/CORRUPCI%C3%93N%20EN%20LA%20CONTRATACI%C3%93N%20P%C3%9ABLICA%20EN%20COLOMBIA.%20Aldemar%20Serrano.%20Oct.%208..pdf>

- Torres Manrique, J. (2013). UNA MIRADA CRÍTICA A LOS DERECHOS A LA TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y RENDICIÓN DE CUENTAS. *Derecho Y Cambio Social*, 1(1). Recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5475843.pdf>
- Torres González, M. (2014). Nuevo Estatuto Anticorrupción (Tesis de Maestría). Bogotá: Universidad Libre de Colombia. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7545/TorresGonzalezMariaEsperanza2014.pdf?sequence=1>
- Vila, V., & López, T. (2003). La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal (Tesis de pregrado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS66.pdf
- Villalba, F., Arana, E., & Castillo, F. (2014). Nociones básicas de contratación pública (1st ed.). Madrid: Difusora Larousse - Editorial Tecnos.