

ano 19 - n. 75 | janeiro/março - 2019
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i75
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2019 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003- Trimestral ISSN: 1516-3210 Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. CDD: 342 CDU: 342.9
------	---

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Una aproximación al “riesgo de corrupción” en los contratos públicos

An approximation to the “corruption risk” in the public procurement

William Iván Gallo Aponte*

Universidad Externado de Colombia (Colombia)
william.gallo@uexternado.edu.co

Recibido/Received: 21.02.2019 / February 21st, 2019

Aprobado/Approved: 10.05.2019 / May 10th, 2019

Resumen: El riesgo de corrupción se ha entendido de manera similar e imprecisa como la corrupción misma. Razón por la cual, se genera un espacio de incertidumbre entre las partes del contrato a la hora de articular una debida gestión del riesgo. La falta de concreción y especificación tanto en la previsibilidad como en su configuración, particularmente, en cuanto, a la tipificación, valoración y distribución. Son circunstancias que deben atender a la singularidad del contrato sin dejar de lado los principios generales del Derecho y el régimen de las obligaciones.

Palabras clave: Riesgo; corrupción; contrato estatal; interés general; gestión del riesgo.

Abstract: Corruption risk has been understood likewise and ambiguous way as corruption. For this reason, it causes a space of uncertainty between the parts of the contract, when they must be designed the risk assessment. The lack of detail or specification in the predictability and in its configuration, specifically, in terms of classification, assessment and distribution. These are situations that must tend to the uniqueness of the contract, without omit the general principles of law and the general law governing obligations.

Keywords: Risk; corruption; public procurement; public interest; risk assessment.

Sumario: **I** Introducción – **II** Una aproximación conceptual al riesgo de corrupción en la contratación pública – **III** La previsibilidad del riesgo de corrupción – **IV** La tipificación, estimación y distribución del riesgo de corrupción en los contratos estatales: 1 Tipificación, 2 Valoración o estimación del riesgo, 3 La distribución o asignación del riesgo de corrupción – **V** Consideraciones finales – Referencias

Como citar este artículo/*How to cite this article:* GALLO APONTE, William Iván. Una aproximación al “riesgo de corrupción” en los contratos públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 39-64, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1081.

* Asistente de Investigación, Departamento de Derecho del Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia (Bogotá-D.C., Colombia). Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Vicepresidente de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. *E-mail:* william.gallo@uexternado.edu.co.

I Introducción

“Aunque es difícil cuantificar el costo de la corrupción en el país, diversos cálculos se acercan a la reciente cifra que dio el Contralor General, (...) según la cual este flagelo le cuesta al país 50 billones de pesos al año: casi un billón de pesos por semana”.¹ Con este titular se enfrenta la sociedad colombiana ante el infortunio de la corrupción. Un fenómeno que cada vez cobra más importancia y espacio en desmedro de la garantía de los derechos constitucionales y la consecución del interés general.

Los esfuerzos por combatir la corrupción no han sido en vano. Desde la formulación de políticas en el plano internacional, su implementación en los ordenamientos jurídicos, y un sinnúmero de instrumentos de origen público y privado, para mitigar, confrontar y prevenir los efectos nocivos de la corrupción, conforman el catálogo de herramientas frente a la propagación de este fenómeno.² Sin embargo, ante la falta de voluntad política, la insuficiencia en la infraestructura institucionalidad y una gran variedad de lagunas, contradicciones y abstracciones en el plano normativo, impiden un adecuado ejercicio de estos esfuerzos.

La corrupción lesiona la consecución de los fines del Estado, de ahí que, se camufla a través de los instrumentos que permiten su realización. Uno de ellos es el contrato estatal. La herramienta por excelencia para la ejecución de los postulados constitucionales y legales, así pues, el daño de la corrupción hace metástasis en cada una de sus etapas impidiendo muchas veces su continuidad y justa culminación.

Frente a esta problemática actual, el presente escrito tiene por objeto hacer un análisis descriptivo y explicativo con relación a la incorporación del riesgo de corrupción dentro de la planeación, selección, contratación, ejecución y liquidación del contrato estatal.

Desde un punto de vista metodológico, se intentará en primer lugar, aproximarse al concepto de riesgo de corrupción en la contratación pública. Seguidamente, atendiendo a las características principales del riesgo, se procede con un análisis sobre la previsibilidad del riesgo de corrupción. Finalmente, para dar una aproximación sobre el proceso de configuración del riesgo, se abordará un estudio sobre la tipificación, estimación y distribución del riesgo de corrupción. El presente escrito

¹ Periódico El Tiempo. *Saqueo de la corrupción equivale a casi un billón de pesos por semana*. Bogotá D.C, noticia del 26 de febrero de 2017, recuperada de: <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/precio-de-la-corrupcion-en-colombia-61749>.

² OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la última ratio a la ausencia de razón. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 16, n. 63, p. 67-91, jan./mar. 2016.

toma como referencia los desarrollos doctrinarios alrededor del tema, así como la legislación y la jurisprudencia que se aproximan o contribuyen a la conformación e implementación del riesgo de corrupción.

II Una aproximación conceptual al riesgo de corrupción en la contratación pública

La construcción conceptual del riesgo de corrupción es un asunto complejo que comprende múltiples variables para su entendimiento. Desde un punto de vista singular etimológico, la palabra riesgo viene del árabe “*rizq*” que significa “lo que depara la providencia, lo cual hace referencia a que algo o alguien está próximo a sufrir un daño”. Por su parte, la palabra “corrupción” viene del latín “*corruptio*” que se traduce como “la acción o efecto de corromper o hacer pedazos algo”.³

Atendiendo a su más simple comprensión, el riesgo de corrupción se puede definir como la proximidad de que se ejecute una acción o se genere un efecto de desintegrar, corromper o pervertir algo. Es ahí donde resulta compleja su conceptualización. En primer lugar, como lo expresa Vito Tanzi, porque “la corrupción ha sido definida de muchas maneras diferentes, cada una incompleta en algún aspecto”.⁴ Por otro lado, porque la doctrina no es uniforme en establecer si se requiere o no de un rol público o simplemente de una posición de autoridad o de un poder de decisión para que exista corrupción”.⁵

Asimismo, parte de los análisis indican, que el concepto puede tomar una interpretación desde un plano más abstracto sin involucrar elementos concretos para no involucrarse en discusiones o posiciones subjetivas. Con todo, es importante precisar que sea en uno u otro escenario, incorporando u omitiendo elementos esenciales, la corrupción es en sí misma un daño.

Para efectos del presente escrito, su concepto se estructura a partir de la responsabilidad civil y del Estado, esto es, la corrupción como una “afrenta o afectación a los intereses lícitos de una persona,^[6] trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta

³ Definiciones etimológicas tomadas de: <https://conceptodefinicion.de/>.

⁴ TANZI, Vito. *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures*. Washington D.C: International Monetary Fund, 1998. Recuperado de: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9863.pdf>.

⁵ NEWMAN, Vivian & ÁNGEL, María Paula. *Sobre la corrupción en Colombia: Marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política*. Bogotá D.C.: Dejusticia & Fedesarrollo, 2017.

⁶ El concepto de persona debe tomarse a partir de un sentido amplio. Este comprende no solo las personas naturales sino también las personas jurídicas. Aún incluyendo al Estado, quien de acuerdo con el artículo 89 de la ley 153 de 1887, “la nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas ó reconocidas por la ley, son personas jurídicas”.

como lesión definitiva de un derecho o como una alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación”.⁷

Dando alcance al “daño” corrupción, la afrenta o afectación a los intereses lícitos de las personas, naturales o jurídicas, que recaiga sobre derechos pecuniarios y no pecuniarios, es un primer elemento que requiere precisión. En primer lugar, porque no hay duda de que una de las consecuencias más visibles de la corrupción recae sobre el patrimonio individual, colectivo, hasta de las mismas arcas del Estado. Sin embargo, ¿la corrupción puede lesionar derechos inmateriales?

De manera preliminar se puede advertir, que la congoja, el abatimiento, la aflicción o la tristeza, no son una consecuencia inmediata de las prácticas corruptas. No obstante, esto corresponde con una apreciación apresurada, pues omite valorar los efectos de las conductas en un adecuado ejercicio causal. Por ejemplo, según la Contraloría General de la República de Colombia, desde el 2012, se han reportado irregularidades en los manejos de los recursos del Sistema General de Salud que ascienden hasta por 2,1 billones de pesos,⁸ un asunto que tiene incidencia en la adecuada prestación del servicio público, cuyo objeto directo se relaciona con la vida, y cualquier afrenta a la misma, representa una aflicción o tristeza.

En un sentido general, atendiendo a una situación de justicia efectiva, la lesión de los derechos o intereses inmateriales por corrupción, en principio, no son susceptibles de reparación por el extenso análisis causal que implica determinar si una conducta corrupta incide en la consideración moral de una persona. Si no hay presunción de causalidad entre el daño inmaterial y el acto corrupto, es indispensable que exista una prueba idónea del vínculo causal,⁹ y para el ejemplo en mención como para otros similares, resulta complejo determinar y acreditar la prueba de la congoja o tristeza de un ciudadano, cuya causa provenga directamente del desfaldo en el presupuesto de la salud. Sin embargo, esta hipótesis no es infalible, puede darse un caso concreto que la excepcione.

Es necesario recalcar, que a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, y a diferencia de como se determina en otros países,¹⁰ son múltiples las categorías autónomas de daño inmaterial. Además del daño moral, se encuentra el daño a la salud, entendido bajo una consideración por parte del juez sobre las

⁷ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 28, ene/jun 2015.

⁸ Contraloría General de la República. *Comunicado de prensa No. 209*.

⁹ Sobre el particular: Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002, rad. 13744. “El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada (...)”.

¹⁰ Como el caso mexicano, que en el artículo 1916 y 1916 bis del Código Civil Federal Mexicano consagra el daño moral desde una perspectiva amplia que comprende todo tipo de daños y perjuicios. Por ejemplo, la afectación a los aspectos físicos, sentimientos, creencias, decoro, honor, etc.

consecuencias de la enfermedad o accidente que alteran el desempeño y nivel de comportamiento de las personas. Y por otro lado, la afectación relevante a bienes y derechos constitucional o convencionalmente amparados, que en últimas, como lo indica M’Causland, corresponde una forma de reparación adicional para el daño moral y el daño a la salud, teniendo en cuenta que ambos provinieron de la lesión de un derecho fundamental.¹¹

Sin embargo, desde el plano de la responsabilidad, la reparación tiene un alto contenido ético, pues además de existir una compensación de carácter pecuniario, también corresponde con acciones o manifestaciones simbólicas. Asimismo, si el Estado en sí mismo no puede sufrir tristeza, cualquier obstrucción al cumplimiento de sus finalidades, es un abatimiento contra el interés general.

Si bien, el presente escrito no pretende abordar de manera profunda la incidencia de los actos corruptos sobre los intereses o derechos inmateriales, es pertinente proponer en este punto, que si la corrupción en sí misma representa un daño, no es excluyente afirmar que puede ser objeto de reparación simbólica más allá de un subrogado pecuniario. En últimas, todo acto corrupto defrauda la confianza, ya sea del Estado o de los particulares. En ese sentido, debería operar una especie de presunción del daño inmaterial colectivo a partir de indicios, porque de alguna u otra manera la lesión recae sobre el interés general.

Sobre el punto de si la lesión recae sobre derechos individuales o colectivos, no hay mayor discusión al respecto. La corrupción como daño, desde el plano público, implica la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa que es el interés general.¹² Ese interés general, en palabras del Profesor Daniel Hachem, se refiere al respeto del interés de la colectividad, identificado de manera explícita o implícita en el ordenamiento jurídico.¹³

Con relación a si el daño se presenta como lesión definitiva de un derecho o como una alteración de su goce pacífico. Concretamente sobre la alteración de su goce pacífico, puede presentarse una contradicción entre el concepto del riesgo y la definición propuesta de daño a lo largo de este punto. Sin embargo, desde las disposiciones comunes que regulan el contrato de seguro, el riesgo es un suceso

¹¹ M’CAUSLAND, María Cecilia. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 60.

¹² MELLADO RUIZ, Lorenzo. *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 122.

¹³ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 59-110, abril/junio, 2011. En este sentido: GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

incierto que no depende exclusivamente de la voluntad.¹⁴ De igual modo, como lo determina la jurisprudencia, el riesgo no corresponde con una incertidumbre subjetiva, respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.¹⁵ Por lo cual, la llamada alteración de su goce pacífico, corresponde con una certeza sobre la puesta en marcha del daño que puede traer consecuencias a gran impacto sino se activa un plan inmediato de mitigación.

Finalmente, como un efecto de la obligación derivada de la generación del daño, es posible activar el aparato jurisdiccional, para que reconozca el determinado juicio causal, identifique el fundamento del deber de reparar, y admita, en los términos propuestos, la reparación del daño corrupción. Es de esta manera, para efectos prácticos del presente escrito, como se identifica la corrupción.

Con relación al riesgo, tal como lo precisa Ulrich Beck, “su discurso empieza donde la confianza en nuestra seguridad termina, y deja de ser relevante cuando ocurre la potencial catástrofe”.¹⁶ En ese sentido, el concepto de riesgo se establece sobre un marco de incertidumbre cuyos extremos están fijados por la seguridad o por la destrucción. Desde un punto de vista privado, y de manera específica en el ámbito contractual,¹⁷ no hay una definición explícita sobre el riesgo más allá del previsible dispuesto para el contrato de seguro en la legislación comercial. Esto obedece a que, “si se tiene en cuenta que el contrato, como máxima expresión de la disposición de intereses individuales de las partes (autonomía privada), suele ser un instrumento de regulación de su relación futura, sobre la base de lo que puedan las partes anticipar y no de los aspectos previsibles”.¹⁸

No obstante, su desarrollo en el derecho privado se relaciona con la distribución del riesgo de ejecución del contrato por una circunstancia alrededor de la cosa debida. Tanto el Código Civil como el Código de Comercio, establecen soluciones particulares para asumir el riesgo en caso de un incumplimiento en la obligación de entrega por la pérdida, deterioro o mejora de un cuerpo cierto.

Para el derecho administrativo, concretamente, el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993) y su desarrollo jurisprudencial,

La definición explícita de los riesgos y su gestión en los documentos contractuales, ordenada por el legislador, se encuentra integrada al

¹⁴ Código de comercio, 1054.

¹⁵ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de mayo de 2017, CP. Jorge Octavio Ramirez Ramirez. Rad. 20999.

¹⁶ BECK, Ulrich. Retorno a la teoría de la <<sociedad del riesgo>>. *Boletín de la A. G. E. Madrid*, No. 30 –2000, págs. 9-20. Recuperado de: <https://www.age-geografia.es/ojs/index.php/bage/article/viewFile/383/354>.

¹⁷ La importancia de incorporar elementos del derecho privado en el estudio del riesgo, obedece al marco legal y general de los contratos en Colombia. La ley 80 de 1993, establece en su artículo 32, “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales (...)”.

¹⁸ CABARCAS GÓMEZ, Freddy M. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 24.

equilibrio de la ecuación contractual inicial, reforzando, de manera sustancial, el carácter relativo de esta. A los derechos y obligaciones de las partes, referidos en el artículo 27 del Estatuto General de Contratación, hay que adicionar los riesgos asignados a cada una de ellas, para poder así definir la ecuación inicial.¹⁹

Por otro lado, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional,²⁰ define 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”. Sobre esta definición, compartimos la consideración de Verano Henao al indicar que, “carece de lógica jurídica pues no le permite al operador contractual entender el verdadero significado del concepto. No es una noción jurídica útil que permita deducir que el riesgo previsible es un concepto que se excluye de la imprevisibilidad, que la enfrenta y la mitiga”.²¹

En efecto, siguiendo a Verano Henao, resultaba más conveniente la antigua definición de riesgo contemplada en el Decreto reglamentario del Estatuto General de Contratación Pública, el cual lo definía como una circunstancia “que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tiene la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas”.²²

Desde el plano de la responsabilidad civil, para la Corte Suprema de Justicia en Colombia,²³ el riesgo puede ser considerado como un criterio de imputación que permite la atribución de responsabilidad. Esta apreciación obedece a que el factor de imputación “es el que permite atribuir a un sujeto la responsabilidad, siendo por regla general de carácter subjetivo, esto es, fundada en la culpa o el dolo, y excepcionalmente de naturaleza objetiva como acontece con el riesgo”.²⁴

Sin embargo, tal como lo coloca de presente Uribe García, “en la responsabilidad extracontractual del Estado se hace referencia únicamente al riesgo como criterio de imputación jurídica, con el nombre de riesgo excepcional, más no al peligro”.²⁵ Por esta razón, desde el plano contractual del Estado, el riesgo debe

¹⁹ *Ibidem*, p. 43.

²⁰ Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.1.1.1.3.1.

²¹ VERANO HENAO, Sandra Patricia. La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio de equilibrio financiero. En RINCÓN CÓRDOBA, Jorge & MONTAÑA PLATA, Alberto (Ed.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 554-555.

²² Decreto 734 del 13 de abril de 2012, art. 2.1.2.

²³ En Colombia el poder judicial tiene tres órganos de cierre. La Corte Suprema de Justicia, para asuntos laborales, civiles y agrarios y penales, El Consejo de Estado, para asuntos contencioso administrativos y la Corte Constitucional para asuntos constitucionales, concretamente en juicios de amparo o tutela y revisión de constitucionalidad.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de enero de 2013, exp. 1101310302 62002-00358-01. MP. F. Giraldo.

²⁵ URIBE, Saúl. *El riesgo y su incidencia en la Responsabilidad Civil y del Estado*. Medellín: Ediciones UNAULA, 2017.

ser entendido como una circunstancia previsible o imprevisible por las partes cuya concreción genera un daño.

Así pues, la configuración del riesgo parte del conocimiento y valoración de la situación²⁶ que potencialmente puede generar un daño. Con este punto de partida, pueden surgir cuatro opciones. En primer lugar, rechazar el riesgo por cuanto es inútil e innecesario, en segundo lugar, asumir el riesgo bien sea de manera general, como lo es el riesgo permitido, o de manera específica, bajo el riesgo creado o riesgo provecho.

Con relación al riesgo creado, dentro de un fundamento objetivo de responsabilidad, esto es, con independencia de la culpabilidad, “quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad”.²⁷ Por otra parte, el riesgo provecho, introducido en Colombia por la Jurisprudencia del Consejo de Estado,²⁸ supone que “quien ejerza una actividad que genere un riesgo y obtenga de esta una utilidad, un provecho, deberá indemnizar los perjuicios que se causen y que sean derivados de tal riesgo, sin importar si obró o no en forma diligente”.²⁹

Con base en lo anterior, ya sea frente a una asunción del riesgo general o específica, esta claro que se encuentra en un escenario de responsabilidad sin culpa. Sin embargo, reiterando lo dicho, la responsabilidad se enfoca en el escenario del riesgo como elemento de la imputación mas no como una situación concreta del peligro. En tercer lugar, distribuir o socializar el riesgo. Finalmente, hacer una debida gestión del riesgo, lo que implica comunicarlo, controlarlo, reducirlo, prevenirlo, eliminarlo y sancionarlo a través de un adecuado marco regulatorio.

La corrupción es un riesgo que se conoce, por tal razón es previsible, asunto sobre el cual se dará mayor desarrollo. Asimismo, no genera un escenario de incertidumbre frente a la situación, como alternativa del riesgo creado y del desconocido. Debido que, la concreción del riesgo obedece a una responsabilidad subjetiva de la parte, esto es, a un abuso de la diligencia y a una traición al principio de buena fe, que genera efectos lesivos en la consecución del interés general. Por tal razón, si se considera la corrupción como un riesgo, su análisis debe partir del conocimiento y la valoración acá prevista.

Ese discurso entre la terminación de la confianza y la ocurrencia de una potencial catástrofe que se traduce en una situación de peligro ya sea desde el plano

²⁶ *Ibidem*, p. 77.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1235 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de mayo de 2000, Rad. 11841, MP. Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁹ RODRIGUEZ ZÁRATE, Alejandro. Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. *Vniversitas*, Bogotá D.C., No. 128, p. 285-314, ene./junio 2014.

privado o administrativo, el riesgo se define como una circunstancia, un estado, una situación o una posibilidad sobre la cual se altera una posición de confianza en la correcta planeación y ejecución de un asunto de interés. Cuya debida gestión en su conocimiento y entendimiento (previsibilidad), da lugar a una asunción de cargas y deberes para las partes, que en caso de ser objeto de alteración o incumplimiento, genera un juicio de reproche de responsabilidad que recae sobre ellas, ya sea en una asunción mayor o menor, ponderando sus cargas y obligaciones, pero siempre tomando como parámetro de reparación los efectos sobre el interés general o particular, dependiendo del escenario donde se utilice.

Desde el punto de vista contractual en concreto, se ha definido el riesgo como “aquellos hechos, situaciones o circunstancias inciertas que pueden afectar la ejecución de un contrato, alterando el contenido de las prestaciones previstas por las partes, y cuyo origen es externo a estas últimas o ajeno a comportamientos culposos”.³⁰ Sin embargo, es necesario indicar que esta definición limita la introducción de la idea de corrupción como riesgo, ya que, el origen del riesgo normalmente no es externo a las partes y mucho menos ajeno a comportamientos culposos.

Una vez analizado los dos conceptos, la concepción del riesgo de corrupción se ha entendido de manera similar e imprecisa como la corrupción misma, por lo cual genera un espacio de incertidumbre entre las partes del contrato a la hora de articular una debida gestión del riesgo. Su definición usualmente tiene una relación implícita con las fallas en la planeación contractual del Estado y de los particulares por circunstancias previsibles. Sin embargo, ha sido limitado un estudio independiente sobre la corrupción como riesgo autónomo y no como un riesgo implícito en otras modalidades, como el riesgo financiero, reputacional, etc.

En ese sentido, surge la necesidad de diseñar una política de gestión contractual del riesgo de corrupción como un peligro en sí mismo, a partir de un análisis profundo e independiente, tal como sucede con las circunstancias financieras, ambientales, reputacionales, etc., o cualquier tipo de riesgo que se presente en la planeación, selección, contratación y ejecución de un contrato.

Con todo, la tendencia del derecho colombiano por introducir un concepto de riesgo de corrupción en la contratación pública ha tomado amplia relevancia. La jurisprudencia del Consejo de Estado definió el riesgo de corrupción como “la posibilidad de que, por acción u omisión, mediante el uso indebido del poder, de los recursos o de la información, se lesionen los intereses de una entidad y en consecuencia del Estado, para la obtención de un beneficio particular”.³¹ En palabras

³⁰ BECERRA SALAZAR, Álvaro. *Los riesgos en la contratación estatal*. Bogotá D.C.: Leyer, 2008, p. 14 y ss.

³¹ Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia 27 de agosto de 2015, CP. Álvaro Namén Vargas. Rad. 2264.

similares, los lineamientos para la administración del riesgo de la Presidencia de la República, lo ha definido como “la posibilidad de que, por acción u omisión, se use el poder para desviar la gestión de lo público hacia un beneficio privado”.³²

Con base en la definición jurisprudencial, su construcción se da a partir de un entendimiento general de lo nocivo que es la corrupción en el escenario contractual. No es excluyente esta definición con las múltiples concepciones concretas sobre el riesgo en cada una de las etapas contractuales. Sin embargo, a nuestra consideración es incompleta. En primer lugar, porque la lesión de los intereses no solo se predica de la entidad, porque de entrada se esta atribuyendo la asunción del riesgo al particular contratista.

Por ejemplo, si en la etapa precontractual, la entidad expidió el pliego de condiciones, se presentaron dos oferentes, y entrado el concurso, un funcionario permitió que determinado contratista fuera evaluado con un mayor puntaje, pues el particular le había garantizado una comisión si resultaba adjudicado. Impidiendo así al otro oferente, aún con mejores condiciones técnicas y financieras tener la posibilidad de ser adjudicatario del Contrato.

Con respecto a este caso, si bien es manifiesto que tanto la actuación del funcionario como de uno de los oferentes, constituye una conducta lesiva para la entidad y en consecuencia el Estado y el interés general. También es notorio, que el mejor oferente, sufrió un a lesión al derecho a ser adjudicatario como consecuencia de la conducta corrupta, razón por la cual, también ve lesionado sus intereses o derechos. Asimismo, desde un punto de vista conceptual, no resulta justo involucrar la lesión del particular contratista como lesión del Estado, porque a pesar de ser parte, sufre de manera directa las consecuencias de un acto corrupto. En este escenario, la asunción del riesgo no solo es del particular, sino también de la Entidad a través de sus representantes por la ejecución indebida de la contratación pública.

Por otro lado, si la definición se enfoca en la contratación pública, cuya debida inclusión debe tenerse en cuenta en los aspectos generales contractuales de las diferentes entidades, la misma debe ser mas precisa. Esto es, indicar que la corrupción como riesgo puede manifestarse no solo durante la ejecución del contrato, sino que, desde la misma planeación, inclusive hasta la liquidación, pueden presentarse circunstancias corruptas que afectan la ecuación financiera del contrato, y en consecuencia, es lesivo contra el interés general.

Finalmente, para los efectos contractuales previstos, se propone la definición del riesgo de corrupción, a partir de una concepción amplia de los siguientes elementos y/o características:

- Una serie de circunstancias, situaciones o posibilidades que tienen origen en la voluntad misma de las partes contratantes.

³² PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Lineamientos para la administración del riesgo*. 2018.

- Su manifestación se concreta en la alteración de una posición de confianza y buena fe, en la correcta planeación, selección, contratación, ejecución y liquidación de un contrato.
- La concreción del riesgo de corrupción genera un efecto infortunado, lesivo del interés general y particular.
- Es previsible, por cuando, puede ser considerado por las partes. (pues son las únicas que controlan su propia voluntad al actuar).
- La gestión del riesgo de corrupción debe partir de un adecuado proceso de entendimiento, conocimiento y especificación, dando lugar a una asunción de cargas y deberes para las partes.
- En caso de que las cargas y deberes asumidas en la gestión del riesgo, se alteren o incumplan, da lugar a un juicio de reproche de responsabilidad sobre ellas, de acuerdo con el grado de asunción.
- La situación de infortunio que surge tras la concreción del riesgo de corrupción debe ser reparada, donde la medida del daño corresponda con la necesidad y el impacto sobre el interés general o particular, dependiendo del escenario donde se utilice.

III La previsibilidad del riesgo de corrupción

Los riesgos contractuales pueden resultar previsible o imprevisible, las cuales son características que están íntimamente ligadas a la normalidad o anomalía de los mismos, y a partir de las cuales, se ha determinado un doble tratamiento de esta institución en La ley 80 de 1993. Por un lado, a partir de su gestión o distribución, y por otro, a partir del equilibrio económico del contrato.³³

La previsibilidad es un concepto que se estructura a partir la razonabilidad sobre las circunstancias materiales que pueden generar un efecto anormal sobre el adecuado ejercicio contractual. En ese sentido, si el evento no pudo ser razonablemente previsto al momento de planear el contrato y es descubierto durante su ejecución, llevando a una dificultad en el cumplimiento de lo convenido, corresponde con una sujeción imprevista.³⁴

Por el contrario, si en el ejercicio de planeación, con especial énfasis y visión en cada una de las etapas del *iter contractual*, las partes de manera sensata y prudente identifican efectos anormales que pueden desarrollarse en algún momento del ciclo contractual, y que además, podrían tener por consecuencia una

³³ Sobre esta consideración alrededor del riesgo, se toman ideas de un plan de trabajo de la cátedra activa de “Contratación Estatal” de la Universidad Externado de Colombia, a cargo del Dr. Édgar González López, Consejero de Estado.

³⁴ CABARCAS GÓMEZ, Freddy M. *Op. cit.*, p. 67.

alteración de las condiciones económicas del contrato, con impacto sobre las circunstancias sociales, económicas y culturales en las que circunda el contrato, esas eventualidades se enmarcan dentro del riesgo previsible, que debe tener un tratamiento específico de acuerdo con el tipo contractual.

La tarea de fijar los riesgos previsibles no es una tarea exclusiva del derecho, por el contrario, se trata de un ejercicio que debe ser realizado para cada contrato, en la medida en que la naturaleza del mismo y las particularidades de las prestaciones pueden variar de manera significativa en cada caso.³⁵ De manera consecuente, las dificultades que surgen alrededor de la asignación del riesgo no derivan de la regulación legal. Por el contrario, su causa tiene origen en el contenido de los documentos contractuales y en el diseño mismo del proyecto, “que parte precisamente del divorcio de la normativa que permite a la entidad responsable –es más la autoriza y casi le impone (...)– la adecuada estructuración del proyecto, con la debida distribución de los riesgos, atendiendo a la realidad técnica, financiera, social y económica en la cual habrá de desarrollarse”.³⁶

Teniendo en cuenta lo anterior y con fines metodológicos para su entendimiento, es necesario precisar la ubicación de la previsibilidad del riesgo como una figura distinta de la responsabilidad o sobre la misma. En ese sentido, el riesgo se enmarca en la probabilidad de que las condiciones alrededor del *iter contractual*, se modifiquen por situaciones sobrevinientes en alguna de sus etapas, dando lugar a asumir una serie de deberes para mitigar y soportar el impacto de sus efectos.

Sin embargo, esa ubicación puede estar sujeta a discusión con relación a la previsibilidad de la corrupción como riesgo. En primer lugar, porque si se concreta el riesgo no solo basta asumir los costos de su ocurrencia. Por el contrario, dada la magnitud del impacto que genera la corrupción, también se configuraría un escenario de responsabilidad por incumplimiento a los deberes constitucionales y legales de las partes. Esto significa, que, si bien es válido hablar de una asunción del riesgo por las partes, en este escenario, las circunstancias que dan origen a su concreción son imputables a ellas, y su deber primario además de asumir, soportar y mitigar, es responder por los efectos corruptos.

En otras palabras, el riesgo de corrupción hace parte de las prestaciones u obligaciones adquiridas por las partes, de tal manera, que si el incumplimiento de las obligaciones tiene origen en los riesgos tipificados como de corrupción, se

³⁵ SARMIENTO, Juan Pablo. La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Revista Derecho del Estado*. No. 37, pp. 189-211, jul./dic. 2016.

³⁶ MIER BARRIOS, Patricia. Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado. *Revista de Ingeniería – Universidad de los Andes*. No. 32, p. 95/107. 2010.

genera de todas formas la obligación de indemnizar los daños sufridos en virtud del mismo, tal como sucede en el derecho anglosajón.³⁷

La anterior premisa corresponde con un régimen fundado en la experiencia técnica, donde a diferencia del sistema adoptado por el modelo continental europeo,³⁸ del cual es heredero gran parte de América Latina, la redacción concreta de cada contrato, y por supuesto el análisis de la teoría del riesgo es mucho más exigente y particular, dejando de en segundo plano, no por esto menos importante, la aplicación de principios generales y reglas conceptuales consignados en el derecho positivo.³⁹

En lo relacionado con el tema de los riesgos, particularmente el de corrupción, es necesario prever todos los hechos que puedan genera cambios en las condiciones tenidas en cuenta para la estructuración de cada contrato en particular, claro está, sin omitir las condiciones estipuladas por el régimen de las obligaciones y el marco regulatorio de los contratos públicos.⁴⁰ La razón que justifica esta hipótesis tiene sustento en que el análisis de los factores que generan corrupción debe obedecer a una evaluación específica y concreta, pues si se mira desde un punto de vista general, se puede caer en el riesgo de la definición misma, una idea gaseosa que abarca todo y finalmente es insuficiente.

Esa dicotomía entre la dificultad que existe para determinar un riesgo bajo la concepción continental europea o sobre un modelo experimental, propio del *common law*, puede traer como consecuencia, tal como lo indica Benavides, “exigencias distintas, y, en ocasiones, contradictorias”.⁴¹ Sin embargo, a nuestro juicio, tal contradicción puede mitigarse si se atiende y valora de manera independiente, pues en últimas, no se puede comparar la magnitud y el impacto que genera la asunción del riesgo por la falta de desembolsos financieros por condiciones del mercado, a una derivada de la maniobrabilidad fraudulenta de las partes en beneficio suyo y en perjuicio del interés público.

Llegado a este punto, una vez abordado de manera general la idea de previsibilidad, la dificultad que surge a partir de su consideración y la ubicación en

³⁷ BENAVIDES, José Luis. Riesgos contractuales. En SANTOFIMIO, Jaime & BENAVIDES, José Luis (Comp.). *Contratación estatal*. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 476-477.

³⁸ Sobre la corrupción en los contratos públicos en Europa, véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 25-44, out./dez. 2017.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015.

⁴¹ *Idem*.

el plano de las obligaciones y cargas de las partes. Es necesario hacer un enfoque concreto que reafirme si la corrupción corresponde con un riesgo previsible o imprevisible.

La corrupción en la actualidad constituye un fenómeno común y en gran medida similar para los ordenamientos jurídicos.⁴² Razón por la cual, a pesar de que sus condiciones son anormales a los deberes constitucionales y legales, el hecho mismo de su existencia es normal y considerado no solo por las partes del contrato, sino también por la sociedad en general. Esa normalidad reposa también sobre las alarmas que ha presentado la comunidad internacional alrededor del abuso del poder y la búsqueda insaciable y discriminatoria de satisfacer el interés particular en perjuicio del general.

Por esta razón, como se anticipo, si las partes en el ciclo contractual, de acuerdo con las reglas de la ciencia y de la experiencia, pueden de manera sensata y prudente identificar aleas que son susceptibles de ocurrir, no solo por las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sino de cultura y sociedad, que pueden generar uno o múltiples impactos negativos en el contrato y sobre el interés público, el riesgo es previsible.

Asimismo, la externalidad que antecede el riesgo de corrupción, no se predica del conocimiento que tengan las partes del mismo, sino de si mismo, la corrupción es una conducta ajena y extraña a la consecución de los fines del Estado, aunque en el ideario común es normal y previsible. De manera consecuente, si se pretende la valoración e identificación de la corrupción como riesgo, no se puede partir de su descripción genérica, porque la definición de corrupción en si misma es vaga, imprecisa e incompleta.

Así pues, la valoración de la previsibilidad:

(...) debe calcularse sólo a partir de la condición de anormalidad de la incertidumbre, en la medida en que, (...), los riesgos normales están incluidos en las condiciones igualmente normales de ejecución del contrato. Por consiguiente, si la valoración del riesgo aporta algo adicional a la valoración de la prestación, ha de partir de un piso de normalidad.⁴³

Dando aplicación a lo anterior, las circunstancias históricas que sustentan las reglas de la experiencia y el devenir histórico de la corrupción en la contratación

⁴² BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017; FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

⁴³ *Ibidem*, p. 471.

pública, son contextos que fortalecen la apariencia de justicia y buen derecho con la que cuentan las partes a la hora de valorar el riesgo de corrupción, lo que permite fortalecer en mayor medida, una valoración técnica y objetiva de las circunstancias alrededor de este fenómeno.

Las consecuencias de los eventos de corrupción son notorias. Y frente a la infinidad de variantes en su naturaleza y amplitud,⁴⁴ es necesario que los operadores públicos implementan o diseñen para los estudios previos, o en el caso de las Asociaciones Público-Privadas de iniciativa particular,⁴⁵ a los titulares de la iniciativa, la adopción de herramientas encaminadas a la tecnificación de los procesos contractuales, dotando de un criterio especializado, con conocimiento, observación y especificación en la planeación contractual.

De acuerdo con la ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”.⁴⁶ Esta consagración de la teoría de la distribución de riesgos contractuales se sustenta en una amplia libertad de las partes en la identificación de los riesgos, sin que ello devenga en absoluta. Por el contrario, el solo hecho de que haya sido calificado como previsible, no significa que en verdad lo sea, su valoración obedece a múltiples factores adicionales.⁴⁷

Asimismo, la ley 1474 de 2011,⁴⁸ ordena de manera concreta, que las diferentes entidades deberán elaborar anualmente “una estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano. Dicha estrategia contemplará, entre otras cosas, el mapa de riesgos de corrupción de la respectiva entidad” y las medidas para mitigarlo. Sin embargo, a nuestro juicio, esta determinación normativa no es compatible con la previsibilidad del riesgo en estricto sentido para el contrato. Puesto que, sin dejar de lado el importante valor que resulta elaborar una política marco y temporal para combatir la corrupción, para efectos contractuales, es menester la atención específica y concreta de acuerdo con el modelo empleado.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que la corrupción es uno de los riesgos que pueden afectar la contratación estatal, y por lo tanto, es previsible. Motivo por el cual, las entidades estatales deben reconocerlo, asignarlo y gestionarlo. Asimismo, en el ejercicio de su función

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Ley 1508 de 2012. *Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*. Título III.

⁴⁶ Ley 1150 de 2007, art. 4.

⁴⁷ SILVA GARCÍA, Fernando. Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral. *Revista Mercatoria*. Vol. 6. N. 2, 2007, p. 18.

⁴⁸ Ley 1474 de 2011. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Art. 73.

legislativa de carácter negativo, y con independencia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado,

(...) las entidades públicas pueden y deben utilizar otros instrumentos jurídicos, legalmente viables y apropiados para prevenirlo, mitigarlo y controlarlo. El primer paso consistirá entonces en el reconocimiento expreso del riesgo, en desarrollo de los principios que gobiernan la función pública, en general, y la contratación estatal, en particular, y especialmente los principios de moralidad, transparencia, buena fe, planeación y precaución.⁴⁹

A propósito del mandato jurisprudencial, para la política de riesgo contractual del Estado, en lo relativo a su diseño, ordena al Consejo de Política Económica y Social –CONPES,⁵⁰ orientar la política “a partir del principio de que corresponde a las entidades asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquellos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad”.⁵¹ Un asunto propio de la distribución del riesgo sobre el cual se tratará en el siguiente aparte.

Bajo esta premisa, se expidió el Documento Conpes 3714 de 2011, sobre el riesgo previsible en el marco de la contratación pública.⁵² En este instrumento, se establecen una serie de lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de “riesgo previsible” en el marco de la contratación pública. Cuyos objetivos corresponden, con el establecimiento de reglas claras frente a las alteraciones de la ecuación financiera del contrato, generar seguridad jurídica y sentar las bases para el fortalecimiento y la homogenización de la planeación contractual.

Parte de esos lineamientos corresponden con la búsqueda de la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual. Dicho en otras palabras, es necesario establecer la necesidad de que las entidades, complementado por los particulares, en virtud del principio de colaboración, hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos, para su correspondiente asignación. Por lo que, invocando la especialidad que se presenta en este escrito, una vez planeado, valorado y establecido, se pueda asignar contractualmente para conservar la ecuación financiera del contrato.

⁴⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia 27 de agosto de 2015, CP. Álvaro Namén Vargas. *Op. cit.*

⁵⁰ De conformidad con la Ley 489 de 1998 art. 38, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, tiene naturaleza jurídica, de Consejo Superior de la Administración de la Administración como un organismo propio del Sector Central de la Administración.

⁵¹ Decreto 423 de 2001. *Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 448 de 1998 y 185 de 1995.* Sección II. Artículo 16.

⁵² Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento Conpes 3714 del 01 de diciembre de 2011.

Finalmente, ya sobre la base de que el riesgo de corrupción es un riesgo previsible, se han propuesto mecanismos de carácter mediato e inmediato con el fin de asegurar esta calidad. Entre ellos, atendiendo al Conpes 3714, la necesidad del establecimiento de lineamientos de política pública sobre riesgos previsibles. Asimismo, ya de carácter más inmediato, la posibilidad de analizar de manera concreta los contratos en vez de replicar modelos establecidos sin importar si se ajustan o no a los propósitos contractuales.

Cabe destacar, que aún desde inicios del siglo XXI, la preocupación alrededor de establecer una adecuada política de manejo de riesgo contractual del Estado es manifiesta. Por tal razón, la expedición del Documento Conpes 3107, como del 3133 del año 2001⁵³ son instrumentos de planeación que acompañan el más reciente documento, y que, ante la existencia de varios mecanismos de política pública, es urgente la adopción de la misma, pues los efectos cada vez requieren mayor mitigación.

IV La tipificación, estimación y distribución del riesgo de corrupción en los contratos estatales

La correcta gestión del riesgo en los contratos públicos supone la necesidad de tipificar, valorar o estimar y asignar o distribuir el riesgo en cada uno de los proyectos contractuales requeridos. De esta manera, dado el caso de concretarse la infortunada situación riesgosa, las partes previamente han asumido una serie de cargas y obligaciones cuya consecuencia próxima es previsible. En este sentido el contenido del acto de configuración del riesgo cumple un papel relevante y necesario, para hacer del contrato el instrumento por excelencia para la materialización de las finalidades constitucionales.

1 Tipificación

La tipificación corresponde con el primer paso lógico en el proceso de configuración del riesgo. Consiste en la clasificación genérica del riesgo, tal como lo determina el Conpes 3107 de 2001⁵⁴, así como, la descripción de las diversas situaciones que tengan origen en la voluntad o actuar del hombre, o en hechos de la naturaleza, los cuales pueden llegar a constituir un riesgo en el contrato.

En ese sentido, es importante precisar, que “cada fase de la contratación tiene un conjunto de riesgos específicos a los cuales esta asociado y que puede/deben ser atendidos a través de un conjunto de buenas prácticas y de medidas

⁵³ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documentos Conpes 3107 del 3 de abril de 2001 y 3133 del 03 de septiembre de 2001.

⁵⁴ BENAVIDES, José Luis. *Op. cit.*, p. 468.

preventivas, que están en la base de la creación e implementación de un sistema de fiscalización y acompañamiento de los procedimientos de contratación pública”.⁵⁵

Lo importante en este paso, y más atendiendo al riesgo de corrupción, no es la apropiación de una clasificación genérica de riesgos aplicada a otros tipos contractuales sean o no sean de infraestructura, como infortunadamente ha sido tendencia. Lo ideal, sería desagregar cada una de las posibles conductas en las correspondientes etapas pre, durante y post contractuales, para establecer de manera específica los eventos sorpresivos o volitivos que encarezcan o dificulten las prestaciones o comprometan a rasgos generales la garantía del interés público.

De esta manera y a manera de ejemplo, las partes en la debida asignación de los riesgos no deberían hacer una consideración genérica y común a todo el contrato respecto del riesgo. En ese sentido, si se parte por analizar la etapa de valoración de necesidades, es posible que, en ella, se corra el riesgo de aprobar obras innecesarias o de baja calidad, favorecer una determinada empresa o individuo y, a veces, con un impacto social o ambiental negativo, etc.⁵⁶

De igual manera, si ya se está analizando la etapa de selección y adjudicación, es necesario verificar, siempre atendiendo al modo contractual, si el concurso tiene el formato para favorecer a un determinado licitante, o si los documentos contienen especificaciones técnicas imprecisas e indeterminadas, aún si se presenta un evento de colusión entre licitantes en perjuicio de la libre concurrencia o unas alteraciones a los elementos fundamentales de la propuesta. Así, de acuerdo con el evento en concreto, es necesario analizar el riesgo en las consecuentes etapas.⁵⁷

El análisis que permita la identificación específica de los riesgos, debe involucrar datos históricos, opiniones informadas y expertas y las necesidades de las partes involucradas. Asimismo, aplicar una metodología que comprenda el establecimiento de un contexto interno del contrato, pero también de uno procesal y uno de carácter externo. Con estas herramientas, se logra determinar características o aspectos esenciales que aunque estén o no relacionados con la proyección contractual, puede tener incidencia.⁵⁸

La tendencia práctica en la tipificación del riesgo de corrupción, corresponde con la inclusión del riesgo dentro del catálogo de riesgos comúnmente atribuibles al contrato estatal, bien sea estratégico, operativos, financieros, de cumplimiento,

⁵⁵ TRANSPARÊNCIA E INTEGRIDADE. Transparency Internacional Portugal. *Riscos de corrupção na Contratação Pública*. Lisboa. Link: https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/02/diptico_riscos_corrupcao-ilovepdf-compressed-1.pdf.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE COLOMBIA. *Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas*. Bogotá D.C: Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018, p. 17-19.

etc.⁵⁹ Asimismo, dicha inclusión corresponde con una consideración genérica, cuestión que no resulta afortunada, pues se sigue la misma línea de la abstracción del concepto de corrupción, sin consultar mecanismos que pueden facilitar su concreción.

2 Valoración o estimación del riesgo

“En los últimos años se han hecho numerosas investigaciones teóricas y empíricas que tratan objetivamente de las repercusiones económicas de la corrupción.”⁶⁰ Dentro de las conclusiones arrojadas, se encuentra que el soborno se ha generalizado, lo que ha llevado a un aumento de los costos de transacción y la incertidumbre en una economía.⁶¹ Por otro lado, “la corrupción erosiona la asignación eficiente del gasto público, fomenta la evasión fiscal, genera costos adicionales en el financiamiento de empresas y gobierno, y desalienta la inversión”.⁶²

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), “el costo real de la corrupción debe estimarse a partir de las pérdidas en la producción generada por la mala asignación de recursos, distorsiones de incentivos y otras ineficiencias”.⁶³ En la misma línea, el Fondo Monetario Internacional estima que el 2% del PIB Mundial se pierde en el pago de sobornos.⁶⁴

Si bien, el aspecto concreto de la valoración y estimación de cada una de las circunstancias que componen el riesgo de corrupción en los contratos estatales, corresponde con una apreciación matemática, económica y financiera, la cual se escapa de las consideraciones jurídicas del presente escrito. Es pertinente indicar, que para que un riesgo sea adecuadamente valorado, requiere una descripción específica del mismo.⁶⁵

Cuando se trata de corrupción, la valoración cuantitativa de cada uno de los componentes del riesgo puede resultar imprecisa. Sin embargo esto corresponde con una valoración apresurada del asunto, pues son los expertos en las temáticas los que abordan un real impacto del coste de la corrupción. En esto se sustenta

⁵⁹ Tal es el caso de los lineamientos de la Presidencia de la República de Colombia para la administración del riesgo, publicado en marzo de 2018.

⁶⁰ GRAY, Cheryl & KAUFMANN, Daniel. Corrupción y desarrollo. *En Finanzas & Desarrollo*. Marzo, 2018. Recuperado de: http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/gray_spanish.pdf.

⁶¹ *Ibidem*, p. 8.

⁶² BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO – BID. *Corrupción en América Latina: Que no nos corten las alas*. Abril, 2018. Noticia recuperada de: <https://blogs.iadb.org/administracion-publica/es/corruptcion-en-america-latina/>.

⁶³ *Idem*. OECD. The rationale for fighting corruption. *CleanGovBiz Integrity in practice*. 2014. Recuperado de: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>.

⁶⁴ BID. *Op. cit.* INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*. Mayo de 2016. Recuperado de: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>.

⁶⁵ BENAVIDES, José Luis. *Op. cit.*, p. 471.

la conclusión de la valoración o estimación del riesgo, en la necesidad de adecuar y tecnificar el proceso contractual a no solo un análisis jurídico, sino también, multidisciplinar, aún desde la óptica de las ciencias sociales, la antropología, sociología, etc.

3 La distribución o asignación del riesgo de corrupción

De acuerdo con el ya citado artículo 4 de la ley 1160 de 2007, la política de la distribución de los riesgos fue concebida por el legislador para ser aplicada a todos los contratos que celebren las entidades estatales. Sin embargo, tal como lo indica Verano Henao, “la realidad contractual ha evidenciado que las entidades carecen de habilidades técnicas, económicas y financieras para cumplir con este mandato legal, lo que ha generado una mala estructuración de los contratos”.⁶⁶

La presencia de esta anomalía es usual en la formación de nuestros contratos estatales y ha penetrado indebidamente en la ejecución de estos, trastornando el equilibrio contractual y malogrando su finalidad. Baste considerar el hecho de los graves desaciertos ocurridos en varias concesiones de infraestructura vial (...). Así las cosas, la identificación, evaluación y asignación de riesgos a las partes del contrato ha respondido más a una distribución meramente cualitativa, tomada tanto de la propuesta de la clasificación de riesgos, sus definiciones, y las recomendaciones hechas en el Documento Conpes 3714 del 01 de diciembre de 2011, como de los manuales y guías preparados por la agencia Colombia Compra Eficiente como ente rector de la contratación.⁶⁷

Con un marco general de política pública aplicado de manera indiscriminada, el asunto de la distribución o asignación de riesgos representa un reto para las partes a la hora de planear el contrato. La tendencia se sustenta en un principio básico de la asignación de riesgos, según el cual, “deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y /o ii). Por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo”.⁶⁸

Sobre ese criterio de asignación de los riesgos se han diseñado algunos instrumentos regulatorios. Por ejemplo, el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, dispone que estos esquemas deben contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los

⁶⁶ VERANO HENAO, Sandra Patricia. *Op. cit.*, p. 561.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 562.

⁶⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social. CONPES, Documento 3107 de 2001, p. 15.

mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.⁶⁹

A pesar de esta tendencia basada en principios, recogida por algunos instrumentos de política pública, se han desarrollado otros criterios para identificar la asignación de los riesgos. Por ejemplo, que se debe asignar según criterios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.⁷⁰ Asimismo, que la asignación de riesgos debe observar los principios de buena fe y conmutatividad que rige el contrato estatal, pues como lineamientos de la autonomía, determinan con rigor el alcance del comportamiento de las partes, lo que para efectos de asignación del riesgo de corrupción deviene fundamental.⁷¹

Benavides plantea una serie de dificultades alrededor de la asignación de los riesgos.⁷² En primera medida, el problema de distinción e interdependencia entre lo que es el riesgo mismo y el contenido de la obligación. Sobre este punto, es necesario precisar, que la corrupción como riesgo es un componente que lleva consigo una serie de obligaciones de orden constitucional y legal con un amplio contenido abstracto, pues en últimas, la mayoría de disposiciones que consagran la garantía de los derechos, pueden ser objeto directo de un acto corrupto. Razón por la cual, se eleva una carga o deber en cabeza de las partes en su ejercicio de negociación, de identificar las variables alrededor del componente del riesgo, y el que tenga mayor cercanía a alguna de ellas, asignarlo.

La justificación alrededor del riesgo, también plantea una dificultad. A lo largo de este escrito se ha abogado por la especificidad y concreción del ejercicio de la actuación administrativa en su potestad contractual. Sólo de ésta manera, se puede mitigar los interrogantes alrededor de la justificación del riesgo, logrando así, un mejor tratamiento del componente en cabeza de las partes.

Finalmente, en el ejercicio de asignación del riesgo de corrupción la consideración de la garantía de los derechos a través del ejercicio del interés general, debe ser el fundamento con base en el cual se distribuya. Es decir, las partes en su autonomía deben valorar que cierto componente puede generar un impacto sobre la sociedad en general o un grupo de población, así quien tenga los mecanismos para mitigar en mejor medida, debe hacerse cargo del mismo. La consensualidad que sobre esto reposa, puede generar discrepancia, sin embargo, es ahí en ese evento donde debe darse prevalencia a la discrecionalidad de la administración, no vista como parte, sino como garante de los fines del Estado.

⁶⁹ Ley 1508 de 2012, art. 4.

⁷⁰ SILVA GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, p. 21.

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-892 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁷² BENAVIDES, José Luis. *Op. cit.*, p. 472-473.

V Consideraciones finales

La concepción del riesgo de corrupción, tal como se desarrollo en el presente escrito, se ha entendido de una manera similar e imprecisa como la corrupción misma, por lo cual genera un espacio de incertidumbre entre las partes del contrato a la hora de articular una debida gestión del riesgo. Su definición usualmente tiene una relación implícita con las fallas en la planeación contractual del Estado y de los particulares por circunstancias previsibles. Sin embargo, ha sido limitado un estudio independiente sobre la corrupción como riesgo autónomo y no como un riesgo implícito en otras modalidades, tal como ha sido manifiesto.

Atendiendo a su previsibilidad, la preocupación alrededor de establecer una política adecuada para el manejo de riesgo contractual por parte del Estado es manifiesta. La expedición de múltiples instrumentos de política pública contribuye en gran medida a este propósito. Sin embargo, se deben implementar mecanismos de carácter inmediato, como la posibilidad de analizar de manera concreta los contratos, en vez de replicar modelos establecidos sin importar si se ajustan o no a los propósitos contractuales. De esta manera, la aplicación de la previsibilidad del riesgo se hace concreta en la contratación pública.

Desde la configuración del riesgo de corrupción, la tendencia práctica en su tipificación corresponde con la inclusión del riesgo dentro del catálogo de riesgos comúnmente atribuibles al contrato estatal, bien sea estratégico, operativos, financieros, de cumplimiento, etc. Asunto que resulta infortunado, pues se continúa en la misma línea de abstracción del concepto de corrupción, sin consultar mecanismos que pueden facilitar su concreción.

Con relación a la valoración y a la distribución o asignación del riesgo, la tecnificación y especialización de criterios decisivos en cabeza de las partes son una necesidad. Tanto la atribución de un valor pecuniario, como su correspondiente asignación, representan un reto que va más allá de diseñar una política pública sobre la gestión del riesgo, pues debe considerar otros elementos, como un análisis de impacto en el proceso de planeación.

Es manifiesto resaltar el interés y la iniciativa, no solo desde el plano administrativo, sino también judicial, para enfocar sus decisiones hacia la lucha contra el fenómeno de la corrupción. Por ejemplo, la jurisprudencia como manifestación de legislación negativa, recomienda que las entidades estatales materialicen los principios constitucionales y legales, adoptando, entre otras, medidas dentro de las cuales se destaque la relación directa que existe entre el riesgo de corrupción y los riesgos financiero, legal y reputacional. Sin embargo, se requiere una mayor atención y menos generalidad cuando de ejecutarla se trata.

Referencias

- AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015.
- BECERRA SALAZAR, Álvaro. *Los riesgos en la contratación estatal*. Bogotá D.C: Leyer, 2008, p. 14 y ss.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO – BID. *Corrupción en América Latina: Que no nos corten las alas*. Abril, 2018. Noticia recuperada de: <https://blogs.iadb.org/administracion-publica/es/corruptcion-en-america-latina/>.
- BENAVIDES, José Luis. Riesgos contractuales. En SANTOFIMIO, Jaime & BENAVIDES, José Luis (Comp.). *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 476-477.
- BECK, Ulrich. Retorno a la teoría de la <<sociedad del riesgo>>. *Boletín de la A. G. E. Madrid*, No. 30 – 2000, págs. 9-20. Recuperado de: <https://www.age-geografia.es/ojs/index.php/bage/article/viewFile/383/354>.
- BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017.
- CABARCAS GÓMEZ, Freddy M. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 24.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Comunicado de prensa No. 209*.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE COLOMBIA. *Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas*. Bogotá D.C: Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018, p. 17-19.
- DIARIO EL TIEMPO. *Saqueo de la corrupción equivale a casi un billón de pesos por semana*. Bogotá D.C, noticia del 26 de febrero de 2017, recuperada de: <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/precio-de-la-corrupcion-en-colombia-61749>.
- FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.
- GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.
- GRAY, Cheryl & KAUFMANN, Daniel. Corrupción y desarrollo. *En Finanzas & Desarrollo*. Marzo, 2018. Recuperado de: http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/gray_spanish.pdf.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 59-110, abril/junio, 2011.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*. No. 28, ene/jun 2015, Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*. Mayo de 2016. Recuperado de: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>.

M'CAUSLAND, María Cecilia. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 60.

MELLADO RUIZ, Lorenzo. *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 122.

MIER BARRIOS, Patricia. Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado. *Revista de Ingeniería – Universidad de los Andes*. No. 32, p. 95/107. 2010.

NEWMAN, Vivian & ÁNGEL, María Paula. *Sobre la corrupción en Colombia*: Marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política. Bogotá D.C: Dejusticia & Fedesarrollo, 2017.

OECD. The rationale for fighting corruption. *CleanGovBiz Integrity in practice*. 2014. Recuperado de: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./mar. 2016.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Lineamientos para la administración del riesgo*. 2018.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 25-44, out./dez. 2017.

RODRIGUEZ ZÁRATE, Alejandro. Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. *Vniversitas*, Bogotá D.C, No. 128, p. 285-314, ene./junio 2014.

SARMIENTO, Juan Pablo. La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Revista Derecho del Estado*. No. 37, pp. 189-211, jul./dic. 2016.

SILVA GARCÍA, Fernando. Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral. *Revista Mercatoria*. Vol. 6. N. 2, 2007, p. 18.

TANZI, Vito. *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures*. Washington D.C.: International Monetary Fund, 1998. Recuperado de: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9863.pdf>.

TRANSPARÊNCIA E INTEGRIDADE. Transparencia Internacional Portugal. *Riscos de corrupção na Contratação Pública*. Lisboa. Link: https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/02/diptico_riscos_corrupcao-ilovepdf-compressed-1.pdf.

URIBE, Saúl. *El riesgo y su incidencia en la Responsabilidad Civil y del Estado*. Medellín: Ediciones UNAULA, 2017.

VERANO HENAO, Sandra Patricia. La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio de equilibrio financiero. En RINCÓN CÓRDOBA, Jorge & MONTAÑA PLATA, Alberto (Ed.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 554-555.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-892 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1235 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de mayo de 2000, Rad. 11841, MP. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002, rad. 13744.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de enero de 2013, exp. 110131030262002-00358-01. MP. F. Giraldo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia 27 de agosto de 2015, CP. Álvaro Namén Vargas. Rad. 2264.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de mayo de 2017, CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad. 20999.

Legislación y documentos relevantes de política pública

Ley 153 de 1887. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.*

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

Ley 489 de 1998. *Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas (...).*

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

Ley 1508 de 2012. *Por la cual se establece el régimen jurídico de Asociaciones público-Privadas (...).*

Código Civil Federal Mexicano, art. 1816 y 1916 bis.

Decreto 410 de 1971. *Por el cual se expide el Código de Comercio.*

Decreto 734 del 13 de abril de 2012. *Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. (Derogado)*

Decreto 1474 de 2011. *Por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.*

Decreto 423 de 2001. *Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 448 de 1998 y 185 de 1995.*

Decreto 1082 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.*

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. *Documento Conpes 3107 del 3 de abril de 2001.*

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. *Documento Conpes 3133 del 03 de septiembre de 2001.*

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. *Documento Conpes 3714 del 01 de diciembre de 2011.*

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GALLO APONTE, William Iván. Una aproximación al “riesgo de corrupción” en los contratos públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 39-64, jan./mar. 2019.
