

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

ESTUDIO DEL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

IDENTIFICACION DEL RIESGO EN LA ETAPA CONTRACTUAL

AUTORES:

LOZANO TRIANA HERNÁN

MANCERA VERGARA LUIS ALFREDO

BOGOTÁ DC.

2016

CONTENIDO

JUSTIFICACIÓN

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Área problemática

Problema.

Hipótesis.

Objetivos

General

Específicos.

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes analíticos de Investigación (RAI)

RAI 1

RAI 2

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RIESGO EN MATERIA CONTRACTUAL

ESTATAL

Teoría del riesgo

Teoría del riesgo en la ley 1150 de 2007

Teoría de la imprevisión

Contexto doctrinario del riesgo

Análisis dogmático del riesgo contractual en el código civil y en el código de comercio colombiano

El riesgo contractual en el código civil

El riesgo contractual en el código de comercio

ASPECTOS DE LA GARANTÍA ÚNICA, FRENTE A SU CUMPLIMIENTO EN CONTRATOS ESTATALES

Nuevo fortalecimiento para la entidad contratante es la distribución de los riesgos

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Conclusiones de la garantía estatal

Conclusiones en materia de riesgos en la contratación estatal

Propuesta

Propuesta de clasificación de esquemas de garantía según personalidad jurídica, composición de los recursos

ENFOQUE METODOLÓGICO

Presupuesto:

CRONOGRAMA

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

Fuentes jurisprudenciales

Fuentes legislativas (Colombia)

Sitios Web.

JUSTIFICACIÓN

La presente investigación dará a conocer los riesgos dentro de los procesos contractuales que están orientados al cumplimiento en la ejecución de los contratos cuando se manejen recursos públicos dentro del sistema de compra estatal, donde el tema de prevención e identificación de riesgos previsibles están dados con el fin de no presentar peligros en el desequilibrio económico.

Por eso, es importante dirigirlo a directivos, ordenadores del gasto, interventores y supervisores de los contratos, personal de las oficinas asesoras jurídicas, de contratación y funcionarios de los organismos de control.

Se trabajará la importancia de la planeación contractual como pilar del éxito con su énfasis en los métodos de selección, licitación pública y a su vez profundizando en las herramientas de adquisición de bienes y servicios incorporadas en la legislación colombiana y aplicada en la ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes.

De este modo, el propósito de esta investigación es:

- Concienciar los posibles oferentes dentro de un proceso contractual.
- Dar a conocer las consecuencias que se pueden ver avocados al no atender la audiencia de riesgos cuando no se acude a la misma.

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Área problemática

Proposición Interrogativa

¿Cómo minimizar los factores de riesgo que impiden la adjudicación del contrato sin que se llegue al detrimento económico?

Proposición Afirmativa

En la práctica se observa un panorama negativo por falta de planeación en la contratación estatal.

Proposición Dubitativa

Probablemente las características del riesgo que pueden surgir dentro del contrato tienen inmerso el término de incertidumbre dado que debe desarrollarse una planeación, identificación y clasificación del riesgo.

Problema.

En el proceso de planeación, identificación y clasificación contractual estatal, el factor riesgo lleva inmerso la incertidumbre, ocasionando detrimento económico tanto al Estado como al contratista.

Hipótesis.

El contrato estatal está regulado por la norma correspondiente desde la identificación, planeación y ejecución del mismo contrato. Es necesario analizar cuál es el alcance del riesgo y su minimización en el proceso contractual estatal respecto al detrimento económico tanto del Estado como del contratista.

Objetivos

General

Analizar cuál es el alcance del riesgo y su minimización en el proceso contractual estatal respecto al detrimento económico tanto del Estado como del contratista.

Específicos.

Analizar los fundamentos jurídicos del riesgo en materia contractual estatal.

Determinar el contexto doctrinario del riesgo.

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes analíticos de Investigación (RAI)

RAI 1

Tema: Régimen vigente de la garantía única en la contratación estatal en Colombia.

Autor: Jorge Eduardo Narváez Bonnet

Tipo de trabajo: Artículo científico.

Tomado de: RIS, Bogotá (Colombia), 40(23): 79-130, enero-junio de 2014

Problema

El seguro de cumplimiento en el ámbito de la contratación estatal no ha estado exento de dificultades para hacerlo efectivo y de esa manera cumpla la finalidad que le es propia; circunstancias a las que, en el pasado, contribuyó la falta de regulación legal, lo que generó vacíos, que después de una ardua tarea vino a colmar la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ante este escenario, el legislador patrio intervino para pretender consolidar un marco normativo, que se ha visto enriquecido por diversos reglamentos que, aunque no han estado exentos de crítica, han perseguido el fin loable de proteger el patrimonio público; sin embargo, la reglamentación ha sido modificada en el último quinquenio en tres oportunidades, lo que ha generado confusión sobre la trascendencia, utilidad y eficacia de esas modificaciones, la actividad estatal cotidiana.

Hipótesis:

La administración como guardiana de los fines del Estado y del interés general y con miras a preservar los fines propios de la contratación estatal (art. 3º, L. 80/93), es preciso que

cuenta con prerrogativas que le permitan velar por la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, de tal forma que el propósito ínsito en el respectivo contrato se alcance y ante el incumplimiento del contratista, estar investida de facultades que le permitan obtener el resarcimiento por el detrimento que tal conducta le cause; acto administrativo que, si bien se encuentra amparado por la presunción de legalidad, puede ser controvertido en la vía gubernativa o posteriormente, a través de la intervención jurisdiccional.

Objetivo:

Evaluar la nueva reglamentación de la denominada “Garantía Única” en la contratación estatal, claramente orientada hacia la efectividad en la protección de los intereses patrimoniales del Estado.

Enfoque metodológico:

En el contexto teórico del paradigma socio-crítico, se trata de un trabajo con enfoque socio-jurídico de tipo analítico-interpretativo, basado en consulta bibliográfica.

Fuentes consultadas:

Se consultaron 3 fuentes doctrinales, 2 sentencias de la Corte Constitucional, 20 sentencias del Consejo de Estado y normas sobre el tema del artículo.

Resumen

El presente resumen tiene como fin dar a conocer un análisis crítico de la reglamentación de Garantía Única en la contratación estatal orientada en la firmeza de proteger los intereses patrimoniales del Estado.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) ha tenido cambios importantes en los últimos dos (2) años. Con entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, el Gobierno Nacional pretendió unificar en un solo cuerpo toda la reglamentación del Estatuto General de Contratación,

Entrando en materia y conforme a lo establecido por la fuente de consulta de José Eduardo Narváez Bonnet, en lo relativo al Régimen Vigente de la Garantía Única, tema de investigación para el Presente RAI, a continuación se destacan algunos de los principios cambios o modificaciones introducidas que se señalan a continuación:

La Ley 80 de 1993, en cuanto a la Garantía Única de Cumplimiento en la contratación, ha realizado un estudio más objetivo, logrando mayor efectividad en su aplicación a pesar de no ser ampliamente conocida por los contratistas. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, retoma la figura de la Garantía Única, estableciendo mayor responsabilidad en la compañía de seguros derivada de los riesgos que puedan surgir en la relación contractual y que el contratista debe asumir de manera expresa como se señala en el artículo 4 de la Ley en comentario.

Estando en vigencia la Ley 1150 de 2007, se expide el Decreto 4828 de 2008, que regula el régimen de garantías en la contratación pública previniendo los posibles riesgos en que se ven avocadas las entidades públicas derivadas de la responsabilidad que pueden surgir por las omisiones de los contratistas. Posteriormente el Decreto antes citado fue complementado por otras normas como el Decreto 490 de 2009 que reformó el artículo 28 del decreto 4828, estableciendo la obligación para las aseguradoras de adecuar pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil a las nuevas reglamentaciones.

Acto seguido, se expide el Decreto 931 de 2009, que modifica el artículo 6 del Decreto 4828 incluyendo la cláusula de indemnidad, siendo esta la obligación que tiene el contratista de mantener libre de cualquier daño o perjuicio a la entidad. Posterior a ello, se expide el Decreto 2493 de 2009, que modifica el artículo 7 del Decreto 4828, regulando lo relativo a la suficiencia de la Garantía y la divisibilidad de la misma, así mismo, modifica el numeral 16 del artículo 16 del Decreto 4828 en el sentido de indicar que el deducible máximo será del 10% del valor de pérdida, sin superar los 2.000 SMMLV.

En ese orden de ideas y con la expedición del Decreto Reglamentario 734 de 2012, se adopta compromisos adquiridos por Colombia en el TLC suscrito con E.E.U.U. y modifica lo relativo a las garantías.

Así como hay modificaciones también hay excepciones que derriban los cumplimientos de las garantías, estas modificaciones derivadas del incumplimiento están dadas por:

- Manifestación del proponente ser Mypime, limitando la convocatoria a estos.

- Se suprimió la causa de afectación de la Garantía de la seriedad de la oferta por falta de pago de los derechos de publicación.
- Los riesgos derivados del incumplimiento de obligaciones, la Garantía de Salarios y Prestaciones Sociales no serían aplicables en contratos que se ejecutaran en su totalidad fuera del territorio.
- Así mismo, el Decreto 931 de 2009 en su artículo 1 regula sobre la cláusula de Indemnidad respecto de reclamaciones por terceros.

En cuanto a las excepciones se pueden indicar que:

- Dispuso el Decreto 4828 que cuando las etapas de operación excedan de 5 años , estas podrán dividirse en etapas contractuales de 1 a 5 años
- La Ley 1474 de 2011 artículo 85 estableció que los contratos de interventoría deberán tener una Garantía de Cumplimiento por el mismo término de estabilidad del contrato principal.
- La aprobación de la Garantía de Cumplimiento debe cumplirse mediante acta suscrita por la persona designada para el efecto y conforme a los amparos estipulados en el contrato.
- Efectividad de las Garantías: Audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) ante la caducidad aplicación de multas o incumplimiento del contrato.

Refiriéndose a las normas de cobertura del riesgo de la reglamentación contenida en el Decreto 1510 de 2013 están dadas por la garantía Bancaria donde son los bancos y las compañías de seguros los garantes de los riesgos, y son estos los que ofrecen confiabilidad a la entidad porque tienen solvencia e idoneidad para ejecutar el objeto contratado y el cumplimiento de sus obligaciones a través de contratos de seguro contenido en una póliza, patrimonio autónomo y garantía bancaria.

La extensión de la Garantía de Seriedad

Hace referencia a que los proponentes prestarán dicha Garantía por los ofrecimientos hechos a la Entidad estatal al momento de presentar la propuesta con el fin de evitar posibles riesgos en la prestación del servicio que se pretende contratar.

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, hace claridad al respecto y, deja al arbitrio de la entidad contratante que la póliza se puede hacer efectiva para garantizar la seriedad de los ofrecimientos si el contratista incumple su obligación de suscribir el contrato adjudicado. De

igual forma dice la norma que la póliza de la seriedad de la oferta sea exigible no solo al momento de prestar las ofertas sino cuando estas carecen de seriedad.

Así mismo, establece que las Uniones Temporales o Consorcios, la garantía, debe ser presentada por todos sus integrantes.

- La sanción se hace efectiva por incumplimiento cuando:
- No se suscribe el contrato sin justa causa.
- No amplía la vigencia de la Garantía Única cuando el contrato principal sea prorrogado.
- El retiro de la oferta después de vencido el término para la presentación de las propuestas.
- El Decreto 1510 de 2013, manifiesta que en caso de siniestro en la Garantía de Seriedad de la Oferta, la aseguradora debe responder por la totalidad del valor asegurado a título de sanción.

Así las cosas, la Garantía de seriedad de la propuesta se hace efectiva por el retiro de la oferta después de su presentación, al respecto se ha dicho que la oferta es por naturaleza irrevocable, acabando con la praxis que se venía tornando recurrente al ser retiradas afectando el respectivo proceso de selección. Este amparo debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la Garantía de Cumplimiento del contrato.

Los cubrimientos de la Garantía

Hacen relación a los distintos amparos en que se constituye la póliza en razón al cumplimiento de las obligaciones del contrato y son:

1. Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo: Ampara los perjuicios sufridos por la entidad estatal con ocasión de la apropiación indebida de los recursos entregados al contratista para la ejecución del contrato.
2. Así mismo el Decreto 1474 de 2011, establece que los contratos de obra, concesión a los que se realizan por Licitación Pública, se debe constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que estos se utilicen exclusivamente a la ejecución del contrato, salvo que el contrato sea de menor cuantía.
3. Pago Anticipado: Son los dineros entregados en su totalidad al contratista ante el incumplimiento, la aseguradora deberá devolver el 100%

4. Cumplimiento del Contrato: Cubre a la entidad de los perjuicios derivados del incumplimiento total o parcial de obligaciones del contrato. Comprende el pago del valor de multas y de clausula penal pecuniaria.
5. Salarios y Prestaciones Sociales e Indemnización Laboral: Ampara a la entidad de perjuicios por el incumplimiento de obligaciones laborales a que se obliga el contratista derivadas de la contratación de personal para la ejecución del contrato.
6. Estabilidad de la Obra: Es por daño o deterioro que se le ocasionan a la entidad por la mala calidad en la entrega de la obra y que sean imputables al contratista. La garantía debe ser por un término no inferior de 5 años contados a partir de la satisfacción de la obra.
7. Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados: Cubre a la entidad respecto de los perjuicios imputables por razón de la mala calidad o deficientes técnicas de los bienes y equipos suministrados.
8. Calidad del Servicio: Cubre a la entidad de los perjuicios imputables al contratista que surjan con posterioridad a la terminación del contrato por la deficiente prestación del servicio o productos entregados.
9. La Póliza de Responsabilidad Civil: La entidad debe exigir las en los contratos de obra por hechos, actuaciones u omisiones del contratista. Contempla daño emergente, lucro cesante, perjuicios extra patrimoniales, responsabilidad del contratista, amparo patronal y de vehículos propios y no propios. El deducible máximo permitido es del 10% de la pérdida con máximo de 200 SMMLV.

La Cláusula de Indemnidad que debe ir estipulada en el contrato no fue tenida en cuenta por el Decreto 1510/13, que es la obligación que tiene el contratista de mantener indemne y libre de cualquier daño o perjuicio a la entidad, por reclamaciones de terceros.

En La suficiencia de las Garantías se mantienen los parámetros establecidos en el Decreto 734 de 2012 y son:

- a) Seriedad del ofrecimiento: No podrá ser inferior al 10% del valor del monto de la propuesta o del presupuesto oficial estimado y su vigencia se extenderá hasta la aprobación de la garantía.
- b) Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en

especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

- c) Pago anticipado. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado, en dinero o en especie, y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.
- d) Cumplimiento. El valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al 10% del valor total del contrato. El contratista deberá otorgarla con una vigencia igual al plazo del contrato más el plazo contractual previsto para la liquidación.
- e) Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. El valor de esta garantía no podrá ser inferior al 5% del valor total del contrato y deberá extenderse por el plazo del contrato y 3 años más.
- f) Estabilidad y calidad de la obra. El valor de esta garantía se determinará de acuerdo con el objeto y el valor. Su vigencia se iniciará a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad y no será inferior a 5 años.
- g) Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados: El valor de estas garantías se determinará de acuerdo con el objeto y el valor contenido en el contrato. Su vigencia deberá cubrir por lo menos el lapso que establezca la legislación civil o comercial.
- h) Calidad del servicio. El valor y la vigencia de estas garantías se determinarán de acuerdo con el objeto y el valor contenido en el contrato.
- i) Responsabilidad extracontractual: Son atribuibles a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas, no podrá ser inferior 5% del valor del contrato, y en ningún caso inferior 200 SMLMV.

Establece la norma que las excepciones al otorgamiento de las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro, y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual se aplicarán las reglas previstas para la mínima cuantía.

La entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de cumplimiento para los contratos celebrados bajo la modalidad de contratación directa salvo que en el estudio previo se establezca el interés de exigirla atendiendo la naturaleza y cuantía del contrato.

La Excepción:

Para el otorgamiento de garantías, se observa claramente la no obligación de constituir las en los contratos interadministrativos. La constitución o no de garantías en los contratos interadministrativos dependerá del tipo de riesgos a los que se encuentre expuesta la ejecución del objeto del contrato y del cumplimiento de las obligaciones.

Haciendo relación al carácter de la Garantía alusión al decreto 4828 de 2008 en su artículo 9, el principio de divisibilidad de las garantías, se fundamenta en las siguientes reglas:

La indivisibilidad de la garantía constituye la regla general y la divisibilidad la excepción. Es decir para que sea viable jurídicamente dividir la garantía se deben cumplir dos condiciones:

I) Que el plazo del contrato exceda de cinco años y (ii) que por la estructura del negocio jurídico éste se ejecute por etapas.

Para la divisibilidad de la Garantía el Decreto 1510 de 2013, permite que en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años, estas puedan cubrir los riesgos de la etapa del contrato o del período contractual, por lo que la entidad estatal en los pliegos de condiciones, debe indicar las garantías que exige en cada una de las etapas del contrato, además indicando además el cálculo del valor asegurado.

La efectividad de la garantía de cumplimiento en el decreto 1510 de 2013 generan inquietudes por la forma en que la administración declara el incumplimiento de algunos contratistas cuando no tuviera finalidad por la caducidad del contrato.

Al hacer efectiva la cláusula penal, el Consejo de Estado, se estima la vigencia del Decreto 222 de 1983 el término del contrato donde se la administración tiene la facultad para declarar y evaluar si el cumplimiento por parte del contratista resultaba satisfactorio.

Dentro de esta garantía, los numerales 4º y 5º del artículo 68, hacen referencia al mérito ejecutivo de ciertos actos que amparan las garantías mediante un comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que lo declare. Respecto a los amparos, dicha entidad pública puede acudir a pronunciar un acto administrativo donde el contratista tiene la posibilidad de impugnarlos por la vía gubernativa y posteriormente, por la vía contenciosa.

El artículo 17 de la ley 1150 da a conocer que la administración puede imponer las multas que están pactadas en el contrato a través de un procedimiento que garantice el debido proceso con miras a hacer efectiva la cláusula penal pactada.

En la actualidad, el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, se da a conocer las siguientes hipótesis:

1. “Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.
2. *“Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros”.*

Para efectos de lograr la efectividad de las garantías bajo un contrato estatal, se debe tener en cuenta los siguientes parámetros:

- El contrato de seguro contenido en la garantía única la jurisprudencia como un contrato estatal y participa de la naturaleza jurídica al satisfacer el interés general de asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales.
- La declaratoria del siniestro hace efectiva la garantía única al surtirse a través de la expedición de un acto administrativo.
- De acuerdo al artículo 7° de la ley 1150 de 2007 en su inciso 4°, el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.
- Se funda en los numerales 4° y 5° del artículo 68 las garantías que presten los contratistas ante las entidades estatales, según el criterio del numeral 4° se refiere a las garantías contractuales, mientras que en el numeral 5° se trata de las demás garantías.
- Debe observarse el procedimiento consagrado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Que la entidad contratante tenga facultades para liquidar unilateralmente los perjuicios no es tarea fácil ya que el Consejo de Estado se ha planteado la inquietud si la entidad contratante puede liquidar los perjuicios que estima y que fueron ocasionados por el contratista donde se restringen al lucro cesante o respecto al saldo pendientes a cargo del contratista.

El artículo 129 del decreto 1510 de 2013 establece que el objeto de cada uno de los amparos debe corresponder a los artículos 115, 116 y 117 donde muestra las condiciones propias de la póliza de seguro de cumplimiento para amparar contratos estatales y que debe cubrir la garantía

de cumplimiento y la póliza de responsabilidad civil extracontractual donde son condiciones aplicables a la garantía única

Las exclusiones admisibles están señaladas de manera expresa y taxativa en el artículo 131, a saber:

- Causa extraña
- Caso fortuito.
- Daños causados
- El demérito normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado

A la garantía única le es inaplicable la **cláusula de proporcionalidad** ya que se pretende tener una finalidad similar donde estipula el valor asegurado que representa el importe máximo de los perjuicios a cargo de la aseguradora.

Es claro mencionar que sobre la cláusula de proporcionalidad, no existen antecedentes jurisprudenciales emanados del Consejo de Estado.

Según el documento de Jorge Eduardo Narvárez, dentro del artículo 15.5 del Decreto 4828 de 2008 se determina la garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas por falta de pago de la prima donde se preceptuó la inoponibilidad de excepciones, y donde las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, derivan las inexactitudes en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro.

Por naturaleza, son garantías a primer requerimiento el patrimonio autónomo y la garantía bancaria que se encuentran supeditados a la observancia de diversos requisitos, y donde se indica el procedimiento a surtirse en caso de hacerse exigible la garantía.

Lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, se puede afirmar que la fiducia en garantía son todo un negocio jurídico en virtud del cual una persona trasfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, en donde el lineamiento propio de patrimonio exige la transferencia de los bienes, a diferencia del encargo fiduciario en el cual no hay transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos.

Las garantías dadas a conocer anteriormente están dadas por **una reglamentación bancaria** mostrada (Decreto 1510 de 2013 en su artículo 146) que cubren las operaciones de los bancos a favor de sus clientes y que no implican un desembolso efectivo e inmediato de dinero

obteniendo una ventaja económica equivalente a la que hubiesen conseguido de haber recibido el dinero.

Esta reglamentación se compone de varias características:

1. Debe ser otorgadas por establecimiento de crédito.
2. Se debe otorgar para garantizar obligaciones exclusivamente de sus clientes.
3. La obligación pretende garantizar las autorizadas por el Decreto 1516 de 1998.
4. El establecimiento de crédito no puede comprometer la libre disposición de un activo en particular.

Por eso en la garantía bancaria se obliga junto con la entidad estatal a pagar el monto garantizado derivado del incumplimiento de las obligaciones que son ocasión de la propuesta del contrato.

Conclusiones

De acuerdo a la lectura de Narváez se puede definir que antes de la expedición del Decreto 1510 de 2013, teníamos una normatividad flexible en materia de Garantías y que al momento de su imposición, esta era controvertida en los estrados judiciales lo cual conllevaba en múltiples oportunidades a exonerar de responsabilidad al contratista.

Con la expedición de otras reglamentaciones y jurisprudencias relacionadas con el régimen de garantías se esperaban cambios que permitieran a las entidades estatales más confiabilidad al momento de realizar los procesos públicos.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se da un viraje distinto la aplicación de las garantías y se establece mayor responsabilidad a las compañías de seguros responsabilizándolas de los incumplimientos que puedan surgir en la relación contractual y que el contratista debe asumir de manera expresa.

De igual manera el Decreto antes citado estructura el régimen de garantías y establece como norma la fiducia mercantil, para que se administre el pago que se debe hacer cuando en el contrato se pacten anticipos, garantizando un mejor manejo de los recursos públicos.

Finalmente, podemos decir que ante el incumplimiento por parte del contratista del objeto contractual como de las obligaciones pactadas en el contrato, existen cláusulas que le permiten a la entidad resarcir el daño y llamar en garantía a la aseguradora para que tase los daños causados a la entidad contratante.

RAI 2

Tema Teoría de los riesgos previsibles en los contratos estatales de prestación de servicios profesionales.

Investigadora Dayan Yiseth Rengifo Flórez

Institución Colegio mayor de Nuestra Señora De Rosario facultad de jurisprudencia

Tipo de trabajo: Monografía para optar al título de magíster en Derecho Administrativo.

Año 2015

Problema planteado

Con el Decreto 0734 de 2013 existía la obligación legal de incluir en los estudios previos y en el proyecto de pliego de condiciones el soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato, obligación legal que continúa vigente con el Decreto Nacional 1510 de 2013 (análisis de riesgos previsible e imprevisibles), y es en este punto en donde nace el problema jurídico de la investigación resultando interesante, pues, discernir e investigar, si la norma que impone la obligación a las entidades públicas de tipificar, asignar y distribuir los riesgos previsibles para todos los contratos estatales es de recibo para el caso de la casual de contratación directa concerniente a la prestación de servicios profesionales, y en caso positivo, en qué casos resulta ser pertinente. ¿Puede ello requerirse en servicios en los que resulta casi imposible que terceros intervengan en el desarrollo intelectual que debe realizar el contratista? o ¿Esas eventuales intervenciones se puedan traducir en la afectación del equilibrio económico de las partes contratantes?

Hipótesis.

En la práctica, la obligación legal prevista pierde eficacia, dado que, en primer término, no existe una etapa definida legalmente en donde la Entidad y el oferente (futuro contratista) logren discutir los riesgos previsibles que se puedan presentar con ocasión de la actividad contractual, (debiendo la administración pública asumir esa labor de manera unilateral desde la elaboración de los estudios previos), y, en segundo lugar, como quiera que – como lo indica la praxis contractual observada, la tipificación, estimación y asignación del riesgo, no resulta pertinente ni mucho menos indispensable en este tipo de contratos (repetimos, los de prestación de servicios profesionales), en tanto que la actividad a desarrollar deviene netamente del contratista, de su capacidad y desarrollo intelectual y por la naturaleza misma del contrato.

Objetivos

Describir el marco general de la teoría de los riesgos y del equilibrio económico del contrato Estatal, especialmente a partir de la Ley 80 de 1993-

Destacar la finalidad de la teoría del equilibrio económico-financiero en los contratos además se abordaremos la teoría del riesgo previsible e imprevisible.

Fuentes bibliográficas

Se consultaron 50 referencias entre ellas, varias normas y jurisprudencia, además, 2 de Palacio Hincapié, Juan Ángel,

Metodología o enfoque metodológico

Fundamentada en el paradigma socio-crítico, es una investigación de enfoque socio-jurídico, de tipo descriptivo-analítico incluyendo trabajo de campo.

Desarrollo

- Marco general de la teoría de los riesgos en la contratación estatal
- Del riesgo previsible en la contratación estatal
- Contrato de prestación de servicios profesionales
- Determinación de los riesgos previsible en las modalidades de selección del contratista
- Fundamentos que desvirtúan la necesidad de contemplar la teoría de los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales

Marco general de la teoría de los riesgos en la contratación estatal

La Ley 1150 de 2007 trajo consigo, entre otras de sus innovaciones, la teoría de los riesgos previsible en los contratos estatales.

En los pliegos de condiciones o sus equivalentes se debe incluir la estimación, Tipificación, distribución y asignación de los riesgos previsible involucrados en el desarrollo del contrato.

Contempló que en los estudios o documentos previos que soportan la contratación, pueden afectar el equilibrio económico del contrato.

Es responsabilidad de la Entidad Pública contratante la verificación de los riesgos.

Nace con el Decreto 0734 de 2013 la obligación legal de incluir el análisis de los riesgos en los estudios previos y en el proyecto de pliego de condiciones.

Del riesgo previsible en la contratación estatal

La teoría del riesgo previsible en la contratación estatal surge con ocasión a la necesidad que tiene la administración pública en contar con las herramientas suficientes para poder mitigar los riesgos que se presenten durante la ejecución del contrato los cuales se deben identificar con antelación a la posible concurrencia de ello y por ende gestionarlos, controlarlos, administrarlos y mitigarlos todo amparado en los decretos reglamentarios que rigen los riesgos preVISIBLES en la contratación estatal. Además es una exigencia legal en materia de contratación pública.

Numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993

También cobra una notable importancia el objetivo de numerosas iniciativas legislativas que incluyen el concepto del riesgo ambiental

De los contratos de prestación de servicios profesionales

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, el contrato estatal, entendido como aquel negocio jurídico que se celebra en ejercicio de la autonomía de la voluntad entre las entidades del Estado y los particulares, el cual es generador de obligaciones, constituyéndose como el instrumento por medio del cual se cumplen los fines de la contratación pública y que garantiza por un lado, los derechos e intereses de los administrados y por otro, la utilidad que espera percibir el colaborador de la administración, tal y como lo reafirma el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007.

Se determina que los lineamientos en la contratación de prestación de servicios profesionales están regidos por. Constitución Política del Estado colombiano y normas orientadas al ordenamiento jurídico, como el Estatuto de Contratación Pública y demás normas contractuales, la Entidad Pública contratante adquiere bienes y servicios regida por los principios constitucionales

En tal sentido, los contratos celebrados bajo el régimen privado cumplen fines particulares y los contratos estatales satisfacen intereses colectivos los contratos estatales tienen un régimen especial, la contratación pública. y posteriores, por lo que comúnmente estas se agrupan en: Actividades precontractuales, deben estar acordes con los principios que rigen la contratación pública.

Determinación de los riesgos preVISIBLES en las modalidades de selección del contratista.

Se deben centrar sobre tres parámetros fundamentales.

1) La necesidad de que las entidades públicas hagan un adecuado ejercicio de Planeación y establecimiento de los riesgos previsible; 2) Que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado

Por los particulares (oferentes-contratistas) 3) Que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en la ejecución del contrato, sean asignadas contractualmente.

Los decretos reglamentarios de la **Ley 80 de 1993** y la **Ley 1150 de 2007** no han sido consecuentes con lo indicado en las leyes pues, en la actualidad sólo para una de las modalidades de selección del contratista resulta de obligatorio cumplimiento discutir los riesgos entre la entidad contratante y los oferentes

Licitación pública. La Licitación Pública es la regla general de selección del contratista, es la modalidad que contiene el mayor número de procedimientos en cuanto al desarrollo del principio de transparencia y publicidad.

En cuanto a la cualificación y cuantificación de los riesgos previsible estos deben ser contemplados desde los estudios previos y su materialización no deberá alterar el equilibrio financiero del contrato. Por lo anterior, los riesgos durante el proceso de selección a través de la Licitación Pública deben ser discutidos junto con los posibles proponentes en audiencia.

Que para la modalidad de licitación pública son obligatorias las audiencias de: (a) asignación de Riesgos, y (b) adjudicación. Así las cosas, en la audiencia se definen qué clase de riesgos son lo que deben ser Identificables y cuantificables

Resulta de obligatorio cumplimiento discutir entre la entidad pública contratante y los posibles oferentes (probablemente incluido el futuro contratista).

Los riesgos previsible del contrato en la audiencia pública, los que serán publicados en el pliego de condiciones definitivo del proceso de selección y en acta que para ello se levanta. Lo que garantiza el desarrollo de los principios de transparencia y publicidad porque permite de manera obligatoria la participación conjunta de las partes en cuanto a la asignación de los riesgos del contrato a celebrarse.

Selección Abreviada y Concurso de Méritos.

Para las dos modalidades de selección se debía indicar en los estudios previos y en el proyecto de pliego de condiciones la probabilidad de impacto de manera cuantitativa y cualitativa de los riesgos previsible y la parte contractual que deberá controlarlos; como consecuencia de lo

anterior, los posibles oferentes conocían antes de concluir el proceso de selección la forma en que la entidad pública contratante los ha tipificado, valorado y asignado.

Contratación Directa y Mínima Cuantía.

Estas dos modalidades de selección son casos particulares en cuanto a la determinación y asignación de los riesgos previsibles pues, como primera medida se destaca que la norma señala que para ambas no se requiere de la elaboración y publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP del proyecto de pliego de condiciones y de los pliegos de condiciones definitivos, puesto que no se requieren; en tal sentido, en la modalidad de selección de Contratación Directa se omite este documento porque materialmente la convocatoria de oferentes es limitada y por su parte, para la modalidad de selección a través de la Mínima Cuantía.

La entidad estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente:

1. La descripción detallada de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del clasificador de Bienes y Servicios.
3. Las condiciones técnicas exigidas.
4. El valor estimado del contrato y su justificación.
5. El plazo de ejecución del contrato.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la Contratación.”

Fundamentos que desvirtúan la necesidad de contemplar la teoría de los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales.

Por la naturaleza jurídica del contrato de prestación de Servicios profesionales

El contrato de prestación de servicios profesionales tiene el rasgo de ser una obligación de hacer, de carácter transitorio e independiente, que se materializa en los actos realizados por el contratista en razón a su formación profesional y/o experiencia acreditada.

Las obligaciones a desarrollar por parte de la persona natural se agotan conforme a la labor que realice el contratista, esto es, del desarrollo netamente de carácter intelectual que ejecute debido a su idoneidad y experiencia. En palabras diferentes, significa que extrañamente acontecerán circunstancias ajenas a las partes en donde se pueda ver involucrada la normal

ejecución de la prestación del servicio profesional o el desequilibrio económico del contrato (Decreto 1510 de 2013 art 81).

Por la teoría del riesgo previsible

Lo anterior nos lleva a concluir que el riesgo previsible no puede ser confundido con los incumplimientos del contrato, los que son respaldados por los mecanismos de cobertura del riesgo, tales como las garantías –pólizas- o sanciones pecuniarias -multas-; o por la teoría de la imprevisión, la que asume la Entidad contratante. Luego entonces, por la particularidad en cómo se desarrolla el contrato de prestación de servicios profesionales-se repite desarrollo intelectual que realiza exclusivamente el contratista-, no se evidencia fácilmente una ocurrencia de riesgo previsible que pueda ser cuantificado y cualificado antes de dar inicio a la relación contractual.

Por la evolución del ordenamiento jurídico positivo

En resumidas cuentas, la misma legislación ha venido cediendo en cuanto a la manera de establecer la obligatoriedad por parte de las entidades contratantes de estimar, tipificar y asignar los riesgos preVISIBLES de los contratos estatales, tan es así que el Decreto 0734 de 2012 instituyó que la discusión de los riesgos para las modalidades diferente a la licitación pública son de carácter voluntario, esto es, sólo en caso de ser necesario; lo que no ocurría con el Decreto Nacional 2474 de 2008, en donde establecía su carácter obligatorio, sin hacer distinción alguna en cuanto a la modalidad de selección del contratista:

Por la omisión de una etapa específica que permitiera la discusión de los riesgos previsible.

Luego entonces, para los contratos de prestación de servicios profesionales, causal que integra la modalidad de selección de contratación directa no se requiere que se tipifiquen los riesgos preVISIBLES del contrato en el proyecto de pliego de condiciones, simplemente porque no está contemplado y segundo, toda vez que tampoco existe una audiencia en donde se discutan y asignen los mismos junto con los oferentes o con el contratista.

Por la finalidad de la teoría del riesgo previsible

El riesgo

previsible busca evitar que la entidad pública contratante sea quien asuma el restablecimiento del equilibrio económico por ello, se realiza de común acuerdo con el contratista su distribución a la parte que mejor lo pueda controlar, siendo así, para el caso de los contratos de prestación de servicios profesionales es nula la probabilidad que se presenten demandas en donde se restablezca el equilibrio económico del contrato por hechos que son conocidos por las partes y

que ocasione un tercero porque el desarrollo normal del contrato dependerá única y exclusivamente del contratante y del contratista y ello mismo permite concluir que no se acude a la jurisdicción contenciosa administrativa por hechos previsibles si no, imprevisibles para este tipo de contratos.

Por los principios de la contratación pública y la función administrativa

Las entidades públicas contratantes elaboraran la matriz de riesgos previsibles en la contratación, particularmente para el caso de la prestación de servicios profesionales y determinarán la utilidad y pertinencia de la norma jurídica en cuanto al tema de riesgos previsibles.

Conclusiones

- Se tiene el régimen legal en materia contractual, esto es, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto Nacional 0734 de 2012 y ahora el Decreto 1510.

- La función administrativa está al servicio del interés general; bajo este entendido, un instrumento jurídico con que cuenta la administración pública para hacerlo efectivo es a través de la Contratación estatal

-El fin primordial en la teoría de los riesgos previsibles en la contratación de prestación de servicios profesionales es establecer que la teoría del equilibrio económico del contrato

-La jurisprudencia y la doctrina se han ocupado del principio de la equivalencia económica del contrato estatal como elemento que se integra al proceso contractual.

-Se deben evaluar con anterioridad los efectos y la mitigación del posible daño que pueda llegar a ocasionarse

-Se deben Organización de los riesgos de la siguiente manera.

-Por la Teoría del riesgo previsible:

-Por la Evolución del ordenamiento jurídico positivo: .

-Por la omisión de una etapa específica que permitiera la discusión de los Riesgos previsibles:

-Por la finalidad de la teoría del riesgo previsible:

-Por los Principios de la Contratación Pública y la Función Administrativa

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RIESGO EN MATERIA

CONTRACTUAL ESTATAL

Teoría del riesgo

La teoría del riesgo o también denominada por algunos doctrinantes como la responsabilidad sin culpa, en las ciencias jurídicas surgió de una manera trascendental y revolucionaria, puesto que logró relacionar lo indicado por el derecho positivo con lo expuesto por la jurisprudencia, y encuentra su consolidación a finales del siglo XIX.

El fundamento de la teoría del riesgo se halla en diversas tendencias. Según la exposición clásica de los hermanos Mazeaud (1960) sobre este tema, en primer lugar, la teoría en cuestión encuentra su razón de ser en la afirmación que parte del supuesto de considerar que el problema de la responsabilidad civil es de patrimonios; con esta afirmación, la consecuencia sale sin esfuerzo alguno, pues al suprimirse la persona se suprime la culpa.

Otra consecuencia menos extrema se configura por el lado de la socialización del derecho, al afirmarse que el interés social es el que debe prevalecer y, en consecuencia, la responsabilidad civil consiste en saber si el interés social exige reparación, sin preguntarse cuál ha sido la conducta del agente.

En nombre de la moral y de la equidad, así mismo se fundamentó la teoría del riesgo, pues sus partidarios consideran que, si la víctima ha sufrido un perjuicio atribuido a otra persona, en ninguna forma se justifica que, si dicho agente no ha cometido culpa, sea la víctima la que soporte todo el peso del daño (Tamayo Jaramillo, 1990)

De acuerdo con esta anotación planteada por Javier Tamayo Jaramillo (2013), se puede observar que la teoría del riesgo nació del ordenamiento jurídico de situaciones particulares planteadas en la época de la revolución industrial como una respuesta justa y equitativa del ordenamiento jurídico. La falta de prueba material de la culpa permite que nazca la responsabilidad objetiva, siendo esta responsabilidad aquella que tiene el poder de indemnizar a aquellos a los que sufrían un daño. Esta teoría ha venido evolucionando, sin embargo, guarda el fundamento jurídico donde la carga de la prueba está sujeta en el acreedor, toda vez que el demandante no debe probar la culpa.

Teoría del riesgo en la ley 1150 de 2007

En el antecedente anterior se expuso el principio del equilibrio económico – financiero, en el contrato. Es hora de iniciar con la teoría del riesgo de la ley 1150 de 2007 (Rengifo Florez, 2015).

La ley 1150, incorporó un aspecto novedoso en relación a los mecanismos que permite a la administración pública que es contratante, adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar desequilibrios económicos entre cada una de las partes, es decir que esto hace referencia a la Teoría del riesgo previsible.

De esta forma, la Ley 1150 de 2007 fue mucho más explícita frente al tema del reconocimiento del equilibrio económico- financiero del contrato, al señalar:

Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los

oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

Se observa entonces, que el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, asigna a las entidades estatales la revisión previa y en conjunto de todo proponente, igualmente la asignación y distribución de los riesgos que presenta el contrato o, en otras palabras, aquellos eventos que afectan el proyecto. Por esta razón, es necesario reconocer que el riesgo ha existido, existe y existirá, es importante la claridad con relacional riesgo, toda vez que este no se puede prever con total certidumbre, pero se puede mitigar.

En este sentido, es necesario a) reconocer que los riesgos siempre han existido, existen y existirán, b) los riesgos no se pueden prever con total certidumbre, pero se pueden mitigar, c) manejar el riesgo es un negocio; esto quiere decir, requiere negociación, acuerdo entre las partes, previsión; y d) la ocurrencia de cualquier riesgo afecta a las partes” (Inocencio Meléndez, 2009).

De Vivero Arciniegas (2010) expone que,

...si un riesgo es relevante para el análisis económico del contrato, si ocurre el evento se ocasiona una pérdida equivalente a la diferencia entre el resultado obtenido y el resultado esperado. De esta forma el tamaño del riesgo que se busca valorar con el propósito de mitigar o transferir es igual al producto de la probabilidad de que ocurra la pérdida por la magnitud con la cual ocurre, se puede concluir que la pérdida resulta de la diferencia en los resultados económicos esperados del contrato sin materialización del evento de riesgo y los que realmente se obtuvieron cuando el riesgo se materializó.

En sentido similar, desde el punto de vista financiero tenemos que: “El riesgo se entiende como la dispersión de resultados inesperados debido a movimientos en variables financieras” (Santofimio & Benavides, 2009).

En conclusión, se infiere que la administración pública y el contratista deben definir previamente y de manera clara las variables y el impacto de la ecuación del equilibrio del contrato, toda vez que es preciso recordar que no todos los riesgos son relevantes, sólo interesan los que se puedan tipificar previamente y que puedan afectar el equilibrio económico del contrato para las partes.

Teoría de la imprevisión

La vigencia del principio *pacta sunt servanda* implica para las partes la obligatoriedad de respetar lo acordado inicialmente en los negocios jurídicos que celebran en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Con ocasión de los importantes y en veces repentinos cambios económicos, se abre paso la discusión de si las partes deben estar en todo caso atadas al cumplimiento de contratos en los que la prestación a cargo se ha tornado sin su culpa y luego de su celebración excesivamente onerosa. Así, se ha abierto paso la posibilidad de revisión del contrato en aplicación de la llamada "teoría de la imprevisión" bajo ciertas circunstancias.

Franco Zárate en su artículo desarrolla un examen de la evolución y requisitos de la figura en la jurisprudencia civil y comercial colombiana, a la vez que analiza los poderes del juez civil en el marco del artículo 868 C. Co. Colombiano para revisar y modificar el contrato.

La teoría de la imprevisión ha sido ampliamente desarrollada por parte de la doctrina y la jurisprudencia, las cuales la enmarcan dentro de las causales que pueden llegar a constituir un rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato. Son circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, que no forman parte del giro normal de los negocios contratados, que, por lo mismo, se constituyen como un álea anormal dentro de la relación (<http://www.javeriana.edu.co>).

Se concluye entonces, que la teoría de la imprevisión se aplica únicamente a los casos excepcionales, en los cuales tiene cabida todos los contratos estatales y son mayores las soluciones que ofrece en caso de existir un rompimiento en el equilibrio contractual.

Así, la teoría de la imprevisión o riesgo sobreviniente, hace referencia a los hechos que son difíciles de determinar por las partes en el momento de la celebración del contrato, es importante para la entidad contratante que se determine cuáles son los riesgos previsibles al momento de elaborar los estudios previos con el fin de que estos puedan ser tipificados y asignados a las partes en el evento que se presenten.

Contexto doctrinario del riesgo

Antes de iniciar con el estudio general del riesgo contractual, es necesario tener conocimiento del concepto de riesgo, por esta razón se puede decir que el riesgo está íntimamente relacionado al de incertidumbre, o falta de certeza, de algo pueda acontecer y generar una pérdida del mismo.

Se observa que la Ley del Contrato de Seguro define el Riesgo como el suceso futuro e incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya materialización da origen a la obligación de la empresa de seguros.

Desde el punto de vista técnico, puede decirse que el riesgo es la posibilidad de que por azar ocurra un evento, futuro e incierto, de consecuencias dañosas susceptibles de crear una necesidad patrimonial.

Por último y para dar inicio al análisis doctrinal del riesgo contractual, la ley 1510 define el riesgo como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato (Decreto 1510 de 2013).

Se puede intuir entonces que el riesgo desde cualquier punto de vista es un suceso futuro e incierto que genera efectos en el objetivo final de los procesos de contratación.

Análisis dogmático del riesgo contractual en el código civil y en el código de comercio colombiano

Para Carlos Gómez Vásquez (2006) se debe analizar el riesgo contractual partiendo desde el punto de vista del código civil y del código comercial, realizando de esta forma un análisis diferencial de ambos regímenes normativos, toda vez que si se analiza el punto de vista del riesgo en el código civil se concluye que este acoge el *res perit debitori*, con la excepción de que se trate de obligaciones de dar o entregar uno o varios individuos determinados, razón por la cual en este caso se consagra la *res perit creditori*.

Cuando se analiza entonces, el código comercio o la disposición mercantil se observa que se acoge el criterio general *res perit debitori*, el cual se aplica a todo tipo de obligaciones independiente del objeto o prestación de la obligación.

El riesgo contractual en el código civil

El régimen general del contrato que establece el Código Civil contiene únicamente una disposición relativa al problema del riesgo contractual en su sentido eminentemente técnico o propio. El art. 1607 del Código Civil establece:

El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas...

Las demás normas que generalmente se señalan como concernientes a la teoría de los riesgos (p. ej., arts. 1604 y 1729 a 1739 CC) regulan específicamente la extinción de la relación

obligatoria por imposibilidad sobrevenida y fortuita de cumplimiento, mas no en un sentido propio, el efecto que dicha extinción ha de producir en el contrato (Gomez Vasquez, 2006).

Jorge Suescun Melo (2003) señala: “

...la teoría de los riesgos solo se aplica para los casos de obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, no obstante que el problema de los riesgos se presenta en toda clase de obligaciones independientemente de su naturaleza y su fuente...

Y como refiere Gómez Vásquez (2007, a falta de normatividad en materia de riesgo, la doctrina civilista identifica los criterios para determinar de manera general que efectos contractuales produce la extinción de una obligación por imposibilidad de cumplimiento no imputable al deudor.

Gómez Vásquez resalta la importancia de la doctrina nacional, basándose en la generalización extrema del artículo 1607 del Código Civil y ha pretendido encontrar en la regla *res perit creditori* el principio general de atribución de riesgo en el derecho civil colombiano, de esta forma el acreedor de una obligación que ha sido extinguida por imposibilidad de cumplimiento, continúa obligado a realizar la prestación de su cargo en favor del deudor liberado.

La doctrina nacional acepta unánimemente la aplicación del *res perit debitori* cuando la obligación que se extingue por imposibilidad de cumplimiento tiene como prestación una conducta positiva diferente de la tradición o la entrega material de un bien (prestación de hacer), o una conducta negativa o de abstención. Tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer, la solución al problema del riesgo determinará la extinción o disolución del contrato y la liberación de ambas partes de sus respectivas obligaciones

Tamayo Lombana, Pares Vives y Suescun Melo, han coincidido y dado una solución doctrinaria a los riesgos del contrato en aquellas convenciones bilaterales que no contienen la

obligación de dar (o sea, de transmitir el dominio). Es una solución absolutamente lógica y ajustada a la equidad. Se basa claramente en la teoría de la causa. Si estas obligaciones del contrato sinalagmático son recíprocas e interdependientes, se sirven mutuamente de causa. «Si una de ellas falta, cae toda la operación.

Tanto en Francia como en Colombia esta doctrina establece que en contratos como el arrendamiento de cosas, el de obra y el de sociedad, el principio aplicable en caso de riesgos debe ser aquel principio según el cual si la cosa perece para el deudor (*res perit debitori*), los riesgos pertenecen al deudor de la obligación imponible.

Se puede concluir que el código civil infiere que la extinción de una obligación convencional por imposibilidad fortuita y sobrevenida al de cumplimiento comporta la ineficacia funcional del contrato, la extinción de pleno derecho y la extinción consecuente de las demás relaciones obligatorias contractuales, a menos que la obligación que fue extinguida tenga por objeto la prestación de dar o de entregar un cuerpo cierto, toda vez que en este caso la eficacia obligatoria del contrato no se ve afectado por la extinción. Es decir que el acreedor de la obligación extinguida debe cumplir la prestación de su cargo es decir la *res perit creditori*.

El riesgo contractual en el código de comercio

Para Gómez en el régimen general del contrato mercantil no hay ninguna norma que haga referencia expresa al problema del riesgo contractual. La disposición que utiliza la doctrina para explicar el riesgo contractual está establecida en el artículo 929, donde se establece el efecto contractual de la extinción de la obligación de dar o entregar un cuerpo cierto, derivado de un contrato mercantil de compraventa. Artículo 929 Código de Comercio

En la venta de un "cuerpo cierto", el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador

se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa.

El artículo 930 del mismo código establece “Si la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, por causa no imputable al vendedor, el contrato quedará resuelto de derecho y el vendedor libre de toda responsabilidad”.

En este punto el legislador en materia mercantil adopta un criterio totalmente opuesto al que acoge el código civil, la extinción de la obligación de dar o entregar un individuo conlleva a la disolución ipso iure del contrato de compraventa, por lo que ninguna de las partes (vendedor – comprador) tienen que cumplir las obligaciones que en principio les correspondía.

Para el profesor Suescun, se debe utilizar un puente comunicante que deriva la remisión normativa y expresa del régimen general comercial al régimen general civil en materia de obligaciones y contratos, por medio de artículo 822 del código de comercio. De esta forma el artículo 822 del código de comercio tiene por objeto llenar los vacíos o lagunas en la ley mercantil por medio de la ley civil, razón por la cual las disposiciones del código civil serán aplicadas a las obligaciones de negocios mercantiles a menos que la ley establezca otra cosa.

Para tal efecto el código de comercio en el artículo 1 establece: “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.”

En conclusión, con relación al riesgo en materia mercantil, es necesario llenar el vacío normativo y se debe acudir al artículo 1607 del código civil, identificando las normas mercantiles que regulen casos o materias semejantes, con el fin de aplicarlo por analogía según lo estable el

artículo 8 de la ley 153 de 1887, en contratos comerciales que son diferentes a la compraventa, donde se presente la imposibilidad de cumplimiento en la obligación de dar o entregar.

Se puede entonces concluir que riesgo contractual en materia comercial está regulado por la regulación civil, toda vez que existe un criterio imperante en el derecho privado colombiano que es tradicional a la antes analizada *res perit debitori*, razón por la cual por imposibilidad sobrevinida y fortuita no imputable a ninguna de las partes produce un efecto extintivo del contrato.

ASPECTOS DE LA GARANTÍA ÚNICA, FRENTE A SU CUMPLIMIENTO EN CONTRATOS ESTATALES

Los contratos estatales, cualquiera que sea su objeto de acuerdo con la clasificación que establece el artículo 32 de la ley 80, son ante todo contratos, y se definen como aquel negocio jurídico que celebran autónomamente las entidades Estatales y los particulares, el cual genera obligaciones y vinculan a las partes contratantes a cumplirlos en su tenor y en ellos tiene plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil, en consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables.

Teniendo en cuenta que la Ley le ofrece a la Entidad contratante la vigilancia sobre el contratista, para que se cumplan las finalidades del servicio o producto contratado el Artículo 4° de la Ley 80 de 1993, señala que la Entidad Estatal debe “adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar...”, específicamente el numeral 2° del artículo antes referido, establece que las entidades.

Según Vélez (2005) se “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar” de donde puede concluirse la posibilidad que existe para la administración de incluir “sanciones” con el objetivo de garantizar el buen cumplimiento del contrato.

Para hablar de garantías, que es el tema a desarrollar, se debe tener en cuenta lo preceptuado en la normatividad en materia de contratación pública, principalmente la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y los Decretos Reglamentarios 4828 de 2008; 931 y 2493 de 2009, Decreto

1510 de 2012, Decreto 1082 de 2015, ya que en su contenido citan aspectos relacionados con las garantías de los proyectos públicos y que son de gran importancia en la contratación estatal.

Haciendo un análisis comparativo de normas donde citan el régimen de garantías, hasta la expedición de la Ley 80 de 1993, junto con los Decretos reglamentarios que han venido modificando la ley y lo expuesto por el Consejo de Estado relacionados con esta materia, se evidencia claramente que la finalidad va encaminada a que la entidad estatal debe permanecer siempre indemne y libre de cualquier daño, importancia fundamental tratada en el régimen de contratación para las entidades estatales.

Bajo el esquema a desarrollar, se puede señalar que el daño ocasionado a la entidad debe ser reparado por quien lo causó, y que este resarcimiento lo puede hacer a través del mecanismo de la garantía única, que es la forma de cómo se blinda la administración frente a los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista adquiridas por virtud de la suscripción del contrato estatal, el cual tiene su origen en la Ley lo cual lo ratifica el Consejo de Estado de la siguiente manera; .

a) La garantía permite que, en caso de incumplimiento de obligaciones surgidas entre contratante y contratista, la entidad estatal no sufra ningún detrimento patrimonial en la ejecución del contrato.

Lo anteriormente está explícitamente mostrado en la sentencia de 17 de julio de 2006 del Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo (2009), donde se demuestra que:

(...) este tipo de seguro, conforme con su naturaleza y regido por el principio indemnizatorio , tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, como el incumplimiento de la obligación amparada o garantizada; de manera que la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de

dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio, que en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta la concurrencia, claro está, de la suma asegurada. (Sentencia de abril 22 de 2009 Exp. 14.667 C.P. Myriam Guerrero de Escobar)

Evidente es que la administración busca que ante las obligaciones que se deriven del incumplimiento del contrato, el contratista indemnice a la administración no en dinero sino por el daño causado a la administración lo cual hace efectivo a través de la garantía única argumentado que el contrato es ley para las partes, es producto de una planeación, de unas obligaciones y de un plazo determinado para que una vez celebrado sea cumplido en su integridad, es decir la garantía cubre a la entidad de los posibles siniestros que puedan ocurrir en la ejecución o desarrollo de las actividades.

Así mismo y de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales, el daño ocasionado al patrimonio público, representado en menoscabo, detrimento, pérdida o deterioro es dado por una mala gestión del contratista y que, con la garantía como amparo del contrato, el perjuicio ocasionado debe ser resarcido por quien lo cause a través del pago de una multa, como sanción al incumplimiento.

Se precisa que en el alcance de lo que establece el artículo 1088 del Código de Comercio, cuando señala:

I) la garantía de cumplimiento de los contratos estatales es una especie del seguro de daños; II) dada la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños; III) el monto a indemnizar por parte del asegurador y IV) el valor a indemnizar, no puede ser mayor a la suma asegurada mediante la póliza de garantía.

La garantía dada su naturaleza jurídica, es un amparo con que cuenta la entidad para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones del contrato estatal, por tal razón es

la entidad que al momento de imponer la multa debe tazar los daños causados y que la póliza constituida al momento de su imposición no puede superar el presupuesto oficial destinado en el contrato ni las sumas amparadas en dicho documento.

Lo anterior aunado a que la administración en ejercicio de las facultades legales que le otorga la Ley impone el cumplimiento de las cláusulas de garantía única en todos y cada uno de los contratos que celebre la entidad, teniendo en cuenta, no solamente lo establecido en la Ley, sino en los diversos pronunciamientos del Consejo de Estado como los que se exponen a continuación.

a) Las garantías en los contratos estatales, a lo largo de los diferentes estatutos que han regido la materia, han tenido la connotación de ser obligatorias, toda vez que las debe otorgar todo particular que contrate con la administración pública para asegurar su ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público. Así que cualquiera que sea la legislación que se consulte, vale decir, Decreto ley 150 de 1976, el Decreto ley 1670 de 1975, Decreto Ley 222 de 1983, DecretoS Reglamentarios 4828 de 2008; 931 y 2493 de 2009, y que fueron citadas anteriormente, todas exigían que se aseguraran las obligaciones derivadas de los contratos celebrados con la administración pública.

Ahora bien, con la inclusión de la garantía única en su momento por la Ley 80 de 1993, se tuvo un avance importante de cara a la protección del erario público ante los incumplimientos contractuales atribuibles al contratista. Dicho avance ameritó la necesidad de su preservación en el nuevo estatuto, sin perjuicio de la posibilidad de que se le hicieran algunos ajustes como en efecto sucedió con la Ley 1150.

Establece la norma, la importancia de la póliza en los contratos estatales, manifestando a todos los interesados que quieran contratar con el estado que deben constituir una garantía para el cumplimiento de las obligaciones con el fin de prevenir posibles riesgos que puedan presentarse en la ejecución del contrato.

Es el Gobierno Nacional a través de la Ley la que impone la exigencia al contratista de cumplir lo establecido en la cláusula de garantías en los contratos, dependiendo de la complejidad del mismo, lo cual no tiene ninguna discusión. Esto es, en algunos casos la administración al momento de celebrar un contrato tiene toda la potestad de exigir la póliza aun en los contratos de prestación de servicios independiente de su cuantía.

A juicio del Consejo de Estado, en Sentencia de 12 de julio de 2000. (Exp. 16669 C.P. María Elena Giraldo Gómez), se ha pronunciado de la siguiente manera. “(...) Su función es, como ya se dijo, salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la administración frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista [...]”.

En ese orden de ideas, cuando la entidad estatal planea la celebración de un contrato para satisfacer una necesidad siempre actúa en el ejercicio de sus funciones lo cual tiene su justificación en unos estudios previos para llevar a cabo lo que se pretende contratar y cumplir con los fines estatales, justificando siempre una supremacía frente al contratista que es el que negocia con el estado.

De esta forma y a juicio del pronunciamiento expuesto por el Consejo de Estado, la entidad busca que, a través de la garantía, se cumpla con las obligaciones del contrato y se protejan los intereses patrimoniales, logrando una mayor efectividad en la utilización y manejo de los recursos públicos que es el fin de la contratación estatal conforme lo establece el Art 3 de la Ley 80 de 1993.

La administración para hacer efectiva la garantía debe tener en cuenta, los niveles de amparo solicitados, como el valor asegurado, dependiendo del objeto a contratar y de sus obligaciones que para el caso de bienes suministrados o servicios prestados, la entidad contratante debe verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas de lo contrario la entidad promoverá las acciones de responsabilidad haciendo efectiva la garantía, donde el contratista debe indemnizar los daños tal como lo determina el numeral 4° del artículo 4° de la ley 80 de 1.993.

Al analizar la inclusión de la garantía única en su momento por la Ley 80, supuso un avance importante de cara a la protección del erario público ante los incumplimientos contractuales atribuibles al contratista. Dicho avance ameritó la necesidad de su preservación en el nuevo estatuto, sin perjuicio de la posibilidad de que se le hicieran algunos ajustes como en efecto sucedió con la Ley 1150.

Es de resaltar que la garantía única es el pleno respaldo que tiene la administración para llevar a cabo la ejecución del contrato y la debida utilización de los recursos públicos y que ante el incumplimiento existen mecanismos otorgados por la ley para que el contratista a través de la garantía única de cumplimiento repare el daño causado a la entidad.

De otra parte, y tomando aspectos de la fuente de consulta de José Eduardo Narváez Bonnet, en lo relativo al régimen vigente de la Garantía, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se da una aplicación distinta a la garantía única estableciendo una mayor responsabilidad a las compañías de seguros cuando surjan incumplimiento en la relación contractual, esto es, cuando el contratista incumpla con las obligaciones del contrato, la entidad llama en garantía a la aseguradora para hacer efectiva la póliza y aplica el procedimiento de multas establecidas en el contrato.

De igual forma de la lectura de Narváez se puede definir que antes de la expedición del Decreto 1510 de 2013, se tiene una normatividad flexible en materia de Garantías y que al momento de su imposición, esta era controvertida en los estrados judiciales lo cual conllevaba en múltiples oportunidades a exonerar de responsabilidad al contratista

Nuevo fortalecimiento para la entidad contratante es la distribución de los riesgos

Uno de los temas que deberá incluirse en los pliegos de condiciones es el relativo a la distribución de los riesgos, donde el legislador ha contemplado que las entidades estatales deben implementarla en la etapa precontractual, contractual y post contractual resultados positivos al proceso de contratación.

En el marco de los riesgos de la contratación será visto desde el punto de vista histórico así:

En Colombia la administración pública está basada según Sánchez. J. (2001), como la “...consecución que tiene el Estado (pueblo) para el cumplimiento de sus fines esenciales que implican el poder soberano mediante el cual, el estado puede llegar a ser capaz de obrar, y delimitar el objeto de estudio en que se desenvuelve la actividad gubernamental”.

Esto quiere decir, la autonomía con que actúa el Estado frente a sus asociados y los fines que se buscan cuando de satisfacer necesidades se trata, aplicando la constitución, la ley y los decretos reglamentarios para el cumplimiento de los mismos.

Sánchez (2001), cita a Woodrow. W. afirmando que la administración pública “es el lado práctico o comercial del gobierno, ya que su finalidad es que los negocios públicos se realicen eficientemente y de acuerdo con los deseos del público como sea posible “(pág. 107), debido a que es el gobierno el que hace frente a las diferentes necesidades que no se puedan satisfacer.

Como quiera, que lo que se busca en el contrato es el cumplimiento del negocio jurídico o comercial entre el estado y el contratista, y que las partes queden a paz y salvo por todo concepto, la administración por razones de interés público busca una ejecución eficiente y de esta manera la satisfacción de unas necesidades.

Estos fines esenciales están dado por cuatro (4) campos asociados al objeto de administración pública: 1 El gobierno, 2. El estado, 3 El poder ejecutivo y 4. Los asuntos públicos que son delimitados en el campo de acción, esto último introduce aspectos relacionados con los fines que cumple el Estado y que se evidencian a través de la expedición de la Constitución de 1986 y la Ley 167 de 1941 (código Contencioso Administrativo de la época), donde se fueron introduciendo Instituciones IUS publicistas a la actividad contractual de la administración pública. Ese era el momento en que por primera vez se encuentra la voluntad de la doctrina de adscribir los contratos del Estado al derecho administrativo y no al derecho común (Sánchez J.: 2001).

Lo dispuesto anteriormente se sintetiza en la existencia y cambios surgidos a través del tiempo en los contratos de la administración pública teniendo en cuenta que anteriormente existían contratos, solo en la parte administrativa apartándolos del derecho común.

Ya entrados en vigor el decreto ley 150 de 1976, el Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la consolidación de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, al parecer juristas y académicos tienen una concepción ius privatista de los contratos del Estado, fundamentándolo en el contenido normativo de las estipulaciones contractuales que al radicarse en el derecho común asigna a este el respaldo legal de las obligaciones que en él se contraen, señalando que los contratos del Estado en lo único que se diferencia con los privados es que

tienen unas normas que regulan el procedimiento de preparación y liquidación del contrato, concluyendo a la tesis de que los contratos estatales son derecho público.

Al transcurrir el paso del tiempo, la normatividad evidencia la necesidad de realizar contratos estatales estableciendo cláusulas conforme a la ley, estipulando obligaciones, haciendo una diferenciación frente a contratos privados que tienen unas normas distintas frente a los contratos estatales de derecho público.

Profundizando en la normatividad que rige la contratación y dando un orden a lo que se pretende llegar, el artículo 3° de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”.

Por lo tanto, con la ejecución del contrato, la entidad busca el cumplimiento de los fines estatales para satisfacer una necesidad que en algunos aspectos se torna social ya que va dirigido a un grupo de personas generando una serie de obligaciones para lo cual se debe blindar a través de una garantía que será una especie de respaldo a la entidad contratante.

Así mismo, existen regulaciones que deben ser tenidas en cuenta en los contratos que celebra la administración como son obligaciones también encaminadas a como reestablecer derechos que le asisten al contratista como el equilibrio económico del contrato, que es, cuando contratante y contratista suscriben un negocio jurídico, donde obligaciones de cada una de los interesados en el proceso son equivalentes a las de la otra parte. En el evento en que el contratante no cumpla con el desembolso de los pagos establecidos en el contrato o retención de los mismos sin reparo alguno el contratista podrá alegar el desequilibrio económico del contrato.

En esa misma línea, surgen situaciones que deben ser tenidas en cuenta al momento de la celebración del contrato como la teoría de la Previsión de los contratos que son situaciones

extraordinarias, que no pueden imputarse a las partes, imprevisibles y posteriores a su celebración que pueden alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, donde su cumplimiento se torna difícil de cumplirlo.

Cuando surjan este tipo de inconvenientes en el contrato donde el contratista por determinadas situaciones no puede ejecutarlo en las formas previstas debido a determinadas razones imprevisibles surgidas en el contrato, la entidad estudiara las razones y podrá darlo por terminado, teniendo en cuenta que surgieron obligaciones o costos adicionales que no fueron teniendo en cuenta al momento de la planeación del mismo y que tal vez la entidad deba cubrir con recursos de gastos imprevisibles por no actuar a tiempo.

Aunado a lo anterior, cabe precisar que cuando la administración actúa como Estado y no como contratante, se encuentra frente a un acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo que es reconocido a través de la teoría del hecho del príncipe; fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato.

Respecto a esta teoría no es otra cosa distinta que reconocer los derechos al contratista cuando se rompe el equilibrio económico del contrato toda vez que los mismos fueron producto de una planeación y elevado a escrito por las partes, lo que hace que la entidad deba cumplir con las condiciones tanto económicas como financieras del contrato.

Ahora bien, es de mencionar que en procesos contractuales deben existir medidas preventivas y necesarias con el fin de minimizar todo tipo de riesgos que pueda incurrir en un posible detrimento económico del contrato, contemplado en la ley 1150 del 16 de julio de 2007, y que en el “título de la eficiencia y de la transparencia”, Artículo 4 “De la distribución de riesgos en los contratos estatales”, establece la inclusión en los pliegos de condiciones de la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles en los contratos, para lo cual debe entenderse

el concepto de previsibilidad como aquel que se refiere a los eventos que puedan esperarse que ocurran en condiciones normales, entendidos éstos técnicamente dentro de la tesis de Rengifo. D (2015, citando a Meléndez. I. 2009) en la

La probabilidad de ocurrencia de eventos que afecten el proyecto... En este sentido, es necesario a) reconocer que los riesgos siempre han existido, existen y existirán, b) los riesgos no se pueden prever con total certidumbre, pero se pueden mitigar, c) manejar el riesgo es un negocio; esto quiere decir, requiere negociación, acuerdo entre las partes, previsión; y d) la ocurrencia de cualquier riesgo afecta a las partes.

Sin excepción se infiere que la aplicación de los riesgos en materia contractual, independiente de lo que diga la normatividad o la tesis de Rengifo planteada, la administración al establecerlos en los pliegos de condiciones y en los contratos puede optimizar recursos públicos previniendo un desequilibrio económico en el contrato.

Así mismo, es bueno precisar la definición que hace el decreto 1510 de 2013, al señalar que el riesgo del proceso debe ser evaluado para que se cumpla las metas y objetivos que se planteó la entidad al momento de la celebración del contrato y ordeno en su artículo 39 que en la modalidad de licitaciones públicas son obligatorias las audiencias públicas de asignación riesgos.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Conclusiones de la garantía estatal

La ley 80 de 1.993 es el estatuto de la contratación pública, razón suficiente para decir que es el vehículo a través del cual se mueve la gestión pública siendo el Estado, el principal interesado en contribuir a que todas sus actuaciones se hagan en óptimas condiciones y se dé un manejo eficiente de los recursos públicos.

En ese orden de ideas, la contratación estatal es la forma como la administración pública puede ejecutar los recursos para satisfacer las necesidades que requiere el país, por tal razón, al momento de seleccionar al contratista, la entidad estatal debe contar con mecanismos para garantizar la buena ejecución de los mismos, teniendo como fundamento los principios establecidos en la ley, la Constitución Política y la jurisprudencia.

Con el fin de lograr un buen uso de los recursos públicos la entidad estatal al momento de celebrar los contratos se debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones, que son producto de los ofrecimientos dados en una propuesta por los contratistas y que dentro del mismo ofrecimiento pueden surgir hechos u omisiones que pueden desencadenar en un posible riesgo para la administración.

El mecanismo de cobertura que tiene la entidad contratante para evitar el incumplimiento en los contratos estatales es la “garantía”, que es aquel documento que protege los intereses del Estado, asegurando el cumplimiento del objeto contractual y de sus obligaciones, como también garantiza los adelantos o anticipos que lleguen a darse durante el desarrollo del mismo.

La garantía debe ser incondicional, irrevocable y debe ser emitida por entidades financieras legalmente reguladas por la ley, teniendo en cuenta que, ante posibles incumplimientos, la llamada a responder por daños causados a la entidad contratante es la aseguradora. De allí, que la garantía debe ser presentada antes de la suscripción del contrato para su aprobación y comunicación al supervisor y es a partir de este momento que surgen las obligaciones de las partes interesadas en el proceso.

Conclusiones en materia de riesgos en la contratación estatal

Los riesgos en la contratación estatal como en cualquier acto de la vida, consiste en prevenir un daño que puede ser causado por situaciones imprevistas o que puedan acontecer en un momento determinado y que por falta de certeza generen una pérdida, cuando pueden ser evitadas si se hace una planeación al momento de iniciar una ejecución.

En términos muy coloquiales se define el riesgo como eventos que pueden generar efectos adversos y que pueden ser de distinta magnitud, toda vez que no se sabemos la forma de cómo van a desencadenar en un proceso de contratación, sino se tienen objetivos concretos ni metas trazadas.

Claro es, que los riesgos en contratación estatal deben ser previstos en un proceso de selección para que los posibles oferentes en audiencia los conozcan, discutan y definan la clase de riesgos los cuales deben ser identificables y cuantificables, si es del caso antes de la suscripción del contrato.

Cabe recalcar lo establecido en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, cuando hace referencia a la inclusión de los riesgos en los estudios previos con el fin de que estos puedan ser estimados, tipificados y asignados a las partes en el evento que se presenten.

A renglón seguido, el citado artículo señala que las entidades estatales deberán establecer el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad, revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

Vale la pena haber citado la norma para aclarar que solamente hace referencia a los riesgos previsibles, que son aquellas circunstancias que pueden ocurrir en condiciones normales, sin saber su destino final en una ejecución, aspecto importante para la administración porque si no señalan se puede afectar el equilibrio económico de un contrato, alterando las etapas del proceso, y generando efectos adversos en el logro de los objetivos propuestos por lo que se hace necesario decir que los riesgos deben ser estimado, tipificados y asignados.

La importancia de los riesgos en la contratación es prevenir a la administración de posibles circunstancias que puedan ocurrir cuando se compran bienes o se adquieren servicios sin que se afecte el equilibrio económico del contrato ya que estos garantizan un mayor grado de certeza de lo que quiere contratar, basado en una planeación o estructuración evaluando cada uno de los riesgos frente al impacto que puedan surgir desde el inicio hasta la terminación del plazo del contrato.

Con la incorporación de riesgos bien sea en los estudios previos o en pliego de condiciones la administración está evitando las demandas que contra ella puedan cursar toda vez que su inclusión da un grado de confianza entre las partes interesadas garantizando mayor transparencia en la ejecución del contrato.

Propuesta

El sistema nacional de garantías, en primer lugar, ha de estar inmerso de una auténtica y reconocida *Política de Estado* que permita el acceso del ciudadano empresario en el sistema financiero y busque a través de ella un perfecto entendimiento con la administración.

De lo que se trata, es de articular un sistema confiable y sólido entre los agentes involucrados para que las partes, administración pública y contratista, puedan satisfacer sus necesidades lo cual permitiría elevar el nivel de eficacia en la aplicación de ocurrencia de siniestro y de aplicación del mismo sobre el contratista

Propuesta de clasificación de esquemas de garantía según personalidad jurídica, composición de los recursos

CONCEPTO	SOCIEDAD DE GARANTÍA	PROGRAMA DE GARANTÍA
Ámbito de derecho privado	Privado	Público
Personalidad Jurídica	Sociedad mercantil: especificadores mutualistas y/o corporativas. - Fundaciones, instituciones de derecho privado	Bancos públicos o de desarrollo, agencias de desarrollo. sociedades/entes de derecho público. Organismos del Estado. Fondos regulados de cobertura de riesgos
Recursos	Mixto con predominio privado o publico	Públicos
Duración/ Temporalidad	Permanente	Temporal
Objeto social	Exclusivo para otorgar garantía MYPIMES	Otorgar garantías a MYPIMES compartido con otra actividad
Creación y origen de los entes de garantía	Acuerdo social	Decisión administrativa y/o gubernamental

ENFOQUE METODOLÓGICO

El presente trabajo, fundamentado en el paradigma Socio-Crítico con enfoque: Socio-jurídico, efectúa un análisis pormenorizado del riesgo contractual no solo desde la perspectiva jurídica sino también social, por lo que se dan los elementos epistemológicos tanto del paradigma como del enfoque.

El tipo de investigación es de carácter descriptivo-analítico de corte interpretativo, basado en consulta bibliográfica, efectuando un recorrido legislativo, jurisprudencial y doctrinario en el campo del riesgo contractual, para llegar a una propuesta acorde con el problema planteado.

Presupuesto:

RUBROS	FUENTES		TOTAL
	IE	PERSONAL	
PERSONAL			
EQUIPOS		3.000.000	3.000.000
SOFTWARE		300.000	300.000
SALIDAS DE CAMPO		---	---
MATERIAL BIBLIOGRÁFICO *		5.000.000	5.000.000
SERVICIOS TÉCNICOS		500.000	500.000
VIAJES		---	---
TOTAL		8.800.000	8.000.000

CRONOGRAMA :

Meses Actividades	1	2	3	4	5
Anteproyecto	■	■	■	■	■
Marco teórico- conceptual Conclusiones	■	■	■	■	■
Entrega proyecto	■	■	■	■	■
Sustentación	■	■	■	■	■

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

- AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Pronunciamientos del auditor General de la República sobre la contratación por prestación de servicios de la Contraloría General de la República*. Boletín de prensa 48, Bogotá, miércoles 11 de agosto de 2010.
- Becerra Salazar, Álvaro Darío (2008). *Los riesgos en la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- Benavides Russi, José Luís y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2010). X Jornadas de Derecho Administrativo, *incertidumbre en la Contratación Estatal*. Universidad Externado de Colombia.
- Bohórquez Yepes. Carlos A. y Conrado Imitola Roque (2009). *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Borrero Ramírez, Augusto (2003). *Teoría de las Obligaciones* Tomo I. Medellín: Editorial Esparta.
- Campillo Parra, Carlos Enrique (2004). *Celebración y ejecución de contratos estatales*. Bogotá: Panamericana formas.
- Cepeda Camacho, Zaida Liliana (1997). *Aproximaciones a la Noción de Equilibrio Económico Financiero del Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Facultad de Derecho.
- Cetares Salas, Paola Ilena (2002). *La distribución de riesgos de los contratos de concesión de infraestructura vial*. Bogotá: Universidad de Nuestra Señora del Rosario, Tesis.
- De Vivero Arciniegas, Felipe. Comp (2010). *Reforma al Régimen de Contratación Estatal. La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Gómez Vásquez, Carlos Fernando (2006). *Riesgo contractual y extinción del contrato*. Opinión Jurídica, Volumen 5, No. 10, 206 PP. – ISSN 1692-2530 - Julio-Diciembre de 2006. Medellín, Colombia.
- Gómez Vásquez, Carlos Fernando (2007). El riesgo contractual en los códigos civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normatividad vigente. Opinión Jurídica, Volumen 6, No. 12. – ISSN 1692-2530.

- González, Oscar (2007). *El papel del control fiscal en la contratación estatal*. Publicado en “Contratación estatal –aspectos controversiales- Memorias IV jornadas de contratación estatal” Ediciones Uniandes, Bogotá
- Irisarri Boada, Catalina (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano*. Bogotá D.C. Tesis (para optar al título de Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público.
- Manrique, Carlos E. (1998). *La fiducia de garantía*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Universidad de los Andes, Bogotá.
- Mazeaud, Henri – León – Jean (1960). *Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Meléndez Inocencio, Julio (2009). *La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales*. Tomo I Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano. Bogotá; Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Rengifo. D (2015). *Teoría de los riesgos previsible en los contratos estatales de prestación de servicios profesionales*. Tomado de <http://repository.urosario.edu.co>
- Sánchez, J (2001). *La administración pública como ciencia: su objeto y su estudio*. Instituto de Administración Pública del estado de México. Editado en México D.F.
- Santofimio, Jaime Orlando, Benavides, José Luís, (compiladores) (2009). *Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá. Editorial: Universidad Externado de Colombia.
- Suarez, Gonzalo. *La nueva contratación pública en Colombia*. 1º Edición. Legis Editores S.A, Bogotá, 2009, páginas 143 y 144.
- Suescun Melo Jorge (2003) *Estudio de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Legis.
- Tamayo Jaramillo, Javier (1990). *Culpa Contractual*. Bogotá D.C. Editorial Temis.
- Tamayo Jaramillo, Javier (2013). *Tratado de responsabilidad civil*. Tomos I y II. Bogotá D.C. Editorial Panamericana.
- Vélez. G (2005). *El derecho administrativo y los entes territoriales*. Impreso en el centro de Publicaciones de la Universidad Nacional de Colombia. Sede Manizales Colombia.

Fuentes jurisprudenciales

Corte Constitucional

Sentencia C-543 de abril de 1992 M.P. José Gregorio Hernández

Sentencia C-154 de abril de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell

Consejo de Estado Sección Tercera.

Sentencia de septiembre 11 de 1989. Exp. 5334 C.P. Gustavo De Greiff Restrepo

Sentencia de marzo 14 de 2013. Radicado N° 1996-0357701 C.P. Alberto Zambrano Barrera

Sentencia de septiembre 13 de 1991 Exp. 5127 C.P. Carlos Alberto Betancourt

Sentencia de mayo 6 de 1992 Exp. 5931 C.P. Carlos Alberto Betancourt

Sentencia de octubre 1 de 1992 Exp. 6631 C.P. Carlos Alberto Betancourt

Sentencia de septiembre 20 de 1995 Exp. 7757 C.P. Juan de Dios Montes Hernández

Sentencia de septiembre 13 de 1999 Exp. 10264 C.P. Ricardo Hoyos Duque

Sentencia de 12 de julio de 2000. Exp. 16669 C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Sentencia de agosto 24 de 2000 Exp. 11318. C.P. Jesús María Carillo Ballesteros

Sentencia de octubre 20 de 2005 Exp. 14.579 C.P. Germán Rodríguez Villamizar

Sentencia de junio 18 de 2008 Exp. 29.290. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

Sentencia de julio 30 de 2008 Exp. 21574 C.P. Enrique Gil Botero

Sentencia de septiembre 29 de 2009. Radicado N° 2003-0442-01 C.P. Susana Valencia Buitrago

Sentencia de abril 22 de 2009 Exp. 14.667 C.P. Myriam Guerrero de Escobar

Sentencia de marzo 17 de 2010. Radicado N° 1992-00117-01 C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Sentencia de junio 23 de 2010. Radicado N° 1994-00225-01 C.P. Enrique Gil Botero

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de marzo 21 de 2012. Exp. 39477 C.P.: Jaime Orlando Santofimio

Consejo de Estado Sección Primera.

Sentencia de junio 16 de 2011. Radicado N° 2002-05455 C.P. Marco Antonio Velilla Moreno

Sentencia de junio 6 de 2013. Radicado N° 2009-00245-01 C.P. María Elizabeth García

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Sentencia de octubre 26 de 2001 Exp. 5942. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Sentencia de noviembre 9 de 2004 Exp.12789. M.P. Silvio Fernando Trejos

Superintendencia Financiera. Concepto N° 2004001530-1 de febrero 19 de 2004

Fuentes normativas (Colombia)

Constitución Política de 1991

Ley 80 de 1993. Estatuto de la contratación administrativa. Octubre 28 de 1993

Ley 270 de 1996. Estatutaria de la administración de justicia. Marzo 7 de 1996

Ley 819 del 9 de julio de 2003.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para eficiencia y la transparencia de la

Ley 80 de 1993 y se dicten otras disposiciones generales sobre la contratación con servicios públicos. Julio 16 de 2007

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Enero 18 de 2014

Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Junio 14 de 2011

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

Julio 12 de 2011.

Decreto 1510 de 2013

Decreto 2474 del 7 de julio de 2008

Decreto 4828 de 2008

Decreto 4266 del 12 de noviembre de 2010

Decreto 734 de 2012

Sitios Web.

<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10317/52932099-2015.pdf?sequence=1>

http://www.tesauro.com.co/EJECUCIONpeta/Jpolcumplimentnaturaleza_1.htm

<http://www.javeriana.edu.co>