

# Nota del editor

MARÍA ALEXANDRA ORTIZ CABRERA  
maria.ortiz@uexternado.edu.co

El Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia se complace en presentar a la comunidad académica una nueva edición de su *Revista Con-Texto*, en esta oportunidad con la contribución de autores nacionales que se han dado a la tarea de aplicar la metodología del Análisis Económico del Derecho en cada temática y que enriquecen las discusiones en torno a los diferentes temas.

Pasamos a realizar una breve reseña del contenido de este número para su mayor ilustración.

La apertura de este número está a cargo del autor Jorge Enrique Cely León, quien en su artículo *El deber de mitigar el daño a la integridad personal* analiza la tensión que existe entre la mitigación del daño y el principio de la inviolabilidad del cuerpo humano a través de una descripción general de la mitigación del daño en el escenario contractual y extracontractual. El estudio tiene como eje central el daño que afecta la integridad personal y el papel que juega la inviolabilidad del cuerpo humano en la mitigación de este daño en particular, bajo tres perspectivas: constitucional, civil y económica. Desde una perspectiva constitucional, encuentra que en el ordenamiento jurídico colombiano se arribaría a la primacía de la inviolabilidad del cuerpo humano; desde una perspectiva civil pasaría lo contrario, que la mitigación del daño a la integridad personal tiene plena aplicación, y, por último, desde una perspectiva económica, concluye que la mitigación del daño es el escenario más eficiente siempre que sus costos sean inferiores al perjuicio que pretende evitar.

En seguida, Alexys Villalba Mercado, ante el cuestionamiento que propone sobre si las garantías de cumplimiento usadas en contratos de obras públicas incentivan al cumplimiento y ayudan a reducir el riesgo moral de los contratistas, nos presenta su artículo *Riesgo moral en la Garantía de Cumplimiento colombiana*. Empieza su análisis caracterizando a las partes del contrato de obra pública, y establece que entre ellas existe un típico problema de principal-agente y de riesgo moral. Para revertir los efectos del

DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n53.02>

riesgo moral, señala que se puede recurrir al contrato de seguro; sin embargo, esta figura podría incrementar el problema del riesgo moral si no se adoptan mecanismos, como los deducibles. De otra parte, advierte que la garantía de cumplimiento exigida por el Estado colombiano prohíbe los deducibles e, incluso, cubre el dolo. Situación que genera que se desprendan costos adicionales para el Estado, como la adopción de medidas como la interventoría. En consecuencia, concluye la autora, desde las herramientas del Análisis Económico del Derecho, que se evidencia la necesidad de modificar el diseño de la póliza de seguro en contratos de obras públicas para que el contratista oriente su conducta a invertir en prevención de aquel riesgo moral y a minimizar el riesgo del incumplimiento contractual.

Continuando con los análisis que desde la perspectiva del Derecho y la Economía en materia contractual se suscitan, Nicolás Enrique Martínez Benavides nos presenta su estudio titulado *Análisis económico de la responsabilidad del Estado por construcción de obras públicas*. A lo largo de su artículo, analiza la responsabilidad estatal derivada de los daños ocasionados en la construcción de obras públicas a la luz de los criterios de Pareto y Kaldor Hicks. Para ello, define y puntualiza las diferencias entre los dos criterios de eficiencia mencionados, para aplicarlos después a la institución de la responsabilidad del Estado. Concluye que al imputar y declarar la responsabilidad de la entidad pública se genera una mejora en términos de Pareto, y que, para el caso en estudio, en el entendido de que la indemnización solo se logra después de años de litigio, de la mano del Teorema de Coase, el autor propone una reforma a la manera como las entidades públicas deben compensar los daños causados por construcción de obras públicas.

En cuarto lugar, en el escrito titulado *Los sesgos cognitivos en la función de control fiscal: la naturaleza humana, un aspecto a considerar*, Juan Camilo Rojas Arias evidencia que los comportamientos humanos están marcados por sesgos, y cómo estos pueden incidir en el control y la vigilancia fiscal. Denota la gran importancia del control fiscal, pero a su vez resalta que se debe tener en cuenta que, como postulado de la economía conductual, la racionalidad del ser humano no es infalible. Como los sesgos son propios del ser humano e influyen en la toma de decisiones, es apenas natural que estos se presenten en los funcionarios que desarrollan la gestión de vigilancia y control fiscal. Por eso, concluye el autor que alertar sobre el eventual sesgo de los juzgadores que adelantan la gestión fiscal tiene efectos positivos, porque permite que la gestión fiscal sea mucho más transparente y eficiente.

En quinto lugar, en el artículo titulado *Sobre la protección contra abusos entre empresarios. Las cláusulas abusivas y el abuso de posición de dependencia económica*, Santiago Andrés Contreras Delgado aborda el problema de los abusos entre empresarios. Su análisis evidencia en principio que las inequidades contractuales no solo se presentan en las relaciones contractuales entre empresarios y particulares, sino también en los contratos B2B, en los que tradicionalmente se ha entendido que las partes se encuentran en una posición de igualdad. Señalada esta realidad, procede a estudiar el caso colombiano, en el cual, para el objeto de estudio, no encuentra normas que protejan al contratante que se hallan en posición de dependencia económica. El referente más explícito en este tema, como

lo señala el autor, es una sentencia de la Corte Constitucional del año 1997. Adicionalmente y para concluir, en su análisis desarrolla el concepto de cláusula abusiva con la pretensión de superar su concepción como abuso de posición dominante y dar paso a una vulneración del principio de conmutatividad de los contratos, fenómeno que no solo se presenta en los contratos de consumo.

Finalmente, María Teresa Herazo Maya nos presenta su escrito *Costos de transacción del Acuerdo de Paz en Colombia. Una interpretación desde la Escuela Neoinstitucional y el Teorema de Coase*. Bajo el interrogante de ¿cuáles son los costos de transacción del Acuerdo Internacional de Paz en Colombia?, la autora plantea el carácter internacional del Acuerdo de Paz en Colombia a partir del estudio de los 52 años de historia del conflicto armado en nuestro país y por qué sus efectos no solo irradiaron el territorio nacional. En seguida, introduce dos conceptos de especial relevancia para la aplicación de la metodología del Análisis Económico del Derecho al objeto de estudio: el Teorema de Coase, alrededor del cual señala que uno de los costos de transacción más altos fue el de la negociación de los acuerdos; y la teoría de juegos, para indicar, entre otras cosas, que el juego utilizado en la negociación fue dinámico, de información completa y cooperativo. Es así como concluye que al ser el proceso de paz un mecanismo de resolución autocompositivo, las partes negociaron por sí mismas el resultado más eficiente.

Agradecemos a todos nuestros lectores por su fidelidad y destacamos los notables aportes de los autores en nuestra revista. Esperamos que la presente edición resulte de especial interés y consulta para la comunidad académica y público en general, pues buscamos incentivar el debate científico en temas sensibles para el país y que ameritan una revisión desde el Análisis Económico del Derecho.