

## NOCIÓN, SENTIDO Y DESARROLLO DE LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA<sup>1</sup>

Santiago Álvarez Hernández<sup>2</sup>

**RESUMEN.** El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 prescribe que los contratistas deben prestar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, que pueden consistir en pólizas, garantías bancarias y demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento. El ensayo analiza el concepto de «riesgo», inicialmente desde una perspectiva sociológico-filosófica, y luego jurídica, con el fin de contextualizar su sentido en la contratación pública. Adicionalmente, evidencia la problemática relación entre los conceptos de «garantía» y «mecanismos de cobertura del riesgo», dispuesta en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y los antecedentes normativos a dicha norma.

### Introducción

De cualquiera se espera que al contratar actúe de la forma más diligente posible, advirtiendo las eventualidades que podrían afectar el cumplimiento del contrato. Del Estado se espera aún más, en la medida en que de su contratación depende la materialización del interés general y la satisfacción de las necesidades colectivas. Este es el razonamiento que subyace a la regulación de las garantías en la contratación pública, mediante las cuales se pretende atribuir determinada consecuencia jurídica –usualmente el pago de cierto monto dinerario– ante la ocurrencia de un  *siniestro* o, lo que es lo mismo, de concretarse un riesgo. Por tal razón, existe una  *figura* jurídica destinada a proteger el interés público, y de ese modo amparar a la Administración, ante un escenario perjudicial, como puede ser el incumplimiento.

Realizando un análisis introductorio en el ámbito de las garantías en la contratación pública, el texto procura desentrañar el concepto de « *riesgo* » desde una perspectiva sociológica, hasta circunscribirlo a una jurídica, con el propósito contextualizar su sentido. Además, se evidencia la relación problemática entre los

---

<sup>1</sup> Este ensayo, escrito para la sesión del 2 de septiembre de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Cristian Andrés Díaz Díez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo, que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal– sino también para el beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Garantías, dirigida por el Profesor-Investigador Principal Richard Ramírez Grisales.

<sup>2</sup> Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel V básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

conceptos de «garantía» y «mecanismos de cobertura del riesgo», dispuesta en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y los antecedentes normativos a dicha norma.

### **1. De la concepción sociológica a la jurídica de riesgo: manifestación moderna**

Con el concepto de «*fiabilidad*», Anthony Giddens propone que la modernidad supuso una relación de confianza del sujeto con la realidad social, en tanto existe cierta confianza-fe en el funcionamiento de las instituciones producidas por los «*sistemas expertos*»<sup>3</sup>. De ese modo, la modernidad constituye una cotidianidad donde apenas se reflexiona de forma remota y eventual sobre la posibilidad de que la escalera de un edificio colapse, que un vehículo no cumpla su función de transporte o que la llamada realizada desde un teléfono sea recibida por el destinatario. Simplemente se viven dichas situaciones, y contingentemente se analizan las *inseguridades* del sistema cuando se presentan fallas: la escalera se cae, el vehículo se estropea y la llamada no se realiza.

Esto obedece a que en la modernidad, como bien lo explica Luhmann –al investigar el concepto de «*riesgo*–, aunque las antiguas civilizaciones naturalmente tenían técnicas para evitar catástrofes, no comprendían la noción actual de riesgo, puesto que se definía a partir de una perspectiva cosmológica. En otras palabras, los riesgos se asociaban comúnmente a las decisiones de los dioses, o de otras fuerzas numinosas, a las que solo se podía acceder a través de oráculos y adivinos. Apenas en la edad media, según el autor, se establecieron sistemas de seguros, a partir de la utilización comercial de la navegación, mencionándose el concepto de «*riesgo*» para determinar quién debía responsabilizarse en caso de algún daño. Con base en lo anterior, y advirtiendo el paralelo desarrollo de la «*confesión*» religiosa<sup>4</sup>, define el concepto como el conjunto de: «[...] decisiones con las que se vincula el tiempo, aunque el futuro no se puede conocer suficientemente; ni tan siquiera el futuro que se produce a través de las decisiones personales»<sup>5</sup>.

Luhmann sostiene que con la consolidación del racionalismo, con base de los aportes de Bacon, Locke y Vico, se afianzó la idea de que el *conocimiento* y la *productividad* debían integrarse. Esta tendencia asumió como presupuesto que los daños se deben evitar en lo posible, de manera que solo se deben *arriesgar* las acciones que puedan desencadenar daños evitables. Por consiguiente, el

---

<sup>3</sup> GIDDENS, Anthony. Consecuencias de la modernidad. Madrid: Alianza, 2001. p. 42.

<sup>4</sup> Luhmann indica que la confesión surge como un mecanismo de «costes calculados», ya que arrepentirse implica la decisión de ocasionar un daño que se esperaba evitar. De esa forma, sostiene: «Desde un punto de vista secular el cálculo de riesgo trata de un programa de minimización del arrepentimiento» (LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. En: GIDDENS, Anthony, Et. Al. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 133).

<sup>5</sup> Ibid., p. 135.

razonamiento económico impuesto en la modernidad, a través de la consolidación del capitalismo, encuentra en la acción racional una ponderación de probabilidades y riesgos:

«Con otras palabras, se trata de una extensión controlada de la esfera de la acción racional, algo muy semejante a como ocurre en la economía en donde no se apuran las posibilidades de acción racional, cuando se trabaja con capital propio y no con créditos. Para este propósito basta, primeramente, con aceptar, en referencia a las consecuencias de diversas decisiones, las diferentes funciones de beneficio y las distribuciones de la probabilidad y, en segundo lugar, caracterizar la decisión como arriesgada en virtud de la variabilidad de resultados. Un *concepto* de riesgo que exceda esta perspectiva es superfluo en el interior de esta teoría (...) La renuncia al riesgo supone, bajo las condiciones actuales, renuncia a la racionalidad»<sup>6</sup> (cursivas en el original).

Desde una perspectiva un tanto más radical, Beck sostiene que la modernidad constituyó una «*sociedad del riesgo*», en la medida en que la propiedad y el poder causados por sus relaciones ocasionaron peligros industriales, ambientales y armamentísticos nunca vistos en la historia humana<sup>7</sup>. En consecuencia, sostiene que lo que en principio resultaba *funcional y racional*, ya que se proponía como una superación de las dificultades vivenciales del ser humano, se presenta ahora como una amenaza de la vida, que motiva el surgimiento de alternativas profesionales que pretenden autocontrolar o autolimitar las causas riesgosas.

Con fundamento en esta triada sociológico-filosófica, puede considerarse que el concepto de riesgo, si bien denota una realidad omnipresente en la historia, adquiere relevancia y trascendencia en la modernidad, luego de afianzarse las relaciones económicas capitalistas, que exigen instrumentalizar la *razón* para evitar la realización de resultados perjudiciales. En términos sencillos, el comercio, en este punto histórico, requirió mecanismos que permitieran *evitar* o *controlar* la producción de hechos futuros que afectaran la satisfactoria relación mercantil. Las dicotomías *riesgo-certeza*, *riesgo-seguridad*, *riesgo-amenaza*, *riesgo-control* adquieren una connotación principal en las relaciones económicas del capitalismo, puesto que lo pretendido radica en minimizar al máximo la realización de circunstancias indeseadas, o de predeterminar las consecuencias aplicables, en su defecto. De ahí que resuene tanto la expresión de Luhmann: «La renuncia al riesgo supone, bajo las condiciones actuales, renuncia a la racionalidad»<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 136.

<sup>7</sup> BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. En: GIDDENS, Anthony, Et. Al. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996. pp. 201-202.

<sup>8</sup> LUHMANN. Op.cit., p. 136.

El derecho, precisamente, es uno de los mecanismos que destaca en el tratamiento de los riesgos –a la par de mejoras tecnológicas, y de arraigo de áreas del conocimiento relacionadas con la *seguridad*–, debido a que ofrece herramientas útiles y eficaces para salvaguardar el interés o causa de la relación. En efecto, el derecho permite acudir a *figuras* con las cuales se pueden evitar algunos riesgos, pero, sobre todo, establecer la manera de tratarlos en caso de realizarse. En cuanto a las primeras –las que evitan–, las *sanciones* tienen como función, entre otras, la de disuadir la comisión de determinada conducta. En el caso del contrato, por ejemplo, se acuerda el pago de una cláusula penal en caso de incumplirse lo acordado, o de cumplirse tardía o defectuosamente. De esa manera, la sanción se establece con el fin de prevenir la ocurrencia del fin más indeseado de la relación contractual.

Pero es en el plano de las *figuras* orientadas a tratar la realización de los riesgos donde existe un efecto más notorio en el ámbito, particularmente con las denominadas *garantías* o *cauciones*. El Código Civil dispone, en el artículo 65, que las cauciones son obligaciones contraídas con el fin de asegurar otra obligación, propia o ajena, y que entre sus especies se encuentran la fianza, la hipoteca y la prenda<sup>9</sup>. Al respecto, Sepúlveda Otálvaro plantea que los doctrinantes del derecho privado se debaten sobre la relación *caución-garantía*, ya que algunos –como Somarriva Undurraga– argumentan que esta es una especie de aquella, mientras que otros –como Pérez Vives– emplean indistintamente los conceptos. De cualquier modo, el derecho, en especial el que rige las relaciones económico-contractuales, contiene *figuras* que permiten *asegurar* obligaciones, en caso de que las partes consideren que el patrimonio, prenda general de los acreedores, sea insuficiente para para lograr la satisfacción de sus intereses<sup>10</sup>.

Pero también existen otro tipo, no ya destinadas estrictamente a garantizar obligaciones, sino a proteger un interés afectado por la ocurrencia de un hecho calamitoso, dañoso o perjudicial<sup>11</sup>. De esa forma, el contrato de seguro, como especie de caución o garantía, adopta sustancialmente el «Por consiguiente, el siniestro, en su acepción jurídica, es tal si resulta de la realización del riesgo tal como ha sido previsto contractualmente en su comienzo formal»<sup>12</sup>.

Desde luego, el derecho administrativo, concretamente la contratación estatal, no ha sido ajena a esta realidad, toda vez que asume la *realidad riesgosa*

---

<sup>9</sup> Debe precisarse que actualmente el concepto «prenda» carece de vigencia, en la medida en que la Ley 1676 de 2013 modificó la denominación a «garantías mobiliarias».

<sup>10</sup> SEPÚLVEDA OTÁLVARO, Nancy. Aproximación al régimen de las garantías mobiliarias. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2019. p. 1.

<sup>11</sup> ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. Lecciones de derecho de seguros N° 1. Cuestiones generales y caracteres del contrato. Bogotá: Universidad Externado, 2001. p. 10.

<sup>12</sup> STIGLITZ, Rubén. El siniestro. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 26.

de la celebración de acuerdos, e implementa los mecanismos que permiten *contener* o *encauzar* los riesgos surgidos de la relación contractual. Miguel Santiago Marienhoff destaca la importancia de la «garantía de la oferta» y la «garantía de adjudicación», que constituyen el oferente y el adjudicatario-contratista con el fin de amparar la seriedad de su proposición o el cumplimiento del contrato, respectivamente<sup>13</sup>. Lo anterior no tiene una justificación menor, habida cuenta de los intereses que promueven al Estado a emplear el instituto del contrato. Es apenas una conducta esperable de un «buen padre de familia», o de una «buena administración», que se estimen las posibles circunstancias que, de materializarse, afectarían las causas que hicieron que se celebrara determinado contrato estatal. Y, mejor aún, que se predetermine una consecuencia en caso de realizarse, ya sea acudir al pago de un monto o a que la pérdida la asuma una de las partes.

En el siguiente acápite se presenta la manera en que la contratación estatal ha apropiado la realidad moderna-riesgosa a la que se somete la Administración, y la evolución de las garantías, en aras de preservar el interés general que subyace a su actuación.

## **2. Antecedentes de la problemática relación conceptual del amparo de riesgos en la contratación estatal**

Desde una perspectiva exclusivamente dogmática, esto es, a partir del funcionamiento intrasistémico del derecho, la regla general de las garantías en la contratación pública se encuentra en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007. Según este, los contratistas deben prestar «garantía única» para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y los proponentes deben prestar «garantía de seriedad» de los ofrecimientos hechos. Las «garantías» consisten en pólizas, garantías bancarias y los demás «mecanismos de cobertura del riesgo» autorizados por el reglamento:

«Artículo 7o. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

»Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones

---

<sup>13</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 238.

generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.  
[...].».

El énfasis en las expresiones del artículo no es baladí, puesto que el uso del legislador propone una discusión cuando menos semántica entre dichas palabras. Si se parte de una concepción ordinaria de «mecanismo de cobertura del riesgo», si se quiere apriorística, es posible plantear que refiere las herramientas con las que es posible amparar, contener o tratar determinado riesgo. Y el concepto de «garantía», como se señaló anteriormente, se ha asociado como sinónimo de caución, es decir, como una obligación que se contrae con el fin de garantizar otra<sup>14</sup>. Bajo esta óptica, la noción de garantía parece subsumirse como mecanismo de cobertura del riesgo, ya que parece ser una de las distintas opciones a las que se puede acudir con el fin de administrar riesgos.

A diferencia del sentido otorgado por el legislador, el Gobierno parece asumir cierta equivalencia entre las expresiones, ya que en el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015, al disponer sobre la indivisibilidad de la garantía, se refiere a esta como mecanismo de cobertura del riesgo: «Artículo 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía. *La garantía de cobertura del Riesgo* es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato». En el sentido discutido, la disposición puede interpretarse, como mínimo, con dos significados: por un lado, que existe una equivalencia entre el concepto «garantía» y «mecanismo de cobertura del riesgo», en el entendido de que «garantía de cobertura del riesgo» condensa la identidad de dichas palabras; por otro lado, puede considerarse que se mantiene la relación de género-especie dispuesta por el legislador, en tanto el Gobierno simplemente reglamenta que la garantía, independiente del mecanismo de cobertura del riesgo escogido, es indivisible.

Adoptando el criterio jerárquico de solución de antinomias, la interpretación conforme, que permite validar la norma reglamentaria, es la segunda, esto es, que el reglamento mantiene la relación de género-garantía y especie-mecanismos de

---

<sup>14</sup> Así lo explicaba Manuel Somarriva Undurraga, para quien, con fundamento en el artículo 46 del Código Civil Chileno –de idéntico contenido que el art. 65 de nuestro Cód. Civ.– las garantías consisten en los medios que puede usar el acreedor para prevenir la insolvencia del deudor «En términos amplios, las garantías constituyen los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor»; pero aclaraba lo siguiente: «Jurídicamente hablando, no son términos sinónimos garantía y caución, porque si bien toda caución tiene el carácter de garantía, pueden existir garantías -y de innegable eficacia- que no sean cauciones, como acontece con el derecho legal de retención. En suma, garantía es el género y caución es la especie» (SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Tratado de las cauciones. Santiago de Chile: Nascimento, 1943. p. 8).



cobertura del riesgo impuesta por el legislador. Pese a esto, el sentido común permite discutir esta posición, en la medida en que *mecanismos de cobertura del riesgo* parece tener una connotación más amplia que *garantía*. Las consideraciones de Colombia Compra Eficiente no añaden soluciones a la problemática, ya que reproducen –de forma irreflexiva en este punto, probablemente– las palabras de la regulación del artículo 7. Así lo expresó, por ejemplo, en el concepto del 8 de febrero de 2022:

«De la lectura del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 se precisa que el legislador *amplió las garantías* permitiendo no solo las pólizas y las garantías bancarias, *sino también los demás mecanismos de cobertura del riesgo* que el reglamento establezca, es decir, las contempladas en el artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015. Este decreto reiteró las garantías previstas en la Ley 1150 de 2007 y autorizó el patrimonio autónomo como instrumento para asegurar riesgos»<sup>15</sup> (énfasis adicional).

Lo mismo sucede con algunas motivaciones de providencias de la Sección Tercera, que, conforme a la relación entre el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, ha señalado que este amplió los tipos de garantías que pueden constituir los contratistas, mediante alguno de los mecanismos de cobertura del riesgo dispuestos en el reglamento<sup>16</sup>. En consecuencia, parece pacífico asumir que los mecanismos de cobertura del riesgo son especies de las garantías, aunque desde una perspectiva desprovista del lenguaje jurídico pudiera pensarse algo distinto. O, como mínimo, que son asumidos como sinónimos, en tanto el órgano de cierre jurisdiccional y el ente rector en el sistema no han analizado detenidamente la relación entre las expresiones «*garantía*» y «*mecanismos de cobertura del riesgo*».

---

<sup>15</sup> COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-754 de 2021 del 8 de febrero de 2022; en el mismo sentido, véase los conceptos del 18 de abril de 2023, 31 de marzo de 2023 y 30 de diciembre de 2022 (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-060 del 18 de abril de 2023; COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-036 del 31 de marzo de 2023; COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-930 del 30 de diciembre de 2022).

<sup>16</sup> La sentencia del 18 de febrero de 2022 lo expresó de dicha manera, al resolver la apelación de la controversia entre la unión temporal Macroinnova y el Ejército Nacional, donde aquella demandó los actos por medio de los cuales esta declaró el incumplimiento y ejecutó la garantía de cumplimiento, en el contrato de la entrega de un bien informático –regido por la Ley 80 de 1993–: «[...] la Ley 1150 de 2007 hizo alusión a esos mismos mecanismos de cobertura del riesgo y agregó que las garantías podían consistir también en las que fueran autorizadas por el reglamento [...]» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Exp. 53.318. C.P. José Roberto Sáchica Méndez); la misma noción subyace a los planteamientos de la sentencia que resolvió la nulidad contra el Decreto 4828 del 2008, del 28 de noviembre de 2019, donde se asumen los mecanismos de cobertura del riesgo como especies de las garantías, en los términos del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Exp. 36.600. C.P. María Adriana Marín).

Ahora, esta última es una innovación introducida por la Ley 1150, dado que las normas anteriores no se referían al instrumento de esa forma. El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, antecedente más reciente de la materia, si bien disponía la «garantía de cumplimiento», no empleaba la especie discutida.

Sin perjuicio de lo anterior, la expedición del EGCAP supuso una evolución drástica en el régimen, en tanto dicha norma, derogatoria del derecho común, impuso la distinción de las garantías en las relaciones comerciales –regidas por el Código de Comercio– y las estatales, al impedir que la garantía expirara por falta de pago. Esto se prescribía en el inciso tercero de la norma: «La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral».

La innovación dispuesta por el Decreto 222 de 1983, por su parte, radicó en que precisó qué clase de negocios debían garantizarse forzosamente, puesto que los Decretos Leyes 1670 de 1975 y 150 de 1976 imponían a los contratistas la obligación de garantizar todos los negocios celebrados con el Estado. De esa manera, el artículo 67 de aquel –el 222 de 1983– otorgaba la facultad de constituirla para los contratos de arrendamiento, donde la Administración era la arrendataria; el artículo 70 establecía que las pólizas debían ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria –hoy Financiera–; y el artículo 105 establecía un amparo especial para el contrato de concesión, de manejo del producto recaudado durante un período de tres meses, y que producía efectos hasta seis meses de terminado el contrato.

Rodrigo Escobar Gil menciona dos antecedentes adicionales al régimen de las garantías en el sector público: la Ley 225 de 1938 y el artículo 13 del Decreto Legislativo 911 de 1932<sup>17</sup>. Estas normas prescribían que los empleados públicos debían constituir seguros –en el caso de la primera– o fianzas –según la regulación de la segunda– para el manejo de fondos o valores<sup>18</sup>. Aunque en un sentido amplio

---

<sup>17</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 2000. p. 241.

<sup>18</sup> De la siguiente manera se consagraba en los artículos 1 y 2 de la norma de 1938: «Artículo 1° El Gobierno procurará que alguna o algunas de las compañías de seguros que funcionan en el país establezcan el seguro de manejo o de cumplimiento de que trata la presente ley, y en las concisiones que en ella se fijan; y si ello no fuere posible, procederá a llevar a cabo las gestiones conducentes a la fundación de una sociedad anónima de seguros de manejo o de cumplimiento, en la cual, además de las personas o entidades particulares, podrán ser accionistas la Nación y las entidades de derecho público.

»Artículo 2° El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al



puedan considerarse como garantías, en tanto con estos mecanismos se pretendía prevenir los riesgos del manejo de recursos públicos, en un sentido restringido, conforme al cual las garantías son constituidas por los contratistas en favor de las entidades, no puede acogerse la idea del autor, puesto que en dichas normas se establecía la obligación de garantizar el manejo de recursos, con independencia de la existencia de un contrato estatal. Al margen de lo anterior, sí existe un antecedente normativo a los estatutos de 1975-1976, ya que la Ley 53 de 1909 imponía al Gobierno a estipular cláusulas penales pecuniarias en los contratos de obra, con el fin de sancionar el incumplimiento del contratista, riesgo principal de cualquier negocio<sup>19</sup>.

Como corolario de lo anterior, puede concluirse lo siguiente: *i)* el concepto de «mecanismo de cobertura del riesgo» es una innovación de la Ley 1150 de 2007, y en dicha norma el legislador dispone explícitamente que las garantías cumplen el fin de administrar la materialización de riesgos; *ii)* la Ley 80 de 1993 modificó el régimen común del contrato de seguro, por cuanto impidió que expirara por falta de pago; *iii)* el Decreto 222 de 1983 fue la primera norma en detallar los tipos de contratos que forzosamente debían garantizarse; y *iv)* la contratación estatal, aunque no lo haya mencionado de esa forma, ha gestionado los riesgos contractuales desde 1909.

## Bibliografía

### ***Jurisprudencia***

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Exp. 53.318. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Exp. 36.600. C.P. María Adriana Marín.

### ***Conceptos***

---

cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos»; En estos términos regulaba la referida fianza del Decreto Legislativo 911 de 1932: «Artículo 13. Todo funcionario, empleado o agente del Gobierno Nacional que por razón de sus funciones deba recibir, desembolsar o manejar de cualquier otra manera fondos o bienes nacionales, estará obligado a prestar fianza de manejo. Cada uno de tales funcionarios, empleados, persona, firma o compañía que por virtud de la ley deba prestar fianza para asegurar su manejo, lo hará por la surta y en la forma prevista por la ley y de acuerdo con las reglamentaciones que establezca el Contralor General».

<sup>19</sup> De esta forma lo preceptuaba el artículo 4: «Artículo 4º En todo contrato que el Gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos, ú otros análogos, se estipulará precisamente una cláusula penal pecuniaria, para el caso en que el contratista faltare al cumplimiento del contrato por su culpa».

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-060 del 18 de abril de 2023.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-036 del 31 de marzo de 2023.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-930 del 30 de diciembre de 2022.

## **Doctrina**

BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. En: GIDDENS, Anthony, Et. Al. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996. pp. 201-222.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 2000

GIDDENS, Anthony. Consecuencias de la modernidad. Madrid: Alianza, 2001. 166 p.

LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. En: GIDDENS, Anthony, Et. Al. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996. pp. 133-153.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. 642 p.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. Lecciones de derecho de seguros N° 1. Cuestiones generales y caracteres del contrato. Bogotá: Universidad Externado, 2001. 113 p.

SEPÚLVEDA OTÁLVARO, Nancy. Aproximación al régimen de las garantías mobiliarias. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2019. 65 p.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Tratado de las cauciones. Santiago de Chile: Nascimento, 1943. 611 p.

STIGLITZ, Rubén. El siniestro. Buenos Aires: Astrea, 1980. 271 p.