

Constitución de garantías a favor de contratistas por parte de las entidades contratantes en Colombia: un mecanismo diferente de gestión de riesgos

NICOLÁS ALMEYDA-OROZCO¹

RESUMEN

La evolución global exige que todas las materias se actualicen a la par de su avance, situación a la que no es ajena la contratación estatal. El presente artículo expone un mecanismo de gestión de riesgos distinto a los ya existentes y busca brindar soluciones actuales en el campo de la contratación pública colombiana. El estudio establece, en una primera parte, los conceptos base sobre los cuales se soporta la medida propuesta y en la que se desarrollan específicamente los conceptos de contrato completo, riesgo y gestión de riesgo, antes de presentar, en una segunda parte, la posición que en la práctica han adoptado las entidades estatales frente a estas nociones.

Palabras clave: contrato, contratación pública, garantía, contratista, riesgo, administración de riesgos.

1 Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Abogado en Expósito Abogados, Bogotá, Colombia. Correo-e: nicolas.almeyda@expositoabogados.com Fecha de recepción: 16 de diciembre de 2015. Fecha de modificación: 2 de mayo de 2016. Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2016. Para citar el artículo: Almeyda-Orozco, N. (2016). Constitución de garantías a favor de contratistas por parte de las entidades contratantes en Colombia: un mecanismo diferente de gestión de riesgos. *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 163-203. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n15.09>.

The Creation of Safeguards in Favor of Contractors by the Contracting Entities in Colombia: A Different Mechanism of Risk Management

ABSTRACT

Global evolution demands every field to be updated at the same speed as it happens, which does not exclude the subject of public procurement. This paper proposes a new mechanism of risk management, in order to provide responses to problems in the Colombian Public Procurement field. The study first presents and develops main concepts like risk management, complete contract and risk, before analyzing, in a second part, the position public entities have taken towards these notions.

Keywords: Contract Law, Public Procurement, Guarantee, Contractor, Risk Management, Risk.

INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

En nuestro país, en tratándose de relaciones jurídicas del Estado, especialmente en el ámbito contractual, a aquel se le otorgan ciertos privilegios en forma de prerrogativas sobre su cocontratante, lo cual se justifica por su interés en la búsqueda del beneficio general y en la continua y eficiente prestación de servicios públicos a los asociados. Esto lleva a que se presenten escenarios en los cuales es imposible mantener lo establecido en la teoría general de los contratos respecto de las cargas y obligaciones de las partes, como cuando se aplican las prerrogativas públicas o cláusulas exorbitantes (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad y reversión), que en ocasiones pueden llegar a generar responsabilidad del Estado por sus efectos para los contratistas, siempre que se constituyan en un daño antijurídico².

- 2 Vale la pena recordar que los criterios de imputación normativa en la responsabilidad contractual son dos: la buena fe y la reciprocidad en las prestaciones económicas. Al respecto MESA NIEVES afirma: "El principio de la buena fe, como principio general del derecho, consiste en nutrir del valor de la confianza en las relaciones jurídicas [...] En la actividad contractual el Estado tiene una posición prevalente, superior frente al contratista dadas las prerrogativas que la ley le otorga, y según las cuales, puede ejercer las llamadas cláusulas exorbitantes mediante las cuales una parte (Estado) ejerce derechos o impone obligaciones extrañas por su naturaleza a las que consentiría libremente y en plano de igualdad jurídica un particular si celebrase un contrato de acuerdo con las normas civiles o comerciales [...] Así, la buena fe como criterio de imputación normativa básicamente se constituye en una actitud explícita y permanente de la administración, y también por supuesto del contratista,

En este orden de ideas, son varios los problemas que podemos encontrar en el ámbito jurídico nacional en lo relativo a la contratación estatal derivados del hecho de que sea la Administración la que tenga una posición privilegiada en la ecuación contractual. Uno de ellos es una pseudo-irresponsabilidad del Estado³ frente al contratista, pues aquel no responde de inmediato por perjuicios ocasionados a este, sino que espera a que exista una decisión judicial en firme que lo obligue en ese sentido para hacerlo.

Adicionalmente, debido a que la declaración de responsabilidad de la entidad estatal contratante acontece bastantes años después de presentarse la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los contratistas continúan sufriendo perjuicios durante ese lapso y son ellos los que se ven afectados en su actividad comercial, sin dejar de lado el golpe económico que recibe la entidad una vez es condenada.

Esta mora judicial exacerbada⁴ no hace sino agravar la situación de ausencia de mecanismos estrictamente contractuales en la normatividad que ponen al Estado en una posición de obligarse a cumplir oportuna y correctamente, pues la decisión judicial en firme puede tardar más de diez años —existe un estudio según el cual tarda aproximadamente 13,5 años (AA.VV., 2004, pp. 116-117)—. Esta situación, desde el punto de vista económico, y con independencia de que dichas demandas sean ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante tribunales de arbitramento, supone unos costos de transacción⁵ demasiado

de fidelidad al vínculo contractual, por lo que objetivamente, es posible, determinar si la conducta estuvo adecuada a las normas éticas que rigen en un momento dado un grupo social. Sí [sic] de ese juicio de imputación se establece que la conducta estatal no se avino a esas reglas éticas surgirá la obligación para el Estado de indemnizar el menoscabo patrimonial ocasionado al contratista; dicha conducta se torna antijurídica". Y frente al otro criterio, esto es, el de reciprocidad de las prestaciones económicas, manifiesta que "las prestaciones que cada contratante se obliga a cumplir tienen su motivación en la prestación del otro extremo contractual. Pero ese cumplimiento mutuo debe darse dentro de lo que la doctrina ha denominado como equivalencia del contrato la cual ha de permanecer durante toda la vida del contrato estatal, al punto que su rompimiento es generador de responsabilidad para el Estado y eventualmente para el servidor público; aunque también lo puede ser para el contratista particular" (MESA, 2002, pp. 62-70).

3 Este concepto de irresponsabilidad del Estado ha sido heredado del Estado monárquico, pues en épocas anteriores era constante y generalizado el uso de expresiones como *The King can do no wrong* en Inglaterra o *Le Roi ne peut pas faire mal* en Francia, con lo que se hacía prácticamente imposible exigir responsabilidad del Estado, que en estos casos era el mismo rey. Ver MESA (2002, p. 30).

4 Esta posición no es generalizada, pues para la doctrina y la jurisprudencia dicho retraso es justificable teniendo en cuenta el inmenso volumen de trabajo que a diario arriba a los despachos judiciales. En este sentido ver Corte Constitucional. Sentencias C-337 de 1993, exp. D-296; C-569 de 1993, exp. D-331; C-416 de 1994, exp. D-527; C-072 de 1994, exp. D-383; C-078 de 1997, exp. D-1391; C-836 de 2001, exp. D-3374; T-502 de 2002, exp. D-554767; y Sala Plena. Auto 029 A de 16 de abril de 2002. La doctrina es citada profusamente en los anteriores pronunciamientos.

5 Una buena definición de lo que se denomina en el mundo del análisis económico del

altos que no siempre pueden ser asumidos por el contratista, lo que a veces se refleja en la poca participación del sector privado en la contratación pública.

Consideramos ideal, entonces, poder implementar correctivos desde fases anteriores a la configuración de la controversia en el marco de la ejecución del contrato y desde la etapa previa de planeación del mismo, para que exista un remedio contractual antes que judicial a la mayoría de conflictos⁶, pues así se habrá estructurado el modelo contractual o negocial de forma tal que los riesgos previsibles incorporados estratégicamente en el contrato sean debidamente gestionados.

En adición, se busca gestionar el riesgo que pende sobre la cabeza del Estado en lo relativo a las eventuales condenas por falencias en la planeación de sus contratos, que se convierte en un lastre considerable para las finanzas públicas⁷.

Ahora bien, como ya se anunció, lo normal es que ante la ausencia de remedios contractuales aplicables ante su ocurrencia, las situaciones de incumplimiento contractual deban ser puestas en conocimiento del juez del contrato, lo que irremediamente se traduce en dos resultados: (i) el sometimiento del contratista cumplido a un proceso judicial demasiado largo, lo que puede ocasionarle más perjuicios de los ya causados por la entidad con su actuación u omisión, y (ii) que la demora del proceso se traduzca en una condena contra el Estado que conlleva tanto la actualización del monto como el cálculo de intereses sobre la suma a pagar, lo que atenta directamente contra las finanzas públicas.

Es así como la desigualdad frente al sinalagma contractual se encuentra en que, mientras la Administración cuenta con ciertas prerrogativas que la ubican

derecho "costos de transacción" es la siguiente: "[Son] todos los costos necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma, es decir, no externa, de sus relaciones contractuales. Los costos de transacción serán los costos de saber con quién se va a contratar, de informar a las demás partes qué se quiere contratar, de conducir las negociaciones, delinear el contrato y exigir su cumplimiento" (BEJARANO, 1999, pp. 155-167, citado en PINZÓN, 2010, pp. 75-76).

6 En este sentido EXPÓSITO VÉLEZ ha afirmado: "esa indebida planeación del contrato puede generar conflictos de la mayor importancia entre la Administración y sus contratistas o proponentes. Es decir, que la mala planeación del contrato puede producir efectos dentro del procedimiento de selección de contratistas, porque por ejemplo, impida una adjudicación en legal forma o haga que el procedimiento deba concluir de manera irregular con anterioridad a la adopción de una decisión definitiva. A su vez, la inadecuada planeación del contrato, también puede dar lugar a que se presenten controversias en la ejecución del contrato, dando paso al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Administración o a la ruptura del equilibrio económico del contrato por situaciones como la mayor permanencia o sobrecostos en el objeto contractual" (EXPÓSITO, 2010, p. 51).

7 En entrevistas con diversos medios de comunicación, la directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado manifestó que en los años 2012-2014 la Nación fue condenada por tribunales de arbitramento a pagar \$54.000 millones. Ver [<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/demandas-contra-el-estado-colombiano/14707760>]. Recuperado el 26 de noviembre de 2014.

en una posición privilegiada en cuanto a herramientas se refiere para hacer posible el cumplimiento de su contraparte o reclamar perjuicios derivados del mismo, el contratista solamente cuenta con la posibilidad de forzar lo mismo de parte del Estado en sede judicial, lo que de entrada lo pone en posición de desigualdad.

Ahora bien, si el Estado debe velar por una contratación eficiente que permita que se cumplan sus fines de la mejor manera posible, consideramos que los modelos actuales deben ajustarse de forma tal que se entienda al contrato como una herramienta incorporada en una economía de mercado, y en ese sentido debe velarse por una equivalencia entre las cargas y las obligaciones asumidas por las partes contratantes, lo cual devendrá en una contratación más adecuada al mundo actual.

Aunque existen varias formas en que esto puede lograrse, dependiendo del punto del *iter* contractual en el que se centre la atención, la intención del presente trabajo es abogar por un cambio en la visión que se tiene frente a los conflictos generados durante la preparación y ejecución de los contratos, propendiendo a una cultura preventiva distinta a la que prima actualmente, consistente en encontrar mecanismos alternativos de solución de conflictos cuando estos se presenten, dado que nuestra realidad en este sentido, como podría decirse coloquialmente, es la de una cultura de apagar incendios, que no de prevenir su acaecimiento.

Es por todo lo anterior que propondremos un mecanismo que brinde una salida al contratista distinta a las que se manejan actualmente, de forma tal que pueda incentivarse a la Administración para que su actuación sea juiciosa y respetuosa de los principios de la contratación.

Demostraremos con este trabajo que el mecanismo aquí propuesto es una posible realidad sin necesidad de modificar la legislación actual, pues no existe prohibición alguna para que sea la entidad estatal quien preste una garantía, y de hecho existen ejemplos en que eso sucede. Por ello, y así se justificará, consideramos que la propuesta hecha en este documento es viable y no atenta contra norma vigente alguna.

Para lo anterior, el plan que se desarrollará consta de dos partes y unas conclusiones. En la primera parte se hará una breve explicación de ciertos conceptos que llamaremos "base" para entender la propuesta que aquí se formula. En la segunda se explicará la propuesta como tal y se hará un breve estudio de los problemas que consideramos podrían generarse, además de exponer nuestra solución a los mismos.

PARTE I: CONCEPTOS BASE

Como fue anunciado, es preciso definir algunos conceptos básicos con el fin de tener claro el panorama respecto de la propuesta formulada en el presente

artículo, lo cual se hará en esta primera parte. Los conceptos a definir son: (I) el contrato completo, (II) los riesgos y la forma en que se gestionan.

A. EL CONTRATO COMPLETO: UN IMPOSIBLE

Como se mencionó anteriormente, el concepto de contrato completo es de índole económica, y hace referencia a aquel en el cual las partes han determinado de antemano todas las posibles situaciones que pueden llegar a afectarlo y los remedios a las mismas. Se trata de un referente utópico, pues se torna imposible prever la totalidad de los factores que pueden llegar a influir en la ejecución de un contrato.

La *Gran Enciclopedia de Economía* lo define como:

... la expresión de un compromiso perfecto; un contrato en el que los derechos y deberes de cada parte contratante están claramente estipulados; un contrato en el que todo está previsto sin dejar ningún cabo suelto; un contrato redactado con tal claridad y precisión que no admite interpretaciones dispares; un contrato en el que NO caben los comportamientos ambiguos o provechados de ninguna de las partes; un contrato, en suma, en el que todo está bien atado⁸.

La doctrina especializada ha establecido que un contrato es completo cuando "es contingente, quiere decir, cuando las partes prevén todas las contingencias y las escriben en el contrato, cuando la información entre los agentes es simétrica, cuando es obligatorio legalmente y es posible su imposición por una corte, la información es verificable por los terceros, la ejecución es perfecta y no hay necesidad de dispositivos protectores contra oportunismo" (Gorbaneff, 2002, p. 4).

Las anteriores definiciones nos ubican en un mundo perfecto, cuya existencia es imposible. Es claro que ese ideal de contrato completo se ve afectado por una serie de situaciones que obedecen a la realidad, son del resorte del día a día contractual, y que pueden resumirse en las siguientes, de acuerdo con lo planteado por Fernando Gómez: (i) es imposible que las partes prevean todas las circunstancias que a futuro pueden llegar a afectar la ejecución del contrato; (ii) los costes de transacción pueden ser demasiado elevados para que se incluyan en el contrato ciertos remedios a situaciones previstas; (iii) incluso si se presenta una situación que se haya previsto y para la cual existe un remedio contractual, quien entra a decidir el resultado (juez) no siempre cuenta con la totalidad de la información para hacerlo de manera óptima (Gómez, 2007).

Atendiendo a lo anterior, en la búsqueda del acercamiento a un contrato completo se han establecido varios tipos de remedios contractuales. Los más

8 Ver [<http://www.economia48.com/spa/d/contratos-completos/contratos-completos.htm>]. Recuperado el 21 de julio de 2015.

comunes son la obligación de cumplir con lo pactado de manera forzosa, la indemnización de perjuicios ocasionados con el incumplimiento y/o la resolución del contrato, y el hecho de que los mismos se encuentran consagrados en los distintos cuerpos normativos que rigen las relaciones contractuales.

Por ello, es claro que un contrato completo contemplaría los remedios que paliarían cualquier dificultad que pudiese afectar el correcto y normal desarrollo de su ejecución, los cuales podrían adoptar cualquiera de las formas enumeradas con anterioridad.

Consideramos que un contrato completo no debe limitarse a incorporar exclusivamente remedios para situaciones previstas, sino que además ha de incluir mecanismos preventivos, cuya incorporación impediría el acaecimiento de las situaciones que de otra manera tendrían que remediarse.

Se trata de hacer una evaluación *ex ante* de ciertas situaciones y de gestionarlas de la mejor manera posible mediante una garantía; el costo de acceso al mecanismo de gestión del riesgo será el incentivo que conducirá a la entidad contratante a obrar de una manera más juiciosa durante la ejecución del contrato, y en lo posible se evitará con ello un derroche innecesario de los preciados recursos públicos, pues por un lado se tornará más eficiente la actividad contractual del Estado y por otro se ahorrará –en principio– la tarea de tener que acudir a un tercero que dirima las controversias entre las partes contratantes.

Es aquí que entra en juego la constitución de garantías a favor de ambas partes, pues ello brinda la seguridad de que su contraprestación será honrada sin mayores contratiempos. En este caso específico de la contratación estatal buscamos defender la constitución de garantías a favor del contratista (lo cual no se presenta en la actualidad), con el fin de dar más solidez al contrato estatal sin importar si se rige por normas de derecho público o privado, alejándonos así de la *contractual incompleteness* que ha identificado la Corte Constitucional⁹.

B. EL CONCEPTO DE RIESGO

Debe lograrse una definición clara de lo que se entenderá por *riesgo* en el presente escrito para poder pasar a explicar la forma en que se gestiona por medio de un contrato de seguro o alguna garantía. María Moliner lo define en su primera acepción como la “[p]osibilidad de que ocurra una desgracia o un contratiempo” (Moliner, 2007). Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española lo define en sus dos acepciones así: “1) Contingencia o proximidad de un daño; 2) Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro”¹⁰. Por último, el Decreto 1082 de 2015 establece

9 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012, exp. D-8699.

10 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22.ª ed. [Recuperado el 16 de abril de 2014]. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=riesgo>

en su artículo 2.2.1.1.1.3.1: "Riesgo es 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".

Optando por una comprensión del concepto más completa, también nos referimos a la definición que de riesgos hace un texto de microeconomía, según el cual estos consisten "en las situaciones en las que se pueden enumerar todos los resultados posibles y se conoce la probabilidad de que éstos se produzcan" (Pindyck y Rubinfeld, 2005, p. 150).

Las anteriores definiciones sirven para hacernos una idea de lo poco desarrollado que está el concepto técnico de riesgo, pues no existe homogeneidad en dicho sentido. Ahora bien, la referencia técnica con la que contamos es la norma técnica colombiana GTC 137 (Primera actualización), en la cual se define riesgo como el "[e]fecto de la incertidumbre sobre los objetivos".

Puede observarse que ni siquiera la norma técnica nos da una idea clara sobre lo que es el riesgo, específicamente con lo que queremos ejemplificar en el presente trabajo, que es la gestión –a través de un mecanismo distinto de los que ya conocemos– del riesgo de una demanda incoada por el contratista por incumplimiento contractual de la entidad, debido al no pago o pago incompleto por la ejecución de la labor para la cual este fue contratado.

Ahora bien, en el compendio de las normas sobre gestión de riesgo realizado por Icontec es posible encontrar unas notas que brindan luces para una mejor comprensión del concepto.

En dicho compendio encontramos que debe entenderse por *efecto* "una desviación de aquello que se espera, sea positivo, negativo o ambos", que los *objetivos* pueden tener diferente aspecto (como financieros, metas ambientales, etc.) y pueden aplicarse en niveles diferentes (en proyectos específicos, en toda una organización, etc.), y que con frecuencia "el riesgo se expresa en términos de una combinación de las consecuencias de un evento (incluyendo los cambios en las circunstancias) y en la posibilidad de que suceda" (Icontec, 2012, p. 57).

Con las anteriores precisiones podemos aventurarnos a conceptualizar que el riesgo, en el ámbito relacionado con el estudio que aquí se presenta, parte de la incertidumbre, pues cualquier actividad lo acarrea, y consiste en la eventualidad de que acontezca una situación que genera ciertos resultados, ya sean positivos o negativos, que puede gestionarse a través de mecanismos como el que aquí se propone.

C. ¿CÓMO SE GESTIONA EL RIESGO?

La gestión de riesgos surge de las nuevas tendencias de administración empresarial de las entidades públicas que buscan asimilar a estas a una organización regida por criterios de alta gerencia. Obedece a la constante búsqueda de optimización de recursos en la prestación de servicios públicos a los asociados o

ciudadanos, por lo cual se empiezan a gerenciar los primeros como lo suelen hacer las empresas, a pesar de estar sometidas a un régimen jurídico distinto.

Obedeciendo a este nuevo esquema "empresarial" de las entidades estatales, el cual se caracteriza por la organización y optimización de recursos, aparecen tareas o deberes como la gestión de riesgos, que se ha empleado en el sector privado desde hace tiempo, pero que se incorpora al mundo del derecho público por su gran utilidad. Así, pasamos a analizar paso a paso el proceso de la gestión del riesgo en el caso que nos ocupa.

1. Identificación o tipificación del riesgo

En primer lugar debe aclararse que antes de gestionar un riesgo este debe ser identificado o tipificado, posteriormente estimado o cuantificado, y por último asignado o adjudicado a alguna de las partes del contrato, de forma tal que la asunción de su gestión sea clara desde un principio. Una vez se adquiere el compromiso con la parte cocontratante de asumir ciertos *aleas* o riesgos se procede a gestionarlo de la mejor manera posible, so pena de incurrir en incumplimientos y situaciones afines que puedan presentarse durante la ejecución de cualquier contrato¹¹.

La identificación del riesgo consiste en determinar la posibilidad de ocurrencia de un evento que pueda impactar la ejecución del contrato (en este caso específico) variando el resultado esperado, y al cual se le asigna un valor. Los riesgos que comúnmente se identifican son los siguientes: comercial¹², de

11 En este sentido vale la pena hacer referencia a lo que dice el CONPES 3107 de 2001 al respecto: "Para esto, las entidades estatales deben, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quien tiene mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto. Adicionalmente, se debe evaluar qué parte está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada riesgo, y, con base en ello, definir su asignación teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y las condiciones del país en un determinado momento".

12 Se hace especial énfasis en el riesgo comercial pues la propuesta que se presenta con este trabajo tiene que ver directamente con aquel y no con otros riesgos, aclarando que se trata del riesgo de incumplimiento en el pago por parte de la entidad, lo cual no se tiene en cuenta generalmente en este tipo de estudios. Es interesante ver también la clasificación de riesgos que hace ESCOBAR GIL, la cual es un poco más sencilla, pues los divide únicamente en normales y anormales, siendo los primeros aquellos "inherentes al funcionamiento mismo de la empresa", y los últimos aquellos "absolutamente extraños al empresario". A los riesgos o áleas normales, que también llama empresariales, los divide en los que "corresponden al giro ordinario de la empresa y que debieron haber sido previstos por el contratista al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato", y en los constitutivos de caso fortuito, los cuales "se caracterizan porque tienen ocurrencia en la organización interna de la empresa o en el círculo propio del sujeto afectado, tales como los accidentes de trabajo". Por su parte, los riesgos externos se dividen en áleas administrativos, que son los "áleas

construcción, de operación, financiero, cambiario, fuerza mayor, adquisición de predios, ambiental, político.

El anterior ejercicio pone a disposición del estructurador del contrato una cantidad de información relativa a los riesgos a los que se podrán enfrentar quienes se vean envueltos en su ejecución.

No obstante, esta información por sí sola no es suficiente para determinar a quién se le debe adjudicar qué riesgo, razón por la cual debe continuarse el análisis mediante la estimación o cuantificación de los riesgos, para posteriormente proceder a su asignación dependiendo de los recursos y de la disposición que tenga cada una de las partes para ello.

2. Estimación o cuantificación del riesgo

Esta es la fase o etapa en la que se toma el conjunto de variables que se adquirió al hacer la tipificación de riesgos, y se determina, por un lado, la probabilidad de ocurrencia de los mismos, y por otro lado, las consecuencias de la materialización de esos riesgos frente al contrato.

Para poder hacer una correcta estimación de un riesgo es preciso determinar su previsibilidad o imprevisibilidad, pues se trata de poder clasificar sin lugar a equívocos en las categorías de "previsible" o "imprevisible" todas las situaciones que puedan tener efectos en el contrato.

Esta labor se realiza mediante una matriz de riesgos, la cual se construye teniendo en cuenta ciertos criterios, a saber: (i) la probabilidad de ocurrencia del riesgo, para cuya medición se tendrán en cuenta estadísticas elaboradas al efecto; (ii) el juicio de un buen hombre de negocios, en el entendido de aplicar dicha lógica a las distintas situaciones de riesgos para poder determinar un posible resultado, y (iii) la *lex artis* o buenas prácticas que se conocen y aplican en determinados campos de la ciencia relacionados con la contratación que se analiza.

3. Asignación del riesgo

Una vez ha sido identificado y estimado el riesgo que busca gestionarse, debe procederse a su asignación. Cabe preguntarse cómo debe hacerse dicha asignación y con base en qué criterios, pues es claro que para algunos actores de la contratación será más fácil asumir cierto tipo de riesgos que para otros. Un ejemplo de ello puede ser el riesgo relativo a la imposibilidad de adquisición de

normales y completamente ajenos al círculo propio del sujeto afectado o empresario que alteran la equivalencia económica del contrato", los áleas coyunturales, consistentes en fenómenos de orden social, económico o político imprevisibles al momento de celebrar el contrato, y los áleas naturales, que se identifican con los fenómenos de fuerza mayor. Ver ESCOBAR (2003, pp. 402-406).

los predios sobre los cuales se ejecutará una obra pública; en este caso, quien se encuentra en principio en una mejor posición de asumir el riesgo será la entidad estatal interesada en la obra, pues de no llegar a un acuerdo con los propietarios de los predios puede acudir a la figura de la expropiación, lo cual no podría hacer un contratista privado en las mismas circunstancias, ya que no cuenta con dicha facultad otorgada por la ley al Estado.

Es por ello que se han definido ciertas reglas para cumplir con la distribución y/o asignación de riesgos que manda la ley, reglas que encontramos en el documento CONPES 3107, contentivo de la "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en la Infraestructura", de la siguiente manera:

Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto [de] que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos.

Se tiene pues que la asignación de riesgos no debe ser caprichosa, porque lo que se busca con dicha actividad es establecer unas condiciones para las partes que permitan la ejecución más efectiva del contrato, otorgando las mejores posiciones a las partes para ello. En otras palabras, esta asignación de riesgos consiste en:

... estudiar todas las situaciones que dentro de lo previsible puedan afectar las metas propuestas para el cumplimiento de los objetivos trazados por la organización al impactar de manera directa y material las estrategias acogidas para su realización, de modo que lo que se busca con su gestión es, o bien atacar las causas de los eventos para que éstos no se produzcan o para reducir su factibilidad al mínimo necesario, o bien mermar en el máximo posible el costo de las consecuencias que se ha previsto que dicho evento puede generar, mediante la adopción de acciones materiales y la provisión de fondos, e inclusive la transferencia de los impactos a un tercero a un costo razonable, con el fin de que cualquier desvío en el camino trazado pueda ser corregido, o por lo menos tolerado, dentro de un margen previamente establecido (Safar, 2012).

Según lo anterior y la posición doctrinal autorizada¹³, lo ideal es que el riesgo sea asumido por quien cuente con las mejores herramientas o posibilidades de

13 "1. El riesgo se debe asignar a la parte que disponga de mejores instrumentos para evitar su materialización.

gestionarlo, esto es, de desplegar algún tipo de conducta para evitar su acaecimiento. Ello no significa que quien no es el más apto para la asunción del riesgo lo asuma, pues en efecto puede asumirlo, pero deberá entonces obtener una recompensa o incentivo que justifique ponerse a sí mismo en esa posición desfavorable (Becerra, 2008, pp. 63-64).

En la práctica, los criterios que se tienen en cuenta a la hora de asignar riesgos son tres: (i) el tipo de obligación u obligaciones contenidas en el contrato (de medio, de resultado, modal, riesgo y ventura, etc.); (ii) el tipo de contrato a celebrar (de aporte, a precio global, llave en mano, *open book*, asociación público-privada, etc.); y finalmente, el mandato legal según el cual no pueden recibirse ofertas indeterminadas, pues el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 es muy claro al establecer todo el contenido que debe tener el pliego de condiciones y que aplica también al contrato¹⁴.

"Conforme a esta regla, uno de los dos contratistas dispone de más información, de más elementos de juicio para evitar la presencia del evento. Así mismo el riesgo que se asigna podrá suceder en medio de su organización empresarial.

"2. Íntimamente ligada con la regla anterior, surge la siguiente: Los riesgos provenientes de la conducta propia, del querer o no hacer las cosas o hacerlas o no oportunamente, deben ser asignados a la parte que tendrá que determinar su voluntad hacia tales hechos.
"[...]

"3. El riesgo se debe asignar a la parte que disponga de mejores instrumentos para lograr su mitigación, así como la extensión de sus efectos físicos y temporales. Sin que ello implique que la otra parte, no deba realizar todas las actividades que estén a su alcance para lograr los mismos efectos.

"4. El riesgo se debe asignar según criterios de razonabilidad socialmente aceptables, que en su mayor parte terminan siendo también jurídicamente aceptables.
"[...]

"5. Es posible asignar riesgo bajo criterios contrarios al reseñado en el numeral anterior, pero se entiende que serán asumidos en la medida en que haya una recompensa adicional por su asunción...".

14 "5.º En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

"a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

"b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaraciones de desierto de la licitación.

"c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

"d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

"e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

"f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

"Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que

4. Gestión del riesgo

Por último, una vez se ha hecho la asignación de riesgos llega el momento de escoger la forma en que se va a gestionar cada uno de ellos. Ahora bien, para poder llegar a dicha escogencia es preciso adelantar un análisis sobre la posición de la persona (o entidad, en este caso) frente al riesgo, y posteriormente las medidas que pueden tomarse y que derivan tanto de dicha posición como de factores como la posibilidad de ocurrencia y sus consecuencias.

Lo primero que debemos entrar a considerar son las distintas posturas que pueden adoptarse frente a un riesgo determinado, o como las llama el análisis económico del derecho, la preferencia por el riesgo. Estas son básicamente tres: (i) amante del riesgo¹⁵; (ii) neutral ante el riesgo¹⁶ y (iii) adverso al riesgo¹⁷. Al adoptar una de estas tres posturas es posible entrar a estudiar qué mecanismos y/o vías pueden utilizarse para la gestión de los distintos riesgos.

La preferencia que se tenga frente a cierto tipo de riesgo determinará si se hace uso de un mecanismo para gestionarlo o no. Este análisis debe ir de la mano con las medidas que pueden tomarse para controlar los riesgos, las cuales se explican a continuación:

- Evitar el riesgo: se trata de suspender la actividad cuando la probabilidad de concreción del riesgo y la severidad de sus consecuencias son altas.
- Reducir el riesgo: este escenario se presenta cuando la posibilidad de ocurrencia del riesgo es alta pero su severidad es baja. En este caso se pueden utilizar mecanismos de prevención que afecten el grado de ocurrencia, o de protección para disminuir la severidad de las consecuencias.
- Aceptar el riesgo: si se llega a la conclusión estudiada y consciente de que tanto la frecuencia como la severidad son bajas, puede llegar a aceptarse de manera directa el riesgo.
- Retener el riesgo: consiste en asumir el riesgo pero buscar formas de mitigar el impacto. Puede darse a través de mecanismos como la creación de fondos, provisiones contables, líneas de crédito preestablecidas, etc.
- Transferir el riesgo: se trata de involucrar a un tercero en el manejo del riesgo, como podría hacerse mediante seguros y reaseguros. Así, gracias

contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

15 Es la persona que está dispuesta a arriesgarse incluso si los resultados le son desfavorables. Cuanto más amante del riesgo sea peores serán las apuestas que esté dispuesto a aceptar.

16 Es la persona que participa si las probabilidades son favorables, no participa si son desfavorables y se muestra indiferente si son justas.

17 Es la persona que puede estar no dispuesta a participar incluso cuando las apuestas le son favorables. Cuanto más adverso sea mejor tendrán que ir las cosas para estar dispuestos a jugar.

a un costo fijo o prima, se asume el riesgo pero es un tercero quien sufre la severidad de sus consecuencias en caso de realizarse.

Tenemos entonces que la determinación de utilizar un mecanismo para mitigar/gestionar el riesgo y sus características deviene del análisis de tres factores específicamente: la preferencia que se tiene frente al riesgo, la probabilidad de su ocurrencia y la severidad de sus efectos.

PARTE II: LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS A FAVOR DE CONTRATISTAS POR PARTE DE LAS ENTIDADES CONTRATANTES

A. POSICIÓN DE LAS ENTIDADES ESTATALES FRENTE AL RIESGO IDENTIFICADO EN ESTE TRABAJO

Teniendo en cuenta que la frecuencia con que los contratistas demandan al Estado es alta y que la severidad de las condenas es relativa, pues su monto varía (aunque en la mayoría de los casos hay condena del Estado)¹⁸, lo lógico es que las entidades estatales procuren evitar de cualquier modo la materialización o realización del riesgo, o busquen la transferencia del mismo a un tercero que pueda gestionarlo de mejor manera.

A continuación analizaremos la normatividad referida al riesgo y las políticas públicas trazadas por el Estado frente al riesgo ya identificado, con el fin de establecer si las mismas están bien direccionadas, y si sirven como fundamento a la figura que aquí se plantea como posible solución a la problemática antes esbozada.

El Decreto 1537 de 2001 es tal vez de las primeras normas que hacen referencia al riesgo entendido como aquí se ha hecho, aunque el enfoque que adopta frente al mismo tiene que ver estrictamente con el manejo interno de las entidades estatales y no con factores externos que inciden en procesos de contratación. En efecto, su artículo 4.º establece que las entidades públicas deberán establecer y aplicar políticas de administración del riesgo, por lo cual la identificación y análisis del mismo debe ser permanente.

18 Como dijera CORREA HENAO, con base en estudios de la Contraloría General de la República: "Para el período comprendido entre 1995 y 1997 [...] por todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho se pagaron treinta mil millones en 3.397 procesos, desagregados así: por acciones laborales se pagaron veintidós mil millones en 3.036 procesos y por las acciones diferentes a las laborales (por ejemplo multas) se pagaron ocho mil millones en 361 procesos. Por reparación directa se pagaron ciento veinte mil millones en 1.988 procesos, casi todas en el sector defensa. Y por acciones contractuales se pagaron setenta y ocho mil millones de pesos en 278 procesos" (CORREA, 2004, p. 23).

El Decreto 1599 de 2005, por su parte, norma mediante la cual se adoptó el Modelo Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano, incorpora un componente de administración del riesgo, según el cual debe plantearse un contexto estratégico del cual deriven la identificación, análisis y valoración del riesgo, con el fin de establecer políticas para administrarlo.

Estas dos normas se refieren únicamente a un riesgo de tipo operativo, pues se enfoca en los procesos internos de cada entidad y en cómo pueden llegar a verse afectados por cualquier situación. Esto es un claro ejemplo de una realidad que se puso de presente en apartes anteriores, y es que las políticas de gestión de riesgo del Estado no están del todo desarrolladas en nuestro ordenamiento jurídico (Safar, 2012).

Adentrándonos en la materia contractual pública propiamente dicha, la Ley 1150 de 2007 establece en su artículo 4.º la obligación para las entidades contratantes de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles derivados de la contratación. Dentro de estos riesgos, como ya se mencionó, se encuentra el del pago por la debida ejecución del objeto contractual.

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 también incluye algunas normas que hacen relación a los riesgos y la forma en que deben gestionarlos las entidades estatales. Encontramos normas como el numeral 6 del artículo 2.2.1.1.2.1.1, según el cual deberán incluirse en los estudios y documentos previos un análisis de riesgos y la forma de mitigarlos; y el numeral 8 del artículo 2.2.1.1.2.1.3, que establece la obligación de incluir en los pliegos de condiciones los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y su asignación entre las partes contratantes, además de las garantías exigidas en el proceso de contratación y sus condiciones.

Por último tenemos el Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el que se dictan los parámetros que deben seguir los partícipes de los procesos contractuales públicos, y que, sin ánimo de entrar en la discusión sobre su obligatoriedad, para efectos prácticos debe ser aplicado por las entidades estatales contratantes.

Aquí encontramos, en primer lugar, los aspectos que las entidades deben tener en cuenta para estructurar un sistema de administración de riesgos, dentro de los cuales se encuentran "los eventos que alteren la ejecución del contrato [y] la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación, y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio". Estos serían los aspectos que estarían relacionados con el remedio que aquí se ofrece.

También dice el Manual que un manejo adecuado del riesgo permite a las entidades contratantes mejorar la planeación de contingencias, incrementar el grado de confianza entre las partes y reducir la posibilidad de litigios, entre otros.

En cuanto al proceso de gestión del riesgo como tal, señala el Manual que (i) debe identificarse el contexto en el que participa la entidad contratante para identificar los riesgos propios, los comunes a sus procesos de contratación y los del proceso de contratación en particular, teniendo una serie de factores que allí se enuncian; después de establecer el contexto, (ii) es necesario identificar los riesgos e incluirlos en una matriz que se deberá elaborar para tal fin, dependiendo de su clase, fuente, etapa contractual en la que puede presentarse y tipo (en el caso del incumplimiento o morosidad en el pago se trata de un riesgo interno según su fuente, que se presenta en etapa de ejecución y de tipo financiero); luego (ii) se procede a evaluar y calificar los riesgos dándoles una puntuación en la matriz que viene determinada por la probabilidad de ocurrencia y el impacto que puede tener en el proceso contractual; posteriormente (iii) se hace la asignación del riesgo a la parte que mejor pueda administrarlo y se define el tratamiento que se le va a dar, dependiendo de la preferencia que se tenga frente al mismo, como se explicó con anterioridad (evitarlo, transferirlo, etc.); por último, (iv) se debe monitorear los riesgos, pues ellos no son estáticos y cualquier variación debe ser gestionada a la mayor brevedad posible.

Ahora bien, las normas antes referenciadas y el Manual de la Agencia Colombia Compra Eficiente no son más que el reflejo de una política de Estado que viene gestándose desde hace varios años. En el documento CONPES 3249 de 2003^[19], por ejemplo, se hicieron unas sugerencias para modificar la Ley 80 de 1993^[20] con el fin de mejorar el sistema de contratación pública nacional, específicamente en lo relativo a la eficiencia, con "una visión sobre cómo articular los diferentes elementos que confluyen en la formulación de una política pública para la contratación de las entidades buscando obtener dos objetivos primordiales: eficiencia en la utilización de los recursos públicos y transparencia para evitar la corrupción"²¹.

Como puede verse, a pesar de existir sugerencias útiles, no hubo alguna que en nuestra opinión reforzara el principio de planeación, pese a ser uno de los objetivos de dicho documento y de las políticas establecidas por el Gobierno en esa materia, con lo que podría pensarse que quedaron faltando materias por estudiar.

Sin embargo, al tratar las herramientas para la gerencia pública contractual sí se hizo referencia a la temática de los riesgos derivados de la contratación, y frente a ellos se manifestó que debería hacerse una ampliación de las modalidades de cobertura de los mismos para hacer uso de otros mecanismos de garantía previstos en la ley, cuando así lo aconsejaren las circunstancias de la contratación.

19 Documento CONPES 3249 de 2003, "Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial", que reemplazó integralmente el Documento CONPES 3186 de 2002.

20 Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 28 de octubre de 1993. *Diario Oficial* n.º 41.094 de 28 de octubre de 1993.

21 *Ibíd.*, p. 4.

Se hace evidente que, a pesar de ampliar el panorama frente a lo que tiene que ver con las modalidades de cobertura de los riesgos, aún la inmensa mayoría de ellos se encontraban –y aún hoy se encuentran– radicados en cabeza del contratista, lo que en últimas, como ya se dijo, desequilibra las cargas a asumir por cada uno de los sujetos contractuales.

Posteriormente fue expedido el documento CONPES 3714 de 1 de diciembre de 2011^[22], que trata sobre el riesgo previsible en el marco de la contratación pública. Este documento también trata la materia de riesgos para la contratación de las entidades estatales, y por tanto es el que fija las directrices a tener en cuenta para una correcta administración del riesgo previsible a la hora de contratar, por supuesto sin obviar las leyes vigentes en materia de contratación (Estatuto de Contratación Estatal) y sus decretos reglamentarios.

Según este documento, la intención del legislador con el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007 era incorporar en los pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos preVISIBLES involucrados en la contratación estatal “Como medida para el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual; [...] contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado; y lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las provisiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos...”²³.

Pese a lo anterior, varios años después de la expedición de la Ley 1150 se evidencia la necesidad de expedir un documento CONPES que trate exclusivamente del riesgo previsible y la administración del mismo por parte de las entidades públicas contratantes, razón por la cual puede asumirse que no fue muy afortunada la norma en cuanto al logro de la finalidad perseguida.

En este caso, esto es, el del riesgo por parte de las entidades de incumplir el pago de la prestación contratada y, por ende, el de un eventual proceso judicial en su contra por dicho motivo, podemos afirmar que la posición es de adversidad frente al mismo, pues las directrices y la normatividad ya mencionadas van en contra de su acaecimiento. Si aludimos a la frecuencia de ocurrencia de dicho riesgo podríamos aventurarnos a decir que en principio es baja, pues de otra manera se atendería contra los principios de la contratación pública constantemente; en cuanto a la severidad de las consecuencias por el mismo motivo, sin duda debemos afirmar que esta es alta, pues el resultado de la

22 Documento CONPES 3714 de 1 de diciembre de 2011, “Del riesgo previsible en el marco de la contratación pública”, p. 7. Existen documentos CONPES que tratan el tema de riesgos en materias específicas, como por ejemplo el 3107 de 2001 para las concesiones viales, el 3133 de 2001 que complementa al anterior al incluir el riesgo medioambiental, el 3413 de 2006 que trata de la política pública para inversión privada en carreteras, el 3760 de 2013 que trata sobre las concesiones de cuarta generación o “4G”, y el 3807 de 2014 en el que se hace referencia a las asociaciones público-privadas o APP’s.

23 Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 28 de octubre de 1993. *Diario Oficial* n.º 41.094 de 28 de octubre de 1993.

ocurrencia del riesgo es que se paralice la ejecución del contrato y por ende peligre la continua y eficiente prestación del servicio público.

Puede decirse entonces que, en tratándose del riesgo siempre latente de la mora o incumplimiento en el pago por parte de la entidad contratante, existe una posición de adversidad frente al mismo que llevaría a buscar mecanismos mediante los cuales pueda gestionarse eficientemente, sin necesidad de poner en peligro las finanzas públicas.

Ahora bien, el análisis no termina allí, pues hasta ahora se identificó el riesgo a gestionar y la posición de las entidades frente al mismo, por lo cual debemos pasar a determinar respecto de dicho riesgo cuál puede ser la mejor manera de controlarlo, así como a identificar el mecanismo idóneo para la gestión del mismo.

B. LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS COMO UNA FORMA DE MITIGAR LAS SITUACIONES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL RELATIVAS A LA MORA O AL NO PAGO AL CONTRATISTA

El Estado suele ser el sujeto pasivo en las demandas contractuales sometidas al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o tribunales de arbitraje, pues usualmente –como se expresó– son las entidades a través de sus funcionarios quienes cometen errores que dan lugar a ese tipo de procesos.

Por ello, a partir de 1991 la Administración ha intentado gestionar el riesgo asociado con la causación de daños antijurídicos a los particulares, procurando minimizar este tipo de acontecimientos, de forma tal que disminuya el número de demandas contra el Estado en sede de responsabilidad del mismo y se descongestionen los despachos judiciales, buscando con ello una administración de justicia más eficiente.

Así, han sido expedidos documentos como la Directiva Presidencial n.º 03 de 20 de marzo de 1997, mediante la cual se obligó a las entidades del orden nacional a la creación de comités de defensa judicial y conciliación, los cuales deben adoptar medidas tendientes a asegurar una defensa idónea de los intereses litigiosos de cada entidad y diseñar estrategias de prevención del daño antijurídico.

Una función de dichos comités que consideramos de la más alta importancia es la de “realizar estudios y evaluaciones periódicas de los procesos que cursan en su contra, con el fin de determinar las causas por las cuales la administración incurre en responsabilidad y en coordinación con las dependencias competentes, diseñarán estrategias de prevención, que apunten a disminuir en el mediano plazo el índice de condenas contra la Nación”.

Esta obligación de constituir comités de conciliación fue extendida a todas las entidades mediante el artículo 75 de la Ley 446 de 1998, el cual agregó un artículo adicional a la Ley 23 de 1991, y en el cual se dispuso:

Artículo 65B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen...

Quedó sentada así la obligación por parte de toda entidad estatal de contar con un órgano encargado de manejar situaciones relativas a sus litigios, entre ellas la generación de políticas de prevención del daño antijurídico, todo ello reglamentado en el Decreto 1214 de 2000 (arts. 5 ss.).

Pero ello no fue suficiente, así que el 27 de diciembre de 2002 fue proferida la Ley 790, "por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República", la cual en su artículo 15 (reglamentado por el Decreto 1795 de 23 de mayo de 2007) dispuso el fortalecimiento por parte del Gobierno Nacional de la Dirección de Defensa Jurídica de la Nación del Ministerio de Interior y de Justicia, incluyendo dentro de sus funciones la de la prevención del daño antijurídico.

Posteriormente, el 3 de febrero de 2003 fue proferido el Decreto 200, "Por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia, y se dictan otras disposiciones", en cuyo artículo 20^[24] se determinaron como funciones específicas de la Dirección de Defensa Jurídica de la Nación las de (i) contribuir al diseño de una política general de defensa judicial de la Nación, (ii) diseñar propuestas de prevención del daño antijurídico estatal y (iii) analizar de manera permanente las causas de mayor conflictividad litigiosa y proponer estrategias para resolverlas.

24 Subrogado por el artículo 23 del Decreto 4530 de 2008, en el que se confirmaron dichas funciones, a su vez derogado por el artículo 26 del Decreto Nacional 4085 de 2011, "Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado", en el cual dichas funciones quedan en cabeza de la Dirección de Políticas y Estrategia para la Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los siguientes términos:

"Artículo 18. *Funciones de la Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica.* Son funciones de la Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica:

"1. Proponer, implementar y hacer seguimiento a la política pública de prevención del daño, las conductas y los actos antijurídicos.

"2. Procesar las estadísticas y formular los indicadores de producto e impacto sobre la gestión de la Defensa Jurídica del Estado.

"[...]

"9. Elaborar documentos de análisis tendientes a definir la adopción de políticas de prevención del daño, conductas y actos antijurídicos, con el fin de proponer correctivos y/o reformas normativas.

"10. Realizar estudios, investigaciones y mapas de riesgos sobre las principales causas generadoras de litigiosidad en contra del Estado..."

Por último encontramos el Plan Nacional de Desarrollo para los años 2011-2014 (Ley 1450 de 16 de junio de 2011), en el que se destinan recursos para lograr la descongestión de la rama judicial mediante distintas estrategias que difieren de la que se plantea en el presente escrito.

Así, se evidencia que sigue consolidándose la política pública de prevención del daño antijurídico, y la búsqueda por parte de la Administración de mecanismos para depurar el inmenso volumen de procesos judiciales en su contra, sin que a la fecha exista una solución absoluta a dichos problemas. Teniendo en cuenta que el objetivo es encontrar mecanismos que permitan lograr aquellos resultados, consideramos que deben ofrecerse estudios desde distintos puntos de vista que nos permitan alcanzar ese fin.

Como se desprende del anterior recuento de intentos de la Administración por alejarse del daño antijurídico y de brindar celeridad y eficiencia en la administración de justicia, el enfoque siempre ha sido el mismo: generar políticas de prevención del daño antijurídico, y en el caso en que ello no sea posible, procurar un arreglo directo a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos antes de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consideramos que si partimos del hecho de que siempre existirá la posibilidad de realización del riesgo consistente en la generación de daños antijurídicos por los cuales la Administración se vea obligada a responder, lo que debe hacerse es, en vez de alejarse de la posibilidad de que el riesgo se materialice, procurar la mejor gestión del mismo, lo cual puede traer mejores resultados a las entidades en este aspecto.

Además, no deben olvidarse los mandatos contenidos en la Ley 80 de 1993 que tienen relación directa con el tema que se debate. En efecto, el artículo 40 de dicho cuerpo normativo, al referirse al contenido del contrato estatal, expresamente dispone que en el mismo podrán incluirse "las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración", lo que a todas luces se constituye en una norma supremamente permisiva y amplia, y para los efectos de la propuesta que aquí se presenta, muy conveniente.

Al anterior artículo se adiciona el derecho que tienen los contratistas de recibir oportunamente la remuneración pactada (num. 1 art. 5 Ley 80 de 1993) y el deber de las entidades estatales de actuar de forma tal que no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, para lo que se deberá acordar mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápidamente las situaciones litigiosas que pudieran llegar a presentarse (num. 9 art. 4.º Ley 80 de 1993).

Tampoco pueden olvidarse los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 CP, según el cual aquella deberá desarrollarse

respetando la economía, celeridad y eficacia, entre otros, principios que se ven reflejados desde la fase de planeación del contrato.

Aunado a lo anterior debe tenerse en cuenta que, al menos en los países influenciados por los ideales republicanos, existe una visión del Estado que siempre paga sus deudas (así tarde un poco en hacerlo), y de un Estado poderoso cuya actividad es constante y casi perfecta. No estamos acostumbrados a que falten los recursos necesarios para la manutención del Estado, razón por la cual nos encontramos con situaciones como la que se describía en la introducción de este texto, esto es, la de permitir ciertas actuaciones u omisiones de la Administración para después someterlas a consideración del juez contencioso administrativo, el cual eventualmente podrá condenar al Estado.

En otras palabras, se ha estado convencidos, o al menos así lo fue hasta hace algún tiempo, de que el Estado siempre responde económicamente por sus faltas, ya sea que deriven de relaciones contractuales o extracontractuales. Pero la evolución histórica de las naciones nos ha enseñado que no siempre la situación del Estado es boyante y, por el contrario, a menudo se deben enfrentar graves crisis económicas que obligan a replantear la percepción de que existen recursos públicos inagotables, lo que justifica la existencia de mecanismos como el que se propone.

C. MECANISMOS DE GESTIÓN DEL RIESGO QUE SE PROPONEN

Como se ha venido anunciando, con este trabajo se busca proponer mecanismos distintos a los que se han usado hasta ahora para gestionar el riesgo de cumplimiento parcial o incumplimiento en el pago por parte de la Administración a sus contratistas, mecanismos como el contrato de seguro y la constitución de otras garantías a favor de aquellos.

Antes de analizar cada uno de estos consideramos pertinente detenernos brevemente en el estudio de la naturaleza del contrato de seguro en materia de contratación estatal.

C.1. La póliza de seguro en contratación estatal

En materia de contratación estatal lo normal es que sea el contratista quien constituya garantías a favor del Estado o entidad contratante a través de pólizas de seguro. Si bien no es esta la única opción de garantía a la que puede acudir, sí es la más común.

Frente a esta figura debe hacerse una aclaración, y es que este tipo de póliza de seguro no funciona como una póliza común en el ámbito del derecho privado, pues no concurren los presupuestos de responsabilidad que allí se presentan normalmente. Para el derecho privado, la entidad aseguradora responde por el acaecimiento de un siniestro cobijado por una póliza, en virtud de un contrato celebrado con el tomador, en el cual están claramente estable-

cidos los escenarios en los que aquella debe responder. Esto implica que, en principio, no exista posibilidad de que la aseguradora repita contra el tomador por el pago que hizo, sino que lo asuma sin más.

Ahora bien, en el campo que nos ocupa, las pólizas de seguro tienen una mecánica distinta, pues la forma en que funcionan es una especie de subrogación en el pago, atendiendo a las posibilidades de la entidad aseguradora de cumplir con el mismo, en oposición al contratista que no siempre cuenta con los recursos necesarios para hacer un pago semejante, permitiéndosele a la primera repetir contra el tomador.

Es decir, se cambia la obligación de pago del contratista a un tercero con la capacidad económica para hacerlo, con el fin de que la entidad estatal no sufra daños patrimoniales en caso de que aquel no cuente con los recursos suficientes para cumplir, y además se pueda seguir garantizando la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, permitiendo que quien paga pueda recuperar ese dinero.

Es claro entonces que lo que se denomina póliza de seguro en contratación estatal goza de las características de una fianza, lo cual desnaturaliza en principio la figura del seguro en la materia.

A pesar de ello, vale la pena notar, como lo ha hecho la doctrina especializada, las similitudes entre ambas figuras, de manera que podamos vislumbrar si es posible encontrar un punto intermedio entre las dos que brinde soporte jurídico a la figura aquí planteada, o si por el contrario debe adoptarse una de las dos figuras y adaptar la propuesta a sus presupuestos jurídicos. Veamos:

1. Tanto el seguro como la fianza se inspiran en el propósito de proveer protección contra el eventual deterioro de un interés patrimonial legítimo, como consecuencia de un hecho futuro e incierto.
2. La protección que otorgan tanto el asegurador como el afianzador en el caso específico de la fianza mercantil, conlleva como contraprestación el pago de una "prima" o costo de la cobertura.
3. En suma y como se desprende de los puntos anteriores, en la fianza mercantil se reúnen en esencia los elementos fundamentales del contrato de seguro, esto es: debe existir un interés patrimonial "asegurable", un "riesgo asegurable", una "prima" o precio de la cobertura o protección y una obligación condicional del afianzador o garante.
4. Las fianzas otorgadas por compañías aseguradoras, al igual que las diversas modalidades de seguros, se comercializan a través de corredores y agencias de seguros quienes reciben una comisión a título de retribución por su labor.
5. El afianzamiento realizado a través de compañías de seguros cuenta con el beneficio de dispersión del riesgo e incremento de la capacidad de suscripción que provee el mecanismo del reafianzamiento o reaseguro de fianzas.

6. Finalmente, y sin pretender con ello haber hecho un análisis exhaustivo de las coincidencias entre el seguro y la fianza mercantil otorgada por compañías de seguros, es un hecho que en los procedimientos administrativos, contables, de análisis de resultados, etc., las autoridades de regulación y control dan a la fianza un tratamiento esencialmente idéntico al previsto para los contratos de seguros (Botero, 2012, p. 448).

Queda claro que las figuras de contrato de seguro y fianza tienen mucho en común, pero existe una diferencia que nos preocupa, debido a la forma en que se ha entendido el seguro en la contratación pública nacional, esto es, con la posibilidad que tiene el afianzador de repetir contra el afianzado.

La figura que aquí se propone no busca desnaturalizar en ningún sentido el seguro en los términos en que lo entiende y aplica la contratación estatal nacional, aunque el hecho de que la aseguradora pueda repetir contra la entidad pueda llegar a presentar bastantes problemas. No obstante ello, consideramos que la posibilidad que tiene la entidad de repetir contra los funcionarios o agentes cuya actuación u omisión haya ocasionado el acaecimiento del siniestro en los términos de la Ley 678 de 2001 podría llegar a salvar esta dificultad, tal y como lo exponemos en el siguiente capítulo al referirnos a los posibles problemas que pueden presentarse al hacer uso de la figura propuesta.

C.2. ¿Cómo se gestiona el riesgo a través del seguro?

La norma técnica referenciada en otros apartes de este escrito entiende la gestión del riesgo como las “[a]ctividades coordinadas para dirigir y controlar una organización con respecto al riesgo”, y al hacer referencia al proceso para la gestión del riesgo dispone que es la “[a]plicación sistemática de las políticas, los procedimientos y las prácticas de gestión a las actividades de comunicación, consulta, establecimiento del contexto, y de identificación, análisis, evaluación, tratamiento, monitoreo y revisión del riesgo” (Icontec, 2012).

Lo anterior implica que es ese el procedimiento que deben implementar las entidades públicas para gestionar sus riesgos, entendiendo que cada una de ellas tiene sus propias necesidades y por tanto dichos procedimientos pueden variar al interior de las mismas. Sin embargo la base es la misma, pues deriva de una norma técnica que es de aplicación general.

Para el caso que nos ocupa encontramos que existen normas y directivas presidenciales que ordenan a las entidades estatales gestionar específicamente el riesgo del acaecimiento de pleitos judiciales contra el Estado y de eventos en los que se vea comprometida la responsabilidad patrimonial de este. Tenemos entonces un riesgo identificado, con lo que el paso a seguir consiste en buscar la mejor forma de gestionarlo para después analizar si dicha solución fue lo suficientemente eficiente como para mantener su ejecución o cambiarla por cualquiera otra.

Con el seguro se busca gestionar un riesgo de incumplimiento en el pago trasladando a un tercero la carga de responder por una suma de dinero en caso de que el tomador, esto es, la entidad contratante, incurra en dicho incumplimiento. En palabras del Consejo de Estado, "En el seguro por cuenta de un tercero –artículos 1039 y 1040 *ibídem* [C.Co.]– al tomador incumbe el cumplimiento de la generalidad de las obligaciones contractuales y al tercero, que puede ser a su vez asegurado y beneficiario, corresponde el derecho a la prestación asegurada"²⁵.

Como ya se anunció con anterioridad, son varios los esfuerzos que han hecho las entidades para procurar una mejor gestión del riesgo ya identificado, aunque no hayan tenido mucha acogida. Por ello, consideramos que una posible solución es la constitución de garantías a favor de los contratistas por parte del Estado, y a continuación explicaremos por qué consideramos que es una forma efectiva de gestionar el riesgo al que ya se hizo referencia.

C.3. La constitución de otras garantías a favor de contratistas por parte del Estado

Las garantías son negocios jurídicos que sirven para dar mayor fuerza a las obligaciones, pues a través de ellos se vincula un bien o el patrimonio de un tercero al posible incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Así, en caso de acaecimiento o materialización del riesgo de incumplimiento del deudor, el acreedor podrá disponer de ese derecho que se le brinda sobre el bien o patrimonio ajeno para saldar su acreencia.

Es claro que no puede limitarse la constitución de garantías de manera exclusiva a las pólizas de seguro, pese a ser dicha figura la que goza de mayor popularidad entre las opciones que trae la ley. Lo lógico es que se cuente con varias opciones, de forma tal que quien vaya a constituir la garantía (en este caso la entidad estatal) opte por la que considere más conveniente, de conformidad con sus recursos y posibilidades.

Por este motivo, y ateniéndonos a lo manifestado con anterioridad frente al apego a figuras que no fuesen desconocidas para la contratación estatal, las otras garantías que se proponen, distintas al contrato de seguro, son las mismas que encontramos en el ordenamiento jurídico para que los contratistas las constituyan a favor de las entidades estatales (art. 2.2.1.2.3.1.2 Dcto. 1082 de 2015 y Manual de la Agencia Colombia Compra Eficiente). Ellas son: (i) la fiducia mercantil de garantía y (ii) las garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*²⁶.

25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 31 de julio de 1997, exp. 10.262.

26 Si tuviéramos la intención de incluir aún más clases de garantía podría pensarse en las demás que traía el Decreto 4828 de 2004 y que después incorporó el Decreto 734 de 2012,

La primera opción, esto es, la fiducia mercantil de garantía, sería un contrato celebrado por la entidad contratante como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, a fin de garantizar con ellos o con su producido la obligación de pago con el contratista beneficiario.

El segundo grupo consiste en compromisos irrevocables e incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero al acaecer la condición de no pago.

Aunque las anteriores garantías, incluyendo la póliza de seguro, serían válidas para solventar situaciones de pago incompleto, no pago o morosidad, pareciera que la más viable es el contrato de seguro, esto en virtud del desarrollo y mejoramiento que el mismo ha tenido a través de los años. Sin embargo, no debemos olvidar que estamos en un escenario en el que se encuentran intereses públicos y privados contrapuestos, razón por la cual es preciso estudiar a fondo los posibles problemas que podrían presentarse por este motivo, junto con las eventuales soluciones que consideramos plausibles para solventarlos, lo cual pasamos a hacer a continuación.

D. LA POSIBILIDAD DE INCLUIR LA FIGURA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LOS PROBLEMAS QUE ELLO PUEDA PRESENTAR

Como se explicó con anterioridad, haciendo referencia al marco normativo que cubre las materias de riesgos y garantías, no existe prohibición alguna en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la posibilidad de que una entidad estatal constituya una garantía o una póliza de seguro a favor de un contratista para cubrir situaciones de morosidad, incumplimiento en el pago o pago incompleto por la ejecución de un contrato.

De hecho, además de las normas que hacen referencia a la identificación y gestión de riesgos, lo que encontramos es un mandato legal que obliga a las entidades estatales a pagar oportunamente la remuneración pactada y a mantener el valor intrínseco de la misma durante la vigencia del contrato, pues es un derecho de los contratistas (num. 1 art. 5.º Ley 80 de 1993) y un deber de las entidades contratantes (num. 9 art. 4.º Ley 80 de 1993), además de una ventana amplia para incorporar "las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración" (art. 40 Ley 80 de 1993).

como el endoso en garantía de títulos valores, la cual no necesariamente requiere de la intervención directa de una entidad financiera.

Y como se dijo en un acápite anterior de este escrito, también se encuentran los fundamentos de responsabilidad contenidos en el artículo 90 CP y la Ley 678 de 2001 para el caso de los agentes del Estado.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en este caso es el Estado quien va a echar mano de la(s) herramienta(s) propuesta(s), deben tenerse en cuenta ciertas consideraciones que podrían ser problemáticas en algún momento:

– *Interés patrimonial*: en primer lugar, el interés patrimonial que se busca proteger es el del contratista, lo que nos lleva a una situación difícil, pues deberán existir erogaciones a cargo del Estado para ello; así, quedan contrapuestos los recursos públicos frente a las posibles garantías que pueden ofrecerse a un contratista cumplido. Se generan al respecto varios interrogantes: ¿la búsqueda del interés general es título suficiente para que el Estado opte por una opción como la que se ofrece? ¿La calidad de colaborador de la Administración es suficiente para ello?

La realización del interés general y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos se convierten en la finalidad de la contratación pública, por lo cual los cambios que se hagan a esta rama del derecho administrativo deben ir en pro de dicha finalidad. Es por ello que debe abogarse por unos mecanismos ágiles, amigables y garantistas que permitan a las entidades públicas alejarse de situaciones que puedan representarles costos mayores a los asumidos inicialmente en virtud de un contrato, y que además permitan incentivar la contratación con el Estado, en vez de convertirla en un procedimiento engorroso que solo unos pocos pueden soportar por el hecho de contar con el "músculo financiero" para ello.

Siendo el interés general la finalidad no solo de la contratación pública, sino del Estado mismo, consideramos que se constituye en el fundamento que brinda solidez a la propuesta que en este escrito se presenta. No debe olvidarse que el contratista únicamente actúa como colaborador de la Administración y no se subroga en las obligaciones que ella tiene con sus asociados²⁷.

27 En este sentido ver la sentencia del Consejo de Estado según la cual "La causa del contrato del Estado, esto es el motivo que da lugar a su celebración, es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado [...] los particulares contratistas concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual": Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 29 de agosto de 2012, exp. 20.615. También la doctrina resalta los atributos de esa calidad de colaborador del contratista: "La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos fines; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una sustitución del Estado por el Administrado para

Así, es el mismo interés general el que justifica que existan mecanismos de protección al patrimonio de los contratistas, pues de esa forma se garantiza que estos sigan contando con la capacidad económica necesaria para continuar con la ejecución del objeto contractual, que no es otra cosa que la delimitación de una necesidad de la entidad contratante, y por tanto una manifestación de las necesidades de los ciudadanos.

Aunado a lo anterior, no debe olvidarse que la Administración debe velar por que su gestión sea eficiente, y por ende debe dar el mejor uso posible a sus recursos, además de contar con la libertad para hacerlo según lo decida (por supuesto, salvaguardando siempre el patrimonio público y respetando el principio de legalidad), con lo que la adopción de un mecanismo como el que se propone podría derivar en ese tipo de escenarios.

– *Prima (para el caso de la póliza de seguro)*: al ser la entidad estatal la tomadora del seguro, es claro que los recursos con los cuales se pague la prima del seguro o se constituya alguna otra garantía serán de naturaleza pública. Ahora bien, ¿de dónde provendrían los recursos para dicho pago? Lo más lógico es que provengan del Fondo de Contingencias (Ley 448 de 1998), pues parte de esos recursos están destinados al pago de sentencias condenatorias; se propone una operación de desmonte gradual de la apropiación de recursos al pago de obligaciones contingentes, y destinar dichos recursos gradualmente al pago o constitución de las respectivas garantías.

Sobre el valor de la prima, podría decirse que se debería calcular con base en el monto total del contrato, pero cabe la posibilidad de que sea variable.

Podría plantearse, incluso, que a medida que se fuese ejecutando el contrato y la entidad fuese pagando, el valor de la prima fuese disminuyendo, pues es apenas lógico que, con la gradual ejecución del objeto contractual y el respectivo cumplimiento por parte de la entidad, la suma a asegurar disminuya cada vez más, y que incluso el eventual monto al que pueda ascender un perjuicio derivado de la mora o el impago también lo haga.

Ahora bien, es claro que el análisis económico dirigido a determinar el monto de la prima comprenderá una gran cantidad de variables que no serán analizadas en este documento pues, como se anunció, la presente es una propuesta desde el ámbito jurídico que eventualmente podrá ser desarrollada por múltiples disciplinas que convergen en el ámbito de las garantías en la contratación estatal.

– *Riesgo asegurable*: puede existir una gran cantidad de riesgos asegurables en la contratación pública, pero lo cierto es que el de mayor acaecimiento (in-

el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino de una mera colaboración del Administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones" (MARIENHOFF, 1983, p. 58).

fortunadamente) es el incumplimiento de las obligaciones contractuales, por cualquiera de las partes. Y el incumplimiento que más afecta los intereses del contratista es el de no pago o pago incompleto, lo cual, a pesar de ser un riesgo en cabeza de la entidad contratante, tiene un impacto sobre la finalidad misma de la contratación pública.

Si bien es cierto existen figuras jurídicas que aplican cuando la prestación del contratista deviene demasiado onerosa, es claro que las mismas no siempre resultan lo suficientemente expeditas como para impedir el impacto antes mencionado. Así, nos encontramos con paralización en obras y en la prestación de algunos servicios, derivada de fallas administrativas que no deben soportar los ciudadanos.

Por lo tanto, el riesgo que se busca asegurar o garantizar, como ya se ha expuesto, consiste en la posibilidad de mora o incumplimiento en el pago de las entidades contratantes a sus contratistas. Se limitaría únicamente a este escenario, de forma tal que para hacer efectiva la póliza o garantía simplemente tuviese que probarse una situación de no pago con obligación vencida.

El monto de cobertura sería, en principio, el valor total del contrato, pero iría disminuyendo a medida que el mismo se fuera ejecutando y se fuese pagando la cifra correspondiente al porcentaje de ejecución adelantado.

– *Dispersión de riesgo*: ¿cómo puede haber dispersión del riesgo si todas las entidades adquieren un seguro y no hay respeto por el principio de planeación?

La dispersión del riesgo es una de las razones por las cuales el contrato de seguro funciona como negocio, ya que si no se presentara este fenómeno no sería rentable la actividad aseguradora. En efecto, cuando existen múltiples tomadores de un seguro, lo más normal es que no todos se vean envueltos en un siniestro que obligue a la aseguradora a responder, sino que su número sea muy bajo. Por ende, la totalidad de las primas cubre, en la mayoría de los casos, el siniestro por el cual debe responder la aseguradora y exceden dicho monto, quedando así un margen de utilidad.

Partiendo del escenario en que todas las entidades estatales opten por implementar el mecanismo propuesto, la duda que surge en este punto es si podría darse dispersión del riesgo, teniendo en cuenta que aún existe un índice elevado de condenas a las mismas por situaciones como la que se busca prevenir.

Podría pensarse que, en principio, la dispersión del riesgo sería casi nula, pues las condenas a las entidades estatales sobrepasan con creces la cantidad de entidades existentes. No obstante, si con el paso del tiempo resulta que las entidades refuerzan sus procesos contractuales desde la fase de planeación, la consecuencia lógica es que el número de condenas se vea drásticamente reducido, y en ese caso podría vislumbrarse una dispersión creciente del riesgo que haría cada vez más interesante el aseguramiento de entidades estatales.

– *Riesgo o azar moral* (moral hazzard)

Por último, es preciso referirnos a lo que se ha denominado riesgo o azar moral, que consiste en la pérdida de cuidado del asegurado en el ejercicio de la actividad objeto del seguro, por el hecho de sentir tranquilidad al contar con un respaldo por parte de un tercero que responderá por él eventualmente. Entonces, consistiría en un relajamiento de las entidades, y en especial los funcionarios, frente a la planeación juiciosa del contrato, pues se sabrían respaldados por una garantía.

La doctrina calificada lo define como “la tendencia de una de las partes en un contrato a alterar su comportamiento presentando conductas que resultan costosas para la otra parte” (McConnell, 1997, p. 649, citado en Reyes, 2013, p. 108), o bien como:

[la] tendencia de un asegurado a relajar sus esfuerzos para prevenir la ocurrencia del riesgo contra el cual se ha asegurado, porque ha trasladado el riesgo a una compañía aseguradora, se conoce como “azar moral”. Esa tendencia vuelve al seguro más caro de lo que sería de otro modo, pero por sí misma no es una razón en contra del seguro porque el costo añadido podría ser menor que la desutilidad del riesgo para la persona que busca un seguro. Además, no todo aumento del riesgo después del contrato se debe al azar moral. El asegurado no tiene un control perfecto sobre las condiciones que podrían afectar ese riesgo (incluida la conducta de sus propios empleados) (Posner, 2007, p. 185).

Es cierto que siempre existirá la posibilidad del riesgo moral, pero también lo es que la Administración cuenta con la facultad de repetir contra los funcionarios cuya conducta la hayan hecho incurrir en algún tipo de responsabilidad. Por ello, consideramos que mediante la acción de repetición se puede poner una talanquera al acrecentamiento del azar moral.

– *El momento en que se hace efectiva la garantía*

De acuerdo con la lógica que opera actualmente en la contratación estatal nacional, la garantía se hace eficiente una vez se declara el siniestro o situación de hecho que la misma cobija. Para ello, la entidad estatal debe proferir un acto administrativo en el que se declare la ocurrencia del siniestro e iniciar la respectiva reclamación ante la aseguradora o entidad financiera; aunque esto último parezca sencillo, existen problemas en la interpretación jurisprudencial de las normas, pues algunas veces se confunde el acto con la reclamación, siendo que se trata de dos cosas totalmente distintas.

Un sector de la doctrina nacional, encabezado por Ordóñez Ordóñez, afirma que incluso es posible que se adelante un proceso ante un juez para que haga efectiva la póliza sin que medie un acto administrativo, pues en dicho proceso sencillamente se deberán probar los supuestos que dan lugar a que se haga efectiva la póliza. En sus propias palabras, “en este caso lo único que se opone teóricamente a esta alternativa, es una pura cuestión de forma y es que

alguien podría afirmar que puesto que el siniestro es el acto administrativo que lo declara, mientras no exista ese acto administrativo no se podría adelantar la acción. Una cuestión relativa a una mala comprensión del riesgo cubierto por la póliza" (Ordóñez, 2012, pp. 335-336).

En España, por ejemplo, y de acuerdo con el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la obligación de pago de la Administración se puede hacer efectiva una vez exista un acto de manifestación expresa de aquella, "un acto formal y positivo de recepción [...] [que puede ser] el acta de recepción o dejar constancia de la efectiva comprobación de cumplimiento del contrato" (Bello, 2014, p. 410). La Administración dispone del plazo de un mes contado a partir del día siguiente al de la entrega o realización del objeto contractual para verificar el adecuado cumplimiento antes de expedir dicho acto.

Ahora bien, debe tenerse presente que el artículo 7.º de la Ley 1150 regula de manera general lo relativo a las garantías constituidas a favor de las entidades contratantes y el procedimiento para hacerlas efectivas, lo cual podría aplicarse analógicamente al caso contrario, esto es, el escenario que aquí se presenta.

Para el caso colombiano simplemente se debería probar el cumplimiento del objeto contractual, o cierto hito del mismo, el debido agotamiento del procedimiento estipulado en el contrato para el cobro y el no pago de la entidad contratante dentro del término pactado, para proceder a hacer efectiva la garantía. Dicho procedimiento, o por lo menos el plazo de pago, debe estar incluido en los documentos de la fase precontractual, en atención a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

CONCLUSIONES

Puede concluirse que el tema de los riesgos debe reevaluarse en lo que al tema concreto de constitución de garantías se refiere, y el hecho de constituir las a favor de los contratistas podría eventualmente derivar en un ejercicio más juicioso de identificación y distribución de aquellos, lo que derivaría en la mitigación eficiente de los mismos y, por ende, en una mejor ejecución contractual, teniendo en cuenta, claro está, que se desarrolle en circunstancias de normalidad –o frente a riesgos previsibles–.

Se debe abogar por generar situaciones de igualdad contractual que actualmente no se dan. No se trata de que el Estado y su contratista ostenten posiciones iguales –pues es claro que en virtud del interés general y la eficiente y continua prestación de los servicios públicos aquel ostenta ciertas prerrogativas (que continuarán existiendo)–, sino de encontrar herramientas que permitan que en términos generales sea más equilibrada la relación, incluso si no se aplican a ella de manera directa.

Si bien en muchos casos se podría hablar de un traslado de responsabilidad del Estado a una aseguradora, y del posterior proceso que esta habrá de adelantar

contra aquel, posiblemente generando la misma congestión en los despachos judiciales, no debe olvidarse que la finalidad última de la contratación no debe ser determinar quién responde por los perjuicios que con su conducta hubiere podido ocasionar, sino de que los servicios públicos se presten, las obras se ejecuten y, en términos generales, el Estado funcione de manera adecuada.

Es claro que el panorama frente a los remedios contractuales es extenso, pues la reparación de daños siempre ha sido motivo de estudio por parte del derecho. No obstante, este debe evolucionar como lo ha hecho la sociedad, y en ese sentido adaptarse a una cultura predominante de prevención por sobre una de reparación. En los eventos en que se cause un daño se debe buscar la reparación integral del mismo, con los bemoles que tiene dicha figura, pero puede lograrse una posición más avanzada, consistente en evitar por todos los medios posibles el acaecimiento del daño.

Una cultura preventiva es, de lejos, preferible a una cuyas reglas sobre reparación están perfectamente definidas, pues en lo posible se evitan los daños de forma tal que no sea necesario llegar a una posición en la que deba hacerse reparación alguna.

Así, por más de que exista toda una teoría frente a la reparación, y que la misma siga evolucionando y desarrollándose, vale la pena incluir en el ordenamiento jurídico mecanismos preventivos que hagan posible el tráfico comercial constante sin contratiempos, para que se respete el principio de continuidad en la prestación de servicios por parte del Estado y este cumpla con sus finalidades; uno de estos mecanismos es la constitución de garantías frente a posibles incumplimientos, específicamente en lo que a pagos se refiere.

Por otra parte, no debe olvidarse que "la noción de contrato completo persigue el interés conjunto y no el de una de las partes" (Gómez, 2007), razón por la cual el hecho de que exista una carga "adicional", como podría ser la de la constitución de una garantía, no necesariamente implica que sea mejor no contratar. Es posible que se encuentre un punto intermedio entre la utilidad esperada por el contratista, que es lo que lo lleva a contratar, y la prestación del servicio público, que se constituye en la motivación de la entidad contratante. Ese punto de equilibrio puede darse con un menor valor del contrato (y por ende de la utilidad) por el hecho de constituirse una garantía, pero a la vez asegura dicha utilidad, pues habrá un constante flujo de pagos, y además se garantiza la ininterrumpida ejecución del contrato frente a situaciones de no pago.

Es claro que la constitución de garantías a favor del Estado forma parte de los costos del contratista, y los mismos se ven reflejados en el precio; de la misma manera, podría pensarse en un nivel de utilidad inferior, de forma tal que el Estado pueda garantizar un flujo constante de capital que los beneficia a ambos, o por qué no, que el costo sea asumido por el mismo contratista y que así se vea reflejado en el precio que oferta.

Por último, la propuesta aquí formulada podría tener una gran acogida por parte de los capitales privados que suelen ser esquivos a la contratación estatal, además de la banca multilateral²⁸, pues sus lineamientos velan por que se adopten herramientas y normas que mejoren la calidad y efectividad de aquella. Así, mediante la implementación de las garantías a favor de contratistas se puede fortalecer la seguridad jurídica de los inversionistas, lo que hará del país un destino atractivo para el inversor extranjero.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AA.VV. (2002). *Misión de Contratación: Hacia una Política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*, t. II. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- AA.VV. (2004). *Colección Reformas en la Rama Judicial. Propuestas para un orden diferente*, t. I. *Descongestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH.
- AA.VV. (2010). *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, t. VI. *Derecho Público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis.
- AA.VV. (2012). *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- AA.VV. (2014). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Thomson Reuters.
- BECERRA SALAZAR, ÁLVARO DAVID. (2008). *Los riesgos en la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. (2014). *Contratos públicos. Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, JAVIER. (2009). Significado del contrato en las distintas ramas del derecho. *Tratado de Contratos*, t. I. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch.

28 En efecto, la visión del Banco Mundial es que "el estímulo a la inversión privada es prioritario, por lo cual es esencial diseñar mecanismos jurídicos que aseguren la rentabilidad mínima de los proyectos y ofrezcan seguridades jurídicas a los inversionistas" (BENAVIDES, 2014, p. 53).

Constitución de garantías a favor de contratistas por parte de las entidades contratantes 195

BULLARD GONZÁLEZ, ALFREDO. (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.

CABRILLO, FRANCISCO et al. (2008). *Estrategias para un Gobierno eficaz*. Madrid: LID Editorial Empresarial.

CORREA HENAO, NÉSTOR RAÚL. (2004). Análisis económico de las demandas contra el Estado. *Revista de la Maestría en Derecho Económico. Universidad Javeriana* n.º 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

DE CUPIS, ADRIANO. (1996). *El daño*. Trad. de la 2.ª ed. y Estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch.

DÍEZ SASTRE, SILVIA. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.

ESCOBAR GIL, RODRIGO. (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. 2.ª reimpr. Bogotá: Legis.

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. (2003). *La responsabilidad contractual en la actividad contractual del Estado en IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL et al. (dirs.). (2014). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Thomson Reuters.

GORBANEFF, YURI. (2002). *Contratación pública en Colombia y la teoría económica*. Documento 205. Archivos de Economía. Bogotá: Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. (2007). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. (2012). *Compendio de Normas de Gestión del Riesgo*. Bogotá: Icontec.

LONG, MARCEAU et al. (2005). *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15.ª ed. Paris: Dalloz.

LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. (2004). *Comentarios al Contrato de Seguro*. 4.ª ed. Bogotá: Dupré Editores.

MARIENHOFF, MIGUEL S. (1983). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- M'CAUSLAND, MARÍA CECILIA. (2008). *Tipologías y reparación del daño no patrimonial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MESA NIEVES, LUIS EDUARDO. (2002). *La actividad contractual y la responsabilidad en la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- MOLINER, MARÍA. (2007). *Diccionario de uso del español*. 3.ª ed. Madrid: Gredos.
- MONATERI, PIER GIUSEPPE. (2004). *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano en Estudios sobre el contrato en general. Compilación*. LEYSSER L. LEÓN (comp.). 2.ª ed. Lima: ARA Editores.
- ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS E. (2012). *Estudios de seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. (1994). *Aspectos, manifestaciones y exigencias de la seguridad jurídica en derecho*. 2.ª ed. Barcelona: Ariel.
- PINDYCK, ROBERT S. et al. (2005) *Microeconomía*. 5.ª ed. Madrid: Pearson Educación.
- PINZÓN CAMARGO, MARIO A. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- POSNER, RICHARD A. et al. (2011). *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- POSNER, RICHARD A. (2007). *El Análisis Económico del Derecho*. 2.ª ed. en español. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22.ª ed. Madrid: Espasa Calpe.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. (2013). *Análisis Económico del Derecho Societario*. 2.ª ed. Bogotá: Legis.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO. (2007). *Derecho administrativo económico*. 4.ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, MÓNICA. (2008). *El derecho de garantías en Francia en Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA y CARLOS PIZARRO WILSON (coords.). Bogotá: Fundación Fernando Fueyo Laneri y Universidad del Rosario.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. (2012). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. 2.ª ed. Bogotá: Temis.

SAAVEDRA VELASCO, RENZO E. (2011). Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente. *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil* n.º 30, enero-marzo. Bogotá: Legis.

SAFAR DÍAZ, MÓNICA SOFÍA. (2010). *Análisis económico de la contratación estatal en X Jornadas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SAFAR DÍAZ, MÓNICA SOFÍA. (2012). Responsabilidad de las entidades territoriales en la gestión del riesgo como política pública. *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 7, enero-junio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III. *Contencioso administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO et al. (comps.). (2009). *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANTOS BALLESTEROS, JORGE. (2004). *Instituciones de Responsabilidad Civil*, t. II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons.

SHAVELL, STEVEN. (2007). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO et al. (2009). *El contrato en una economía de mercado*. 2.ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

VIANA CLEVES, MARÍA JOSÉ. (2007). *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VALBUENA HERNÁNDEZ, GABRIEL. (2008). *La defraudación de la confianza legítima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VERANO HENAO, SANDRA PATRICIA. (2012). *La gestión jurídica del riesgo en el contrato de concesión de obra pública*. Tesis de grado para optar al título de Doctora en Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-296.

Sentencia C-569 de 9 de diciembre de 1993. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-331.

Sentencia C-416 de 22 de septiembre de 1994. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-527.

Sentencia C-072 de 23 de febrero de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-383.

Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1111.

Sentencia C-078 de 20 de febrero de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1391.

Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Exp. D-3374.

Sentencia T-502 de 27 de junio de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. Exp. T-554767.

Sala Plena. Auto 029 A de 16 de abril de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. Exp. icc-348.

Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. D-8699.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 11 de diciembre de 1984. Exp. 4.070.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 31 de enero de 1985. Exp. 4.568.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 11 de julio de 1985. Exp. 2.341.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de agosto de 1985. Exp. 3.158.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 15 de agosto de 1985. Exp. 3.916.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de febrero de 1988. Exp. 4.254. C.P.: Julio César Uribe Acosta.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de junio de 1995. Exp. 7.326. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 1996. Exp. 9.869. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Constitución de garantías a favor de contratistas por parte de las entidades contratantes 199

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de julio de 1997. Exp. 10.262. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 1998. Exp. 10.439. C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

Sección Tercera. Sentencia de 15 de octubre de 1999. Exp. 10.929. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de diciembre de 2000. Exp. 12.024. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001. Exp. 12.037. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 24 de julio de 2003. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2003. Exp. 14.394. C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 2004. Exp. 14.043. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2004. Exp. 14.111. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2006. Exp. 22.920. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2007. Exp. 15.324. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de junio de 2008. Exp. 8.431. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008. Exp. 23.003. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de diciembre de 2008. Exp. 15.603. C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp. 16.103. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de abril de 2009. Exp. 36.476. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009. Exp. 14.389. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. C.P.: Enrique Gil Botero.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2011. Exp. 17.555. C.P.: Enrique Gil Botero.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de mayo de 2011. Exp. 19.835. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de febrero de 2012. Exp. 22.464. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de febrero de 2012. Exp. 16.371. C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2012. Exp. 20.615. C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 2013. Exp. 27.315. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de mayo de 2013. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 20 de mayo de 2013. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de junio de 2013. Exp. 24.809. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de octubre de 2013. Exp. 27.195. C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Exp. 2013-1919.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre de 1936.

Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo de 1938.

Laudos arbitrales

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, laudo de 7 de mayo de 2001, Concesionaria Vial de los Andes S.A. – Coviandes S.A. contra Instituto Nacional de Vías – Invías.

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, laudo de 11 de octubre de 2004, Ingeniería de Servicios, Montajes y Construcción de Oleoductos de Colombia S.A. – ISMOCOL S.A. contra Petrobras Colombia Limited.

Cámara de Comercio de Cartagena, Centro de Arbitraje y Conciliación, laudo de 4 de marzo de 2013, Consorcio Vial Isla Barú contra Distrito Cultural y Turístico de Cartagena.

Normas citadas

Congreso de la República de Colombia. Decreto Ley 222 de 1983, *“por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”*. Gaceta del Congreso n.º 75 de 23 de septiembre de 1992.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1150 de 16 de julio 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”*. Diario Oficial n.º 46.691 de 16 de julio de 2007.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Diario Oficial n.º 47.956 de 18 de enero de 2011.

Congreso de la República de Colombia. Ley 448 de 21 de julio de 1998, *“Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público”*. Diario Oficial n.º 43.345 de 23 de julio de 1998.

Congreso de la República de Colombia. Ley 472 de 5 de agosto de 1998, *“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”*. Diario Oficial n.º 43.357 de 6 de agosto de 1998.

Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*. Diario Oficial n.º 41.094 de 28 de octubre de 1993.

Constitución Política de Colombia.

Departamento Nacional de Planeación. Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, *“Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional”*. Diario Oficial n.º 49.523 de 26 de mayo de 2015.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 01 de 2 de enero de 1984 (Código Contencioso Administrativo). Diario Oficial n.º 36.439 de 10 de enero de 1984.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 019 de 10 de enero de 2012, *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*. Diario Oficial n.º 48.308 de 10 de enero de 2012.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 150 de 27 de enero de 1976, *“Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”*. Diario Oficial n.º 34.570 de 11 de junio de 1976 y Diario Oficial n.º 34.492 del 18 de febrero de 1976.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, *“Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”*. Diario Oficial n.º 48.854 de 17 de julio de 2013.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1537 de 26 de julio de 2001, *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 87 de 1993 en cuanto a elementos técnicos y administrativos que fortalezcan el sistema de control interno de las entidades y organismos del Estado”*.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1599 de 20 de mayo de 2005, *“Por el cual se adopta el Modelo Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano”*. Diario Oficial n.º 45.920 de 26 de mayo de 2005.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1670 de 1975, *“Por el cual, se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”*. Diario Oficial n.º 34.388 de 30 de abril de 1975.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 4085 de 1 de noviembre de 2011, *“Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”*. Diario Oficial n.º 48.240 de 1 de noviembre de 2011.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 4828 de 24 de diciembre de 2008, *“Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública”*. Diario Oficial n.º 47.213 de 24 de diciembre de 2008.

Documentos e informes consultados

Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo de 16 de septiembre de 2013.

- Constitución de garantías a favor de contratistas por parte de las entidades contratantes* 203
- Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Guía de Garantías en Procesos de Contratación de 15 de diciembre de 2014.
- Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación.
- Conferencia Internacional sobre Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. 8 de noviembre de 1996.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES n.º 3107 de 3 de abril de 2001, *“Política de Manejo de Riesgo Contractual para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”*.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES n.º 3186 de 31 de julio de 2002, *“Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”*.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES n.º 3249 de 20 de octubre de 2003, *“Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”*.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES n.º 3714 de 1 de diciembre de 2011, *“Del riesgo previsible en el marco de la contratación pública”*.
- Contraloría General de la República. Resolución n.º 1810 de 1957.
- GÓMEZ, FERNANDO. *Fundamentos del derecho de contratos en la empresa*. Material de apoyo para la materia en el Máster de Ciencias Jurídicas de la Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.
- Memorias del Proyecto “Fortalecimiento Institucional del Sistema de Gestión de Demandas Legales”. Ministerio del Interior y de Justicia – Banco Mundial. 2010.
- Pacto sobre Ética Pública y Privada en la Contratación Estatal de 14 de octubre de 2004, suscrito por representantes de los sectores público y privado, y los organismos de control.
- Presidencia de la República de Colombia. Directiva Presidencial n.º 10 de 20 de agosto de 2002.
- Presidencia de la República de Colombia. Directiva Presidencial n.º 12 de 1 de octubre de 2002.