

MANUAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y SEGURO DE CUMPLIMIENTO

El presente documento contiene un acucioso estudio de las disposiciones legales vigentes en materia de regulación de garantías en materia de contratación estatal, abordando de forma especial lo atinente al seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales.

Actualizado en 2016

CONTENIDO

1. SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES 6

- 1.1. Naturaleza Jurídica
- 1.2. Principio Indemnizatorio
- 1.3. Deber de Prestar la Garantía Única de Cumplimiento
- 1.4. Objeto
- 1.5. Partes e Intervinientes
- 1.6. Inaplicación de la Terminación Automática por Mora en el Pago de la Prima y de la Revocación Unilateral
- 1.7. Declaración del Siniestro
- 1.8. Divisibilidad de la Garantía
- 1.9. Decretos reglamentarios
- 1.10. Riesgos amparados

2. RIESGOS PRECONTRACTUALES AMPARADOS POR EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO 11

- 2.1. Naturaleza Jurídica
- 2.2. Riesgos asegurados
- 2.3. Suficiencia
- 2.4. Vigencia

3. RIESGOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES 22

- 3.1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo
- 3.2. Devolución de pago anticipado
- 3.3. Cumplimiento
- 3.4. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales



4.	RIESGOS DERIVADOS DE LAS OBLIGACIONES POST-CONTRACTUALES	37
-----------	---	-----------

- 4.1. **Estabilidad y calidad de la obra**
- 4.2. **Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados**
- 4.3. **Calidad del servicio**

5.	CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO	42
-----------	---	-----------

- 5.1. **Independencia de los amparos**
- 5.2. **Exclusiones**
- 5.3. **Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad**
- 5.4. **Cesión del contrato**
- 5.5. **No terminación automática por mora en el pago de la prima e improcedencia de la renovación unilateral**
- 5.6. **Inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada**
- 5.7. **Divisibilidad de la garantía**
- 5.8. **Cláusula de indemnidad**

6.	RECLAMACIÓN Y OBJECCIÓN	50
-----------	--------------------------------	-----------



LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES

Con el propósito de proteger el patrimonio público y de facilitar el desarrollo de las funciones estatales, el legislador ha establecido una serie de mecanismos que garanticen el cumplimiento de los contratos que celebra el Estado; tales mecanismos se agrupan bajo el nombre de Garantía Única de Cumplimiento. Una de las modalidades de esta garantía, legalmente habilitada como dispositivo de asunción del riesgo en el ámbito público o en la contratación estatal, es el seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, que será el objeto central del presente documento.

La Ley no regula en detalle todos los aspectos relacionados con el seguro de cumplimiento y las demás garantías que pueden exigir las entidades estatales, porque delegó tal función en el Gobierno Nacional, quien aún ha de reglamentar la materia. Lo anterior se explica en la medida en que la Ley es general, impersonal y abstracta, y no tiene por objeto regular asuntos particulares, tarea propia de la rama ejecutiva.

1.

SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES

1.1. Naturaleza Jurídica

El seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales califica dentro de la categoría de seguros de daños y específicamente, es un seguro de tipo patrimonial, pues tiene por objeto la protección directa del patrimonio del asegurado.

1.2. Principio Indemnizatorio

En tratándose de un seguro de daños, el mismo se encuentra sometido al principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, que determina: "Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento". En este sentido, aun habiendo incumplimiento, podría no haber indemnización si se demuestra que de tal situación no se derivaron perjuicios.

1.3. Deber de Prestar la Garantía Única de Cumplimiento

El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que "los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos."

El citado primer inciso de la norma se constituye como el sustento legal del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, el cual además establece el deber de los contratistas de presentar una garantía única que respalde el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con las primeras¹. Finalmente, el artículo estudiado indica que en ciertos contratos estatales² no existe la necesidad de exigir garantías.

1.4. Objeto

El seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales tiene por objeto proteger el patrimonio público de la entidad estatal contratante frente a los posibles perjuicios derivados de los incumplimientos en los que incurran los contratistas colaboradores del Estado en la consecución de los fines estatales.

1.5. Partes e Intervinientes

A diferencia de otros contratos de seguro, en el de cumplimiento existen tres intervinientes independientes, cada uno con distintas obligaciones y derechos. Como partes contractuales, tenemos los siguientes sujetos:

- a) Tomador: Es el contratista cuyas obligaciones se garantizan y quien se encuentra obligado a pagar el valor de la prima.
- b) Aseguradora: Es a quien se traslada el riesgo, que corresponde al posible incumplimiento del contratista o tomador y quien, de realizarse el mismo, ha de responder o efectuar el pago al asegurado/beneficiario.

Como interviniente, más no como parte contractual, se tiene el siguiente:

- c) Asegurado/Beneficiario: Es la entidad pública titular del patrimonio que se puede ver afectado con el incumplimiento del contratista, en estricto derecho, no se constituye como parte en contrato de seguro sino como interviniente y será quien se libera del riesgo y quien recibiría la indemnización en caso de siniestro.

1.6. Inaplicación de la Terminación Automática por Mora en el Pago de la Prima y de la Revocación Unilateral³

El mismo artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que el seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales no expira "por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral."

En primer término, el principio de terminación automática por no pago de la prima no es aplicable al seguro de cumplimiento por cuanto, de aplicarse, desvirtuaría su objeto. Como vimos, la finalidad de este amparo es proteger el patrimonio y los intereses de

1. El artículo 2 de la Ley 80 de 1993 define cuáles son las entidades estatales.
2. **Ley 1150 de 2007. Art. 7. De las garantías en la contratación.** (...)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 a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.
3. Artículos 1068 y 1071 del Código de Comercio.

la entidad estatal. Por esto, si el contratista dejara de pagar la prima y, consecuentemente, el contrato se terminara automáticamente el patrimonio público quedaría desprotegido, con el agravante de que la situación no tendría origen en una actuación de la entidad estatal sino del contratista. En otras palabras, no resulta lógico que la aseguradora pueda terminar el contrato de seguro en detrimento del asegurado por una obligación que legalmente este último no tiene que cumplir.

En cuanto a la revocación unilateral el fundamento es el mismo. Otorgada la póliza de cumplimiento la aseguradora no puede revocarla, pues la entidad asegurada quedaría desprotegida contra el incumplimiento del contratista. Por lo anterior, es claro que no se aplica la revocación unilateral en el caso de los seguros de cumplimiento.

1.7. Declaración del Siniestro

Continuando el estudio del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, vemos que éste indica que la reclamación de los perjuicios causados ante la aseguradora, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales, se presenta por medio de la expedición de un acto administrativo, partiendo del hecho de que éste corresponde a la manifestación de la voluntad del Estado encaminada a producir efectos jurídicos.

En este sentido, el legislador dispuso la necesidad de expedir un acto administrativo constitutivo o declarativo del siniestro, según el caso, que posibilite la afectación de la póliza de cumplimiento.

1.8. Divisibilidad de la Garantía

Por regla general, las garantías de cumplimiento son indivisibles, lo que implica que no pueden fraccionarse en el tiempo sino que deben mantener vigencia durante el término del contrato garantizado y durante un periodo posterior al mismo, en el que se ampara la estabilidad y calidad de las obras o servicios contratados.

Sin embargo, atendiendo a la profunda complejidad de estos seguros y a la necesidad de viabilizar su colocación, el legislador estableció escenarios excepcionales en los que se permite la divisibilidad de la garantía. En la Ley 1150 de 2007 se consagró de manera general la facultad que tienen las entidades estatales para dividir la garantía en aquellos contratos en los que el objeto se desarrolle por etapas subsiguientes y cuya duración sea superior a cinco años.

En estos supuestos, el contratista deberá presentar garantías individuales para cada una de las etapas contractuales, amparando independientemente los riesgos derivados de cada fase; por esto, cabe resaltar que es obligación del contratista garantizar la cobertura para todos los periodos del contrato.

1.9. Decretos reglamentarios

Por medio de la Ley 1150 de 2007, el Congreso estableció las bases normativas de la garantía única de cumplimiento. No obstante lo anterior, la reglamentación detallada fue una tarea propia de la rama ejecutiva, que hasta el momento ha expedido tres decretos con este propósito, como se explica a continuación:

1.9.1. Decreto 4828 de 2008

Inicialmente, se emitió el Decreto 4828 de 2008 por el cual se reglamentó “el régimen de garantías en la Contratación de la administración pública”. Vale la pena resaltar que ésta fue la primera disposición que intentó codificar íntegramente el seguro de cumplimiento para entidades estatales, cuyo origen data de 1720.

El mencionado decreto reguló la garantía de acuerdo con la etapa contractual que se pretendiera asegurar y, para esto, consagró dos categorías de riesgos: (i) los primeros derivados del incumplimiento del ofrecimiento (precontractual), amparados por la garantía de seriedad de la oferta, y (ii) los segundos referentes al incumplimiento de las obligaciones propiamente contractuales, garantizadas con los amparos contenidos en

la garantía única de cumplimiento. Dentro de estos últimos encontramos riesgos contractuales y post-contractuales.

1.9.2. Decreto 734 de 2012

Teniendo en cuenta que hasta ese momento la legislación en materia de contratación pública se encontraba completamente dispersa en diferentes cuerpos normativos⁴, el Gobierno Nacional decidió compilar en un solo decreto el Reglamento del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el cual se recogieron las reglas necesarias para adelantar los procesos contractuales, celebrar los contratos y llevar a cabo otros asuntos relacionados. Por lo anterior, fue expedido el Decreto 734 de abril 13 de 2012, “por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”, normatividad que además de recopilar los dispersos decretos reglamentarios, introdujo algunas modificaciones puntuales al régimen de garantías que cubren y protegen a las distintas entidades públicas.

Al igual que el 4828, el Decreto en comento dispuso que las coberturas amparadas por la garantía única de cumplimiento se dividirían de acuerdo con la etapa contractual en la que se encontrara el riesgo. 1.9.3.

4. Leyes 80 de 1993, 361 de 1997, 816 de 2003, 905 de 2004, 996 de 2005, 1150 de 2007, 1450 de 2011, 1474 de 2011 y Decreto Ley 019 de 2012, Decretos 679 de 1994, 287 de 1996, 2170 de 2002, 1896 de 2004, 2166 de 2004, 066 de 2008, 1170 de 2008, 2474 de 2008, 3460 de 2008, 4828 de 2008, 4444 de 2008, 4533 de 2008, 127 de 2009, 490 de 2009, 931 de 2009, 2025 de 2009, 2493 de 2009, 3806 de 2009, 3576 de 2009, 1039 de 2010, 1430 de 2010, 1464 de 2010, 2473 de 2010, 3844 de 2010, 4266 de 2010, 2516 de 2011 y 3485 de 2011.

1.9.3. Decreto 1510 de 2013

Este Decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 49523 del 26 de mayo de 2015.

Reconociendo que la compra y contratación pública son asuntos estratégicos para el Estado, el Gobierno Nacional haciendo uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 1444 de 2011, expidió el Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011, en el que decidió crear la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

Entre las funciones asignadas a la agencia se destaca la de la racionalización normativa. Con el fin propiciar el desarrollo de sus funciones, el Gobierno Nacional procedió a la expedición del Decreto 1510 de julio 17 de 2013, en el que se consideró necesario hacer nuevamente ajustes al régimen de garantías.

1.9.4. Decreto 1082 de 2015

El Decreto Único Reglamentario (DUR) 1082 de 2015 del Departamento Nacional de Planeación fue expedido por el gobierno nacional el 26 de mayo de 2015. Este decreto derogó el 1510 de 2015 sin embargo no modificó su contenido normativo de manera sustancial, solamente se realizó un cambio en la numeración de los artículos, por lo anterior no existe un cambio normativo en lo relacionado con el régimen de garantías.

Este Decreto contiene, entre otros temas, una compilación de los Decretos Reglamentarios que regulan la contratación estatal y las asociaciones público privadas.

1.10. Riesgos amparados

Como se señaló, la garantía única de cumplimiento (en su perspectiva más amplia) faculta la cobertura para una serie de riesgos asociados con la actividad de contratación estatal; con el propósito de mitigar adecuadamente cualquier contingencia, la normatividad divide los riesgos dependiendo de su naturaleza temporal y define los amparos que deben expedirse para atenuar su eventual concreción.

La clasificación de peligros a los que se enfrentan las entidades públicas con ocasión de la celebración y ejecución de los contratos estatales tiene dos grandes categorías, que responden de alguna forma a esos escenarios, a saber, (i) riesgos precontractuales y (ii) riesgos contractuales y post-contractuales. Será ésta la división que estudiaremos en profundidad en los capítulos siguientes.

2.

RIESGOS PRECONTRACTUALES AMPARADOS POR EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

2.1. Naturaleza Jurídica

En materia de contratación, hay una serie de riesgos precontractuales a los que se ve expuesta la entidad estatal (que serán estudiados individualmente en el siguiente aparte), para los cuales se exige la garantía de seriedad de la oferta. El primer interrogante en torno a esta garantía se relaciona con la naturaleza del amparo que protege a la entidad contra estos peligros; en este sentido, cabe preguntarse si habiéndose concretado alguno de los riesgos precon-

tractuales, la cobertura tiene un carácter indemnizatorio o sancionatorio.

Mientras que la Ley 80 de 1993 establece que en caso de que se presente un riesgo precontractual (sólo se hace referencia a la no suscripción del contrato sin justa causa) es posible afectar la garantía de seriedad de la oferta a título de sanción, cobrando el cien por ciento (100%) del valor asegurado. La reglamentación se ocupó de este problema de una forma distinta, como se evidencia a continuación:

5. **Ley 80 de 1993. Artículo 30.** (...) Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía (...). (Subrayado por fuera del texto original).

Decreto 4828 de 2008	Decreto 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>4.1 Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:</p> <p>La garantía de seriedad de la oferta cubrirá los <u>perjuicios</u> derivados del incumplimiento del ofrecimiento (...).</p>	<p>5.1.4.1 Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:</p> <p>La garantía de seriedad de la oferta cubrirá <u>la sanción</u> derivada del incumplimiento del ofrecimiento (...).</p>	<p>Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta.</p> <p>La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir <u>la sanción</u> derivada del incumplimiento de la oferta (...). (Artículo 115 Decreto 1510 de 2013)</p>
	<p>Art. 5.2.1.1. Parágrafo 2°.</p> <p>La compañía de seguros responderá por los perjuicios o <u>por la sanción</u> cuando se trate de seriedad del ofrecimiento, debidamente liquidados por la entidad contratante y hasta el límite del valor asegurado.</p>	<p>Artículo 2.2.1.1.3.2.8. Sanción por incumplimiento de la seriedad de la oferta.</p> <p>En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total <u>del valor asegurado a título de sanción</u>. (Artículo 136. Decreto 1510 de 2013)</p>

Como vemos, el Decreto 4828 de 2008 indicaba que la garantía de seriedad de la oferta sólo cubría los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento; en este supuesto, y verificada la existencia del siniestro, la entidad estatal debía proceder a la demostración de los perjuicios sufridos como consecuencia de ese incumplimiento para que la aseguradora pudiera acceder a la indemnización.

Durante la vigencia de este Decreto se presentaba una clara contradicción entre las dos normas citadas, en la medida en que la Ley 80 de 1993 hablaba del carácter sancio-

natorio del amparo, mientras que el Decreto se refería a una cobertura para la indemnización de los perjuicios; cabe aclarar que, como la Ley citada sólo consagraba el riesgo de no suscripción del contrato injustificadamente, la antinomia se presentaba exclusivamente sobre este punto y no sobre todos los demás riesgos precontractuales consagrados por el Decreto. Teniendo en cuenta que el artículo 30 de la Ley 80 es de superior jerarquía, fácilmente se concluía que la garantía de seriedad de oferta únicamente tenía naturaleza sancionatoria cuando el adjudicatario no suscribía el contrato sin justa causa; en las demás hipótesis que se encon-

traban consagradas en el numeral 4.1 del Decreto 4828 de 2008, la seriedad de oferta se encontraba regida por el principio indemnizatorio, y por ende, la aseguradora sólo pagaba el monto de los perjuicios demostrados hasta el límite de la suma asegurada. El Decreto 734 de 2012 implicó un avance en esta materia pero no solucionó de fondo la controversia sobre la naturaleza jurídica de la garantía de seriedad de la oferta, por cuanto por una parte estableció, al referirse al objeto genérico de la garantía, que este amparo debía cubrir la sanción, pero al referirse al caso específico de la póliza de seriedad del ofrecimiento, dispuso que “la compañía de seguros responderá por los perjuicios o por la sanción (...) debidamente liquidados por la entidad contratante y hasta el límite del valor asegurado” (Parágrafo 2, artículo Art. 5.2.1.1. del mismo acto administrativo). Se evidencia, por lo tanto, la inconsistencia plasmada en la norma.

Por último, vale resaltar que el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) dispuso que la naturaleza que se predica de la garantía de la seriedad de oferta es sancionatoria. De esta forma, se zanjó la discusión y hoy es posible concluir que los amparos precontractuales tienen carácter sancionatorio.

2.2. Riesgos asegurados

Como hemos mencionado, la fase precontractual presenta una serie de riesgos

propios e independientes, que son asumidos por las aseguradoras por medio de la expedición de la garantía de seriedad de la oferta. La enunciación de estas contingencias ha presentado variaciones a medida que se han promulgado nuevos decretos reglamentarios.

Dentro de los riesgos asegurados en la etapa previa al contrato encontramos los siguientes en cada una de las reglamentaciones:

Decreto 4828 de 2008	Decreto 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>Art. 4</p> <p>4.1.1 La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.</p>	<p>Art. 5.1.4.1</p> <p>Art. 5.1.4.1.1. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.</p>	<p>Art. 2.2.1.2.3.1.6.</p> <p>3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario. (Artículo 115 Decreto 1510 de 2013)</p>
<p>4.1.2 La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.</p>	<p>5.1.4.1.2. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.</p>	<p>1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la Adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.</p>
<p>4.1.3 La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.</p>	<p>5.1.4.1.3 La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.</p>	<p>4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.</p>
<p>4.1.4 El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.</p>	<p>5.1.4.1.4 El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.</p>	<p>2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.</p>
<p>4.1.5 La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.</p>	<p>5.1.4.1.5 El haber manifestado ser mipyme para limitar la convocatoria de un proceso contractual sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición.</p>	

Tanto el Decreto 734 como el 1510 (compilado y derogado por el 1082) eliminaron riesgos consagrados por la normatividad anterior. En la actualidad, por lo tanto, los riesgos precontractuales comprendidos en la garantía de seriedad de la oferta son:

- *La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario:* se presenta cuando el proponente, que ha sido seleccionado al final del proceso, no comparece a la firma del acuerdo estatal sin que medie a su favor justificación válida.
- *El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas:* en este supuesto se afectaría la garantía de seriedad de la oferta cuando, habiéndose presentado una oferta válida, ésta se retira después del cierre del periodo de presentación de las ofertas.
- *La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o la suscripción se prorrogue, siempre que la misma no sea inferior a tres (3) meses:* en estos casos se configura el siniestro cuando el contratista no presenta la ampliación del amparo de seriedad de la oferta habiéndose prorrogado el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato al menos por tres meses.
- *Falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de*

cumplimiento del contrato: ocurre cuando habiéndose suscrito el acuerdo estatal, el contratista incumple su obligación de presentar una póliza que garantice su cumplimiento (la cual es indispensable, no para la firma, sino para el inicio de ejecución del mismo).

2.2.1. Riesgos que fueron eliminados del ordenamiento

De manera breve se hará referencia a los riesgos precontractuales descartados por la más reciente normatividad, pero debe anotarse que tales contingencias pueden tener lugar en los procesos de selección que hayan sido celebrados bajo la vigencia de los Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012.

2.2.1.1. Derechos de publicación en el diario único de contratación

Como se observa en el comparativo, el Decreto 734 de 2012 eliminó el riesgo que asumía el garante cuando el oferente no pagaba los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación, previsto como requisito de legalización del contrato. Esa sustracción se mantuvo en el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015), por lo que hoy este riesgo ha perdido vigencia. No obstante, podría afectarse la garantía de seriedad de oferta en estos eventos cuando se trate de procesos de selección abiertos bajo la normatividad del 2008.

2.2.1.2. MIPYMES (Micro, pequeñas y medianas empresas)

En segundo lugar, el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) excluyó el riesgo de las MIPYMES de la cobertura otorgada con la garantía de seriedad de la oferta. De acuerdo con el Decreto 734, este riesgo amparaba el evento en el que un contratista se presentara como MYPIME a una convocatoria sin serlo.

La inclusión de esta contingencia dentro del ordenamiento responde a la política pública desarrollada desde algún tiempo, encaminada a proteger a los pequeños y medianos empresarios nacionales frente a los competidores extranjeros, quienes en virtud de la celebración de varios tratados de libre comercio pueden ofrecer sus productos en el territorio nacional.

Con esta finalidad, el Decreto de 2012 autorizaba a las entidades estatales a que restringieran las convocatorias para la contratación sólo de MIPYMES, siempre que se cumplieran con los siguientes requisitos: primero, el contrato que se pretendía celebrar debía tener un valor inferior a setenta y cinco mil dólares (USD \$ 75.000), y segundo, la solicitud debía ser presentada por tres (3) MYPIMES que acreditaran como mínimo un (1) año de existencia y que demostraran su condición por medio de una certificación expedida por un revisor fiscal o contador público.

La normatividad mencionada generó dificulta-

des prácticas, derivadas particularmente de los criterios de determinación de las MIPYMES, pues no se definieron adecuadamente las unidades de medida que permitieran establecer el tamaño de la empresa bajo estudio (en principio, se hizo referencia a ventas brutas anuales, que no se definieron, y a activos totales).

Por otro lado, la Ley 1450 de 2011, que introdujo el concepto mismo de las MIPYMES a pesar del mandato expreso que contenía en este sentido, no ha sido reglamentada aún por el Gobierno, lo que a su vez genera inconvenientes.

Estos obstáculos, aunque prima facie eliminados mediante la modificación de los riesgos precontractuales introducida por el Decreto 1510 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015), pueden seguirse presentado en los procesos de selección iniciados bajo la vigencia del Decreto 734 de 2012.

2.3. Suficiencia

La *suficiencia* corresponde al valor mínimo de cualquier garantía y que se establece legalmente con el propósito de que represente un respaldo adecuado para la entidad garantizada. En términos de la garantía de seriedad de la oferta, por regla general, la suficiencia debe ser como mínimo el diez por ciento (10%).

Aunque toda la reglamentación presenta univocidad en términos del porcentaje, hay diferencias en la base que se toma para calcularlo. Por un lado, los Decretos 4828 y 734 establecen

que la suficiencia se calculará con base en el valor *del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado*. Por el otro, el Decreto 1510 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) limita sólo al *valor de la oferta*.

2.3.1. Reglas para escenarios específicos

A pesar de que la regla general es del diez por ciento (10%), ya sea del valor de las pro-

puestas u ofertas, o del presupuesto oficial estimado, se presentan algunos eventos que cuentan con una reglamentación específica en materia de suficiencia, ya sea por la cuantía del proceso de selección o por su naturaleza.

En el siguiente cuadro se exponen las reglas aplicables para cada una de las reglamentaciones, en términos de cuantía en los procesos de contratación:

Decreto 4828 de 2008	Decreto 734 de 2012	Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015)
<p>Presupuesto oficial estimado entre uno y cinco millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000.000 a 5.000.000 SMLMV)</p> <p><u>Mínimo:</u> Cinco por ciento (5%) de ese presupuesto.</p>	<p>Presupuesto oficial estimado entre uno y cinco millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000.000 a 5.000.000 SMLMV)</p> <p><u>Mínimo:</u> Dos punto cinco por ciento (2.5%) de ese presupuesto.</p>	<p>Valor de la oferta entre uno y cinco millones salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000.000 a 5.000.000 SMLMV)</p> <p><u>Mínimo:</u> Dos punto cinco por ciento (2.5%) del valor de la oferta.</p>
<p>Presupuesto oficial estimado entre cinco y diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000.000 a 10.000.000 SMLMV)</p> <p>Mínimo: Dos punto cinco por ciento (2.5%) de ese presupuesto.</p>	<p>Presupuesto oficial estimado entre cinco y diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000.000 a 10.000.000 SMLMV)</p> <p>Mínimo: Uno por ciento (1%) de ese presupuesto.</p>	<p>Valor de la oferta entre cinco y diez millones salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000.000 a 10.000.000 SMLMV)</p> <p>Mínimo: Dos punto cinco por ciento (1%) del valor de la oferta.</p>
<p>Presupuesto oficial estimado superior a diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (mayor a 10.000.000 SMLMV)</p> <p>Mínimo: Dos por ciento (2%) de ese presupuesto.</p>	<p>Presupuesto oficial estimado superior a diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (mayor a 10.000.000 SMLMV)</p> <p>Mínimo: Cero punto cinco por ciento (0.5%) de ese presupuesto.</p>	<p>Valor de la oferta superior a diez millones salarios mínimos legales mensuales vigentes (mayor a 10.000.000 SMLMV)</p> <p>Mínimo: Cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la oferta.</p>

A continuación se enuncian las reglas particulares para ciertos casos, de acuerdo con la naturaleza del proceso, a saber: (i) la concesión de espacios de televisión; (ii) acuerdo marco de precio; (iii) subasta inversa y concurso de méritos.

Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012

Concesión de espacios de televisión: En estos procesos, bajo las reglamentaciones mencionadas, la garantía debe contar con una suficiencia mínima equivalente al uno punto cinco por ciento (**1.5%**) del valor estimado del espacio licitado.

Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015)

Acuerdo Marco de Precio: Los proponentes de un proceso de contratación de un Acuerdo Marco de Precio deben presentar una garantía con un valor mínimo de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (**1.000 SMMLV**).

Subasta inversa y concurso de méritos: Los proponentes en estos casos deben presentar una garantía mínima cuyo valor sea del diez por ciento (**10%**) del presupuesto oficial estimado del proceso de contratación.

Como se ha mencionado con anterioridad, es necesario determinar cuál es el régimen aplicable para el proceso de selección bajo estudio, cuál es su naturaleza y cuál es la cuantía del presupuesto o el valor de la oferta para establecer precisamente qué porcentaje de suficiencia debe aplicarse en cada uno de los eventos estudiados.

2.3.2. Verificación de la Suficiencia

En el caso de los Decretos 4828 y 734 se establece que la verificación de la suficiencia de la garantía se debe efectuar al momento de evaluar las propuestas, so pena de ser causal de rechazo de las mismas, en otras palabras, se rechazarán las propuestas que no presenten la garantía de la seriedad de la oferta en los términos exigidos por la reglamentación aplicable.

El Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015), a diferencia de los dos decretos citados, no establece que la no presentación de la seriedad de la oferta es una causal de rechazo de la propuesta, y la Circular Externa 13 de 2014 proferida para la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente- establece que *"la presentación de la garantía de seriedad de la oferta puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación."* Lo anterior, significa que la presentación de la seriedad

de la oferta es un requisito subsanable dentro del proceso de selección.

La posición de Colombia Compra Eficiente se sustenta en lo dispuesto en el Parágrafo 1 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que textualmente indica que *"la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."*

A través de la norma citada el legislador dio alcance en materia contractual al principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual, lo sustancial prevalece sobre lo formal. Es importante recordar que cuando la Ley 80 de 1993 consagró el principio de economía en la contratación estatal, también intentó establecer una regla de subsanabilidad que facilitara la selección objetiva, dándole prevalencia a lo sustancial. El numeral 15 del artículo 25 de la mencionada ley sostenía que *"la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos."*

Con fundamento en las normas citadas el Consejo de Estado ha concluido lo siguiente:

A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.⁶ (Subrayado por fuera del texto)

Tanto el Consejo de Estado como Colombia Compra Eficiente concluyen, con funda-

6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 2014. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Rad. 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804)

mento en el Parágrafo 1 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pero sin analizar las particularidades de la póliza de seriedad de la oferta, que la presentación de la misma es un requisito que se puede subsanar porque no afecta la asignación de puntaje.

No obstante lo anterior, es importante recordar que uno de los elementos esenciales del contrato de seguro es el riesgo asegurable, que es definido por el artículo 1054 del Código de Comercio como "*el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.*" Si se permite "subsanan" la presentación de la póliza de seriedad, sencillamente se está indicando que se debe expedir una póliza para garantizar un hecho cierto, inasegurable como vimos, pues para que la garantía sea admitida por la entidad pública contratante debe cumplir con los requisitos establecidos por el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015), en particular aquellos consagrados por el artículo 118, que establecen que la vigencia de este tipo de pólizas debe iniciar a partir de la presentación de la oferta.

En ese orden de ideas, para subsanar el requisito de acompañar la oferta de la garantía de seriedad, es necesario que esta

última inicie su vigencia en forma retroactiva, esto es, desde el momento en que se presentó la propuesta, para que se ajuste a lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013 y pueda ser aceptada por la entidad.

Si se expide la póliza con vigencia retroactiva el contrato de seguro es ineficaz porque carece de uno de sus elementos esenciales que es el riesgo asegurable. Dicha consecuencia jurídica se encuentra consagrada en el artículo 1045 del Código de Comercio y ha sido reiterada por la Superintendencia Financiera, quien ha sostenido:

Sin embargo, mal podría extenderse esta conclusión a eventos en los cuales el tomador del seguro solicite al momento mismo del perfeccionamiento del contrato o de su prórroga que la póliza registre una vigencia anterior a éste, toda vez que por el lapso de la vigencia correspondiente a dicha retroactividad no se podría establecer la existencia de riesgo asegurable, elemento de la esencia del contrato de seguro, en la medida que no concurrirían las características propias de este cuales son su futuriedad e incertidumbre.

De lo anterior se colige que son características del riesgo asegurable, como elemento esencial del contrato de seguro, su futuriedad y su incertidumbre; por tal circunstancia, no resulta legalmente posible en estos casos,

*que las compañías de seguros expidan pólizas cuya vigencia se inicie con anterioridad a la fecha del perfeccionamiento del contrato.*⁷

Si no se expide retroactivamente la vigencia de la garantía, no se puede subsanar el requisito porque no se cumpliría con los requisitos establecidos por el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015).

Ahora bien, como se indicó anteriormente, la seriedad de oferta cubre los siguientes riesgos:

- La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
- La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.
- La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.
- El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

Si no existiera la obligación de presentar

la garantía con una vigencia que inicie al momento de la presentación de la propuesta, los riesgos se podrían asumir en cualquier momento, antes de la adjudicación del contrato.

En conclusión, independientemente de lo sostenido por el Consejo de Estado, no es posible volver subsanable lo insubsanable, por tanto, la presentación de la seriedad de oferta, así no sea un requisito de evaluación, se deberá realizar en el mismo momento que se presente la propuesta, so pena de que el contrato de seguro sea ineficaz, por carecer de un elemento esencial, que es el riesgo asegurable.

2.4. Vigencia

En esta materia, las tres disposiciones reglamentarias contemplan la misma posición en torno a la vigencia de la garantía de seriedad del ofrecimiento, por lo tanto, sus amparos deberán estar siempre vigentes desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía única de cumplimiento, que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

3.

RIESGOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Una vez finalizado el proceso de selección, se escoge la propuesta más favorable para los intereses de la entidad pública y se procede a la firma del contrato estatal. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal “se perfecciona cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleva a escrito.” No obstante, es importante señalar que uno de los requisitos de ejecución del contrato es la aprobación de las garantías requeridas por la entidad.

En la etapa contractual pueden surgir los siguientes riesgos:

3.1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo

Este amparo cubre a la entidad contratante de los perjuicios sufridos como consecuencia de los siguientes riesgos:

- No inversión del anticipo.
- Uso indebido del anticipo.
- Apropiación indebida del anticipo (que se redacta de forma diferente en la reglamentación bajo estudio).

Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
La apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.	La apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

Aunque los riesgos en su esencia se mantuvieron iguales, la redacción del último decreto simplificó el escenario de la apropiación indebida del anticipo, por medio de una aproximación amplia.

3.1.1. Amortización del anticipo

Es importante aclarar que ni la Ley 1150 de 2007, ni el Decreto 734 de 2012 establecen que a través del amparo mencionado se garantiza la AMORTIZACIÓN del anticipo, que realmente es un término contable que sencillamente permite que la entidad contratante descuente proporcionalmente parte del dinero entregado por concepto de anticipo en cada una de las actas de obras.

Por ejemplo, el contratista ejecuta obras por \$100.000.000, por tanto se genera el acta de obra correspondiente y de ese valor la entidad contratante toma el 30% para amortizar el valor entregado como anticipo, pero realmente el contratista en este momento ya ha invertido \$100.000.000, así la amortización sea menor. La garantía única de cumplimiento garantiza que el contratista invierta correctamente los recursos del anticipo, pero no cubre el ejercicio contable explicado.

Como se mencionó, y entendiendo la noción de la amortización, es claro que la garantía única de cumplimiento cubre la correcta inversión de los recursos desembolsados como anticipo, pero en ningún evento

garantiza el ejercicio contable de amortización de los mismos.

3.1.2. Patrimonio autónomo para el manejo del anticipo

La Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), en su artículo 91, establece que *"en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá 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 dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía"*.

La norma citada modifica sustancialmente el manejo del anticipo porque exige que el dinero se consigne en un patrimonio autónomo; como consecuencia, el contratista no recibiría los recursos en su cuenta bancaria sino que estos se giraran directamente a la fiduciaria, en su calidad de administradora del patrimonio autónomo. Esta figura, vale aclarar, elimina el uso de la cuenta conjunta como mecanismo de gestión del anticipo.

Es importante señalar, para efecto de darle claridad al tema, que la fiducia puede tener varias modalidades. En las normas reglamentarias que se han estudiado⁸ se admite,

8. Superintendencia Financiera. Concepto 2009071756-001 del 18 de noviembre de 2009

como mecanismo de cobertura para la entidad contratante, la constitución de una fiducia mercantil en *garantía* o, con la modificación introducida por el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015), de un patrimonio autónomo como *garantía* que, para efectos prácticos, resulta ser lo mismo. Bajo este esquema, el contratista tiene la obligación de transferir bienes a la fiduciaria para que ésta, en el evento en que se configure el incumplimiento, proceda a venderlos para destinar su producido a la cancelación de la obligación pecuniaria que surja a favor de la entidad estatal. Este tipo de garantías sigue vigente y su otorgamiento resulta admisible para mitigar el riesgo de incumplimiento en la contratación pública.

Sin embargo, la clase de fiducia a la que hace referencia el mencionado Estatuto Anticorrupción, y que es objeto de este aparte, es necesariamente la de administración y pagos, y no la de garantía, pues resultaría ilógico que se garanticen las obligaciones del contratista con una fiducia en la cual se consignan los recursos estatales que se entregan a título de anticipo; en otras palabras, la garantía que otorga el contratista no puede estar constituida por recursos de la propia entidad garantizada.

Lo anterior es reconocido por el tratadista Sergio Rodríguez Azuero cuando analiza esta modalidad específica:

Una aplicación de esta modalidad que sirve a los particulares pero permite poner la fiducia al servicio del sector público, está ligada a los que se conocen como "fideicomisos de administración y pagos". En ellos la finalidad central del encargo se vincula con el desarrollo de contratos, especialmente de obras públicas o construcción, en los cuales los avances van originando la obligación de realizar pagos a los contratistas, los cuales se canalizan a través de este medio.⁹

La finalidad central del patrimonio autónomo, creado con ocasión de un contrato de fiducia de administración y pagos, es aumentar la eficiencia en la gestión del anticipo; de esta forma, la sociedad fiduciaria queda obligada a realizar los pagos directamente a los proveedores que requieran los contratos, permitiendo que los servicios o las obras contratadas avancen sin obstáculos y sin que el contratista disponga libremente de los recursos recibidos como anticipo. De esta forma, es posible evitar que los contratistas se apoderen de los dineros entregados a título de anticipo o que los usen para financiar otras obras.

Lo anterior resulta lógico bajo una premisa fundamental de la contratación estatal: el anticipo no es parte de la remuneración del contratista, sino que corresponde a dineros públicos entregados por adelantado para que pueda empezar a ejecutarse el contrato.

9. AZUERO ROGRIGUEZ, Sergio. Contratos Bancarios. Quinta Edición. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Página 884.

Desde nuestra perspectiva, la norma es útil siempre que los pagos a proveedores del contratista salgan directamente del patrimonio autónomo; si, de lo contrario, sólo agrega otro actor en la cadena que, en últimas, va a entregar el dinero al contratista sin ningún control, se seguirán presentando problemas con el manejo de los dineros mencionados.

Ahora bien, es importante indicar que el artículo 91 del Estatuto Anticorrupción no elimina el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues éste sigue siendo un amparo exigido en los contratos estatales; el legislador simplemente quiso establecer mayor control en el manejo de esos recursos,

y por eso exigió la administración de los mismos por medio patrimonios autónomos.

Consecuentemente, hay dos medidas de mitigación del riesgo autónomas que entran en contacto en este punto: por un lado, la garantía de cumplimiento, bajo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y por el otro, el patrimonio autónomo constituido para facilitar la administración del anticipo, por medio del pago directo a proveedores.

La fiducia de administración y pagos bajo estudio ha sido reglamentada tanto en el Decreto 734 de 2012 como en el 1510 de 2013, en los siguientes términos:

Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>Artículo 8.1.18. Del anticipo.</p> <p>(...)</p> <p>Para los contratos de obra, concesión, salud cuyo monto sea superior a la menor cuantía de la entidad contratante, y para los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo en los términos previstos en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, según se opte por una u otra figura en el contrato.</p>	<p>Artículo 2.2.1.1.2.4.1. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos.</p> <p>En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.</p> <p>Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de ésta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil. En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.</p> <p>En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.</p> <p>(Artículo 35 del Decreto 1510 de 2013)</p>

En conclusión, la fiducia de administración y pagos, que tiene por objeto mejorar la gestión del anticipo, es una medida exigida por los últimos decretos reglamentarios que se encuentra plenamente vigente en los procesos actuales de contratación. Se hizo claro que el patrimonio autónomo que se deriva de esa fiducia no asegura a la entidad contratante frente a los perjuicios que cause el contratista como consecuencia del mal manejo del anticipo, y no lo podría hacer, por cuanto en ese patrimonio autónomo no hay bienes del contratista sino de la entidad pública contratante.

3.1.3. La liquidación del contrato y su relación con el amparo de anticipo

Otro interrogante relacionado con el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo gira en torno al momento en el que debe presentarse la reclamación ante la aseguradora, y a los requisitos que debe reunir el asegurado para demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro.

En nuestro concepto, el amparo estudiado no se puede afectar sin que previamente se liquide el contrato, como pasa a explicarse.

La liquidación del contrato es el momento jurídico en el que las partes hacen el balance real del contrato y determinan, de manera cierta sus derechos y obligaciones recíprocas y, por lo tanto, es cuando se puede afirmar que por parte de alguna de

ellas existe algún incumplimiento. Así lo ha establecido la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰, cuando ha sostenido “que el alcance y sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, lo cual permite determinar si alguna de las partes de un contrato le debe algo a la otra u otras y de ser así, **cuánto es el monto del valor adeudado.**” (se resalta)

La decisión del Consejo de Estado citada no es aislada, pues en múltiples oportunidades ha determinado que la liquidación del contrato es la etapa del negocio jurídico, en la que se hace el corte de cuentas y se determina a ciencia cierta si el contratista debe restituir alguna suma de dinero, o si por el contrario, la entidad contratante debe asumir alguna responsabilidad de tipo patrimonial. En una sentencia reciente, la Sección Tercera¹¹ sostuvo al respecto:

La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta, y más adelante las partes valoran el resultado,

teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste.

Por ello lo procedente es que se liquide el contrato y como consecuencia de lo anterior se ordene hacer efectiva la garantía única si a ello hay lugar. Si primero se afecta el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y después se liquida el contrato, se podría generar un doble pago, pues se le exige a la aseguradora el valor asegurado y en el momento de la liquidación se reciben las obras, o el contratista devuelve los recursos entregados a título de anticipo.

Como bien lo dice el Consejo de Estado, antes de la liquidación las partes no conocen el balance real del contrato, y si eso no se sabe a ciencia cierta, es imposible que se declare un siniestro, pues la ocurrencia del mismo no es cierta ni demostrable. Si la entidad contratante aún no ha establecido mediante los mecanismos contractuales pertinentes cuál es la cantidad de obra ejecutada con los dineros del anticipo, porque no ha liquidado

el contrato, quiere decir entonces, que no se ha establecido aún cual es el monto del incumplimiento que endilga al contratista y que, por tanto, pretende le sea reconocido por la Aseguradora.

Finalmente, es importante recordar lo indicado por el Tratadista Juan Manuel Díaz- Granados Ortiz en relación con el momento contractual en el que cuantifica el perjuicio sufrido por la entidad contratante. El citado Doctrinante ha manifestado: "normalmente la entidad estatal evidenciará la mala utilización del anticipo en caso de retraso o incumplimiento y la cuantificación del perjuicio de efectuará, en principio, con la liquidación del contrato, pues es en ese momento en que se establecen las sumas que el contratista queda a deber."¹²

3.1.4. Suficiencia

En todos los decretos reglamentarios acá mencionados, el valor asegurado del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo corresponde al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, ya sea en dinero o en especie, para la ejecución del contrato. Este valor deberá estar claramente determinado en la póliza presentada por el contratista ante la entidad estatal.

10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2009. Rad. 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854). C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1990-00842-01(17322). C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

12. DIAZ-GRANADOS ORTIZ Juan Manuel. Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Colombo Editores. 1995.

3.1.5. Vigencia

Dependiendo de la reglamentación aplicable, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo deberá mantenerse vigente hasta momentos diferentes, como se puede apreciar en el siguiente cuadro comparativo:

tratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

Cabe aclarar que la diferencia entre el anticipo y el pago anticipado es que el primero es una suma de dinero que entrega la entidad contratante al contratista con el objeto de que

Decreto 4828 de 2008	Decreto 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>7.2 Buen manejo y correcta inversión del anticipo.</p> <p>(...) su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.</p>	<p>5.4.3.2. Buen manejo y correcta inversión del anticipo.</p> <p>(...) su vigencia se extenderá hasta la fecha prevista en el contrato para el último pago parcial con el que se verifique la amortización total del anticipo y seis (6) meses más.</p>	<p>Artículo 2.2.1.2.3.1.10. Suficiencia de la Garantía de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo.</p> <p>La Garantía de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, (...) (Artículo 119. Decreto 1510 de 2013)</p>

Con esto damos cierre al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo que, como vimos, pretende cubrir los riesgos de: (i) no inversión del anticipo; (ii) uso indebido del anticipo; y (iii) apropiación indebida del anticipo, bajo los parámetros y con las particularidades estudiados.

3.2. DEVOLUCIÓN DE PAGO ANTICIPADO

Este amparo cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del con-

este último la invierte única y exclusivamente en la ejecución del contrato, mientras que el segundo corresponde a parte de la remuneración que recibe por adelantado el contratista por su labor; el anticipo constituye dinero público que el contratista debe devolver por medio de su amortización, mientras que el pago anticipado es una parte del precio del contrato o de la remuneración pactada, que el contratante recibe y que entra a su patrimonio, por lo que éste no está obligado a amortizarlo.

Se ha visto que en la práctica frecuentemente las entidades públicas no hacen distin-

ción alguna entre este amparo y el de buen manejo y correcta inversión del anticipo, estudiado en el aparte anterior.

3.2.1. Suficiencia

Los decretos reglamentarios de la Ley 1150 de 2007 han establecido consistentemente que el valor asegurado para este amparo debe ser igual al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado.

3.2.2. Vigencia

Aunque toda la reglamentación está de acuerdo con que el amparo de pago anticipado, al igual que el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, deba estar vigente hasta la liquidación del contrato, el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) introduce otra alternativa, según la cual este amparo puede mantener vigencia “hasta que la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal”.

Con relación a esta alternativa, aunque se entiende su propósito de permitirle a la entidad estatal renunciar a las pólizas que amparen hechos que ya no representan riesgos por saberse su ocurrencia o la falta de ésta, es completamente aplicable lo mencionado sobre la liquidación del contrato

como el momento idóneo para determinar y verificar el cumplimiento las obligaciones contractuales y decidir si es necesario afectar alguna de las pólizas.

3.3. CUMPLIMIENTO

El amparo de cumplimiento cubre a la entidad contratante de los perjuicios causados como consecuencia de la ocurrencia de algunos de los siguientes hechos:

- Incumplimiento total de las obligaciones contractuales.
- Incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales.
- Cumplimiento tardío de las obligaciones contractuales.
- Cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales.

Es importante indicar que la garantía única de cumplimiento cubre los perjuicios que se generen como consecuencia de los hechos anteriores, en la medida que estos sean imputables al contratista garantizado, es decir, tiene que existir nexo de causalidad entre el incumplimiento del contratista y el perjuicio causado a la entidad contratante.

Adicionalmente, este amparo cubre el pago de las multas pactadas en el contrato y el valor de la cláusula penal pecuniaria.

Es importante indicar que la garantía única de cumplimiento cubre los perjuicios que se generen como consecuencia de los hechos anteriores, en la medida que estos sean imputables al contratista garantizado, es decir, tiene que existir nexo de causalidad entre el incumplimiento del contratista y el perjuicio causado a la entidad contratante.

Adicionalmente, este amparo cubre el pago de las multas pactadas en el contrato y el valor de la cláusula penal pecuniaria.

3.3.1. Multas

Las multas son sanciones coercitivas que tienen por objeto conminar al contratista para que cumpla con sus obligaciones. Por su naturaleza sancionatoria, el valor de las multas debe ser asumido por la aseguradora sin necesidad de que la entidad contratante demuestre ningún perjuicio.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las multas sólo se pueden imponer en la medida en que se adelante un procedimiento previo, que les permita al contratista y a la aseguradora ejercer su derecho fundamental a la defensa.

Son dos los requisitos fundamentales para la imposición de esta sanción: (i) es necesario que la obligación debida por el contratista aún no se haya cumplido y (ii) es indispensable que el plazo de ejecución del contrato esté vigente en el momento en el que se

imponga la multa. Habiéndose reunido estos requisitos, y condenado el contratista al pago de la multa, la aseguradora deberá asumir dicho pago, siempre que no haya posibilidad de compensar esa suma con valores adeudados al contratista o que, después de cobrársele directamente, el contratista haya fallado en el pago de la sanción.

3.3.2. Cláusula penal pecuniaria

La cláusula penal pecuniaria es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato con el objeto de establecer previamente un monto o una cuantía equivalente al valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual de una de las partes. El efecto jurídico más importante de la cláusula mencionada es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Según el Doctor Rodrigo Escobar Gil, la cláusula penal pecuniaria es “una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra”.¹³ Es una tasación anticipada de perjuicios, cuyo efecto jurídico es que exime al acreedor (parte cumplida) de demostrar el monto de los perjuicios.

Por su parte el tratadista Jorge Pino Ricci, define la cláusula penal pecuniaria como aquella “estipulación contractual propia del

derecho común mediante la cual las partes acuerdan cancelar una sanción pecuniaria, en caso de incumplimiento en las obligaciones contractuales. Por otra parte, puede definirse también como estimación anticipada, según se acuerde definitiva o no, de los perjuicios que eventualmente pueden sufrirse como consecuencia del incumplimiento de una de las partes.”¹⁴

Teniendo en cuenta que la cláusula penal pecuniaria constituye una tasación anticipada de perjuicios, el Código Civil estableció una fórmula que permite graduar la misma en función del porcentaje de ejecución del contrato. Lo anterior, con el objeto de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que hace efectiva la mencionada estipulación. Es por ello que el artículo 1596 del Código Civil consagra: “si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” En el mismo sentido, el artículo 867 del Código de Comercio establece: “Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en

que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”

Frente a las dos disposiciones citadas la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁵ ha sostenido:

Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.

Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar:

“Dice el art. 1539 que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal’.

13. ESCOBAR GIL Rodrigo. Teoría General de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. Edición 2003.

14. PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398.

15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

“Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero, si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendrá el derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva.
(...)

“Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria

y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena.
(...)

“Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy restringidos lo arbitrario del juez.”¹⁶

16. CLARO SOLAR, Luis. Ob. Cit. Págs. 520 y 521.

Así mismo, PHOTIER –citado por Felipe Navia Arroyo-, al exponer los cinco principios propios de la naturaleza de las obligaciones penales, expresó:

“Principio primero: ‘Siendo la obligación penal, por su naturaleza, accesoria a una obligación primitiva y principal, la nulidad de esta entraña la nulidad de la obligación penal’.

“Principio segundo: ‘La nulidad de la obligación penal no entraña la de la primitiva’.

“Principio tercero: ‘La obligación penal tiene por fin asegurar la obligación principal’.

“Principio cuarto: ‘Esta pena es estipulada con la intención de indemnizar al acreedor de la inejecución de la obligación principal; es por consiguiente compensatoria de los daños y perjuicios que sufre por la inejecución de la obligación principal’.

“Principio quinto: ‘La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva.’ (Negrilla fuera del texto) (NAVIA ARROYO, Felipe. La cláusula penal en la transacción. Parte de: Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1936-2003. Tomo II. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Pág. 496.)

17. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 2000. Rad. 10540. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Las normas transcritas consagran el principio de proporcionalidad en materia de sanciones, que aplica completamente a los contratos y convenios estatales por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias expresamente reguladas por la mencionada ley. Es importante indicar que la norma citada aplica de manera indirecta al contrato de seguro, en la medida que la aseguradora por expresa disposición del numeral 5.1.4.2.3 del Decreto 734 de 2012, está obligada a pagar el monto de la cláusula penal impuesta al contratista garantizado, en la medida que la misma se encuentre pactada en el contrato garantizado.

De conformidad con lo indicado, la cláusula penal se tiene que hacer efectiva en proporción al incumplimiento del contratista, por cuanto si se hace efectiva en un porcentaje mayor se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad estatal contratante. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷, sostuvo:

La Sala aclara que así el funcionario que tome la decisión esté revestido de una cierta facultad discrecional, ese poder es por otra parte susceptible de graduación y por consiguiente, controlable ante esta jurisdicción toda vez que la existencia de poderes absolutos y arbitrarios es algo que repugna al Estado social de derecho

que preconiza la Carta Política. Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva. En el caso objeto de la presente controversia, es posible la reducción de la sanción impuesta toda vez que, como se advirtió, la administración modificó el porcentaje de incumplimiento del demandante, el cual resultó inferior al inicialmente calculado, con la aclaración de que el incumplimiento del contratista sí se presentó aunque en menor medida. Pero tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la sala en asuntos similares. Por lo anterior y de conformidad con el Art. 170 del C. C. A, la presente sentencia reducirá en un 50% el monto de la cláusula penal pecuniaria que la entidad demandada hizo efectiva, esto es, la pena quedará en un 5% del valor del contrato, en armonía con la corrección que hizo la administración al revisar el porcentaje de las obras faltantes que corresponde a un porcentaje similar. En estas condiciones, la falsa motivación que le atribuye el demandante al acto acusado está acreditada de acuer-

do con los hechos probados, los cuales evidencian que si bien el incumplimiento del contrato se dio, este no lo fue en la magnitud afirmada por la administración. Deberá por tanto anularse el acto acusado y modificarse el monto de la pena pecuniaria impuesta, de acuerdo con las anteriores consideraciones.

Es importante indicar que la Sección Tercera del Consejo de Estado desde el 20 de octubre de 1995, fecha en la cual se profiere la primera sentencia en la cual se analiza la aplicación de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, para efecto de la disminución de la cláusula penal pecuniaria en proporción al porcentaje de cumplimiento de las obligaciones contractuales, ha reconocido de manera pacífica la aplicación del principio de proporcionalidad consagrado en las normas indicadas en los contratos estatales.¹⁸

La misma tesis también ha sido expuesta por el Doctrinante César Augusto Núñez Villalba¹⁹, quien ha sostenido:

Analizamos en el capítulo anterior, que declarada la caducidad del contrato, ocurre el siniestro de incumplimiento y se hará exigible la cláusula penal, lo que en principio conllevaría el pago del cien

por ciento de cláusula penal pactada, lo cual no es cierto en todos los casos. En efecto, el Consejo de Estado, Sección III, en sentencia de 20 de octubre de 1995 Exp. 7757 C. Ponente Dr. Juan de Dios Montes, estimó que cuando un contrato con una entidad estatal se ha cumplido parcialmente, esta ha aceptado dicho cumplimiento parcial o recibido la obra parcial, con fundamento en los artículos 1596 del C.C., 867 del C. De Cio. Y 170 del C.C.A. Es procedente reducir el valor de la cláusula penal, proporcionalmente al porcentaje de la obra ejecutada.

La reducción de la cláusula penal pecuniaria es un tema pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la Doctrina especializada. Prueba de lo anterior, es que el Tratadista Jorge Pino Ricci establece en su obra "El régimen jurídico de los contratos estatales", que "se podrá reducir el valor de la penal pecuniaria si el deudor ha cumplido parte de la obligación principal y el acreedor lo ha aceptado. Esta disminución será proporcional a la parte recibida."²⁰ Por su parte, el Doctor Rodrigo Escobar Gil indica:

Sin embargo, a diferencia de la presunción de la existencia del daño antijurídico causado por el incumplimiento del contrato, que tiene la naturaleza propia de

18. Ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

19. NÚÑEZ VILLALBA César Augusto. Evolución y Perspectiva del Contrato de seguro en Colombia. Página 287.

20. Ob. Cit. Página 400.

21. Ob. Cit. Página 394.

una presunción *juris et de jure*, la relativa a la cuantía del daño antijurídico, tiene la naturaleza de una presunción *juris tantum*; porque si bien la penalidad actúa como mecanismo de evaluación del daño, la ley le reconoce al contratista incumplido el derecho de obtener una rebaja o disminución de la penal estipulada, en los casos que pruebe haber cumplido parcialmente la obligación principal y que ésta ha sido recibida por la Administración (C.C, art. 1596). La jurisprudencia administrativa ha reconocido que esta regla limitativa de la pena por incumplimiento es aplicable a la contratación estatal por la necesidad de salvaguardar la justicia y la equidad frente a los efectos indemnizatorios de la cláusula penal.²¹

En conclusión, se puede indicar que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios que pactan las partes del contrato, que se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 1596 del Código Civil, y en consecuencia, la misma sólo puede hacer en efectiva en proporción al porcentaje de incumplimiento del deudor, que en este caso es el contratista.

3.3.3. Responsabilidad fiscal

De acuerdo con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubre los perjuicios que demuestre la Contraloría en procesos de responsabilidad fiscal que se adelanten para determinar el detrimento patrimonial causado a la administración pública, como consecuencia del incumplimiento de las obli-

gaciones del contrato garantizado con la póliza de cumplimiento debidamente expedida.

Tal disposición había sido transcrita tanto en el Decreto 4828 de 2008 como en el 734 de 2012, pero con el fin de evitar repetir disposiciones legales se decidió no incluirlo en el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015).

Sin embargo, en la actualidad el artículo en comento sigue vigente y ha servido como mecanismo para vincular en calidad de garantes a las aseguradoras que hayan expedido pólizas de cumplimiento para contratista llamados a procesos de responsabilidad fiscal.

3.3.4. Suficiencia

En principio, el valor asegurado del amparo de cumplimiento será como mínimo el equivalente a la cláusula penal pecuniaria, pero en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato.

Usualmente, el valor asegurado es fijado por la entidad contratante como equivalente al valor de la cláusula penal pecuniaria, teniendo en cuenta que ésta corresponde a la estimación anticipada de los perjuicios, pactada por las partes.

3.3.5. Vigencia

El amparo de cumplimiento debe estar vigente durante todo el plazo del contrato y hasta la liquidación del mismo.

Usualmente el amparo se expide hasta el plazo de liquidación contractualmente definido por las partes, pero si estas no lo hacen, la vigencia del amparo de cumplimiento se debe fijar teniendo en cuenta que las partes del contrato estatal legalmente²² tienen cuatro meses para liquidar el acuerdo de mutuo acuerdo y la administración tiene dos meses más para ejercer su facultad de liquidar el mismo de manera unilateral.

Consecuentemente y por regla general, las entidades públicas contratantes solicitan el amparo de cumplimiento por el plazo del contrato más seis (6) meses adicionales.

3.4. PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES

Este amparo cubre a la entidad pública asegurada de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal requerido para la ejecución del contrato amparado.

Es importante aclarar que la aseguradora está obligada a pagar la indemnización de estos perjuicios, en la medida que se afecte el patrimonio de la entidad asegurada, es decir, el amparo

no se puede afectar para pagar las obligaciones laborales que ha incumplido el contratista si los empleados de este último no le cobran a la administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo²³.

3.4.1. Suficiencia

En términos de la suficiencia, se aplica el mismo valor en las tres reglamentaciones bajo estudio, según las cuales el valor asegurado de este amparo no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato.

3.4.2. Vigencia

El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales se deberá mantener vigente durante todo el plazo del contrato y tres años (3) más. La razón para exigir que el amparo esté vigente por tanto tiempo después de vencido el contrato está relacionada con el término de prescripción de los derechos laborales.

22. Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

23. La norma citada establece que el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra es "solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores (...)".

4.

RIESGOS DERIVADOS DE LAS OBLIGACIONES POST-CONTRACTUALES

El contratista garantizado no sólo tiene obligaciones contractuales, sino también post-contractuales que surgen después del vencimiento del plazo del acuerdo. Esencialmente, este tipo de obligaciones está relacionado con el deber de garantizar la estabilidad de los trabajos realizados, el buen funcionamiento de los bienes entregados o la calidad del servicio prestado.

Los riesgos post-contractuales se cubren por medio de amparos puntuales, cuyas vigencias inician siempre en el momento que vencen las obligaciones contractuales. Aunque técnicamente los amparos contractuales y los post-contractuales no deben estar vigentes al mismo tiempo, existe una excepción que se presenta en el caso del amparo de salarios y prestaciones sociales, en la medida en que éste cubre la etapa contractual y se mantiene vigente por tres (3) años más, que transcurren durante la etapa posterior al término de vigencia del contrato.

Para cubrir los riesgos que surgen después de cumplir las obligaciones contractuales se han creado los siguientes amparos:

4.1. ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA

Bajo esta cobertura se protege a la entidad estatal por los perjuicios que sufra como consecuencia de cualquier daño o deterioro que se presente en la obra entregada, por razones imputables al contratista.

En la reglamentación de la Ley 1150 de 2007 se ha unificado los amparos de estabilidad y calidad de la obra, sin tener que diferenciarse cuál de los dos eventos ha ocurrido para poder afectar uno u otro amparo. Los decretos reglamentarios han definido esta cobertura de la siguiente manera:

Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.</p>	<p>Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.</p>

4.1.1. Suficiencia

La administración deberá tener en cuenta el objeto, la cuantía, la naturaleza del contrato, y las obligaciones contenidas en este, con el fin de determinar el monto correspondiente al valor asegurado y garantizar la protección del patrimonio público. El Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) incorporó la exigencia de incluir el valor de la garantía en los pliegos de condiciones de la contratación, atendiendo las mismas condiciones y consideraciones para su determinación.

4.1.2. Vigencia

Su vigencia se inicia a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad y no puede ser inferior a cinco (5) años, pero el asegurado, esto es, la entidad contratante puede justificar técnicamente la necesidad de establecer una vigencia inferior.

Con el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015)

se aclaró la forma en que debe justificarse tal reducción de la vigencia, siendo ahora necesario el apoyo de un experto en la materia.

4.2. CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS

Este amparo tiene por objeto cubrir a la entidad por los perjuicios imputables al contratista garantizado por los siguientes hechos:

- Mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato.
- Incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

Lo anterior se presenta en los tres decretos reglamentarios, aunque su redacción no sea la misma, como pasa a observarse:

Decreto 4828 de 2008	Decreto 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>4.2.7. El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.</p>	<p>5.4.3.4. El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados o de calidad de los servicios prestados estará exclusivamente referido a los bienes y servicios destinados al "segmento terreno" de acuerdo con lo que se defina en los pliegos de condiciones y cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo, o (iii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.</p>	<p>2.2.1.2.3.1.7 Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato. (Artículo 116 Decreto 1510 de 2013)</p>

Se hace claro que el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) simplificó la redacción y prefirió una aproximación más amplia, al referirse exclusivamente a la cobertura de la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la entidad estatal en cumplimiento de un contrato, sin señalar detalles y especificaciones puntuales.

Cabe señalar que este amparo no puede exigirse en todos los casos, pues por su misma naturaleza sólo tiene aplicación en los contratos en los cuales el contratista se obligue a entregar bienes o equipos. Por lo general, este amparo se solicita en los contratos de suministro o compraventa de bienes o equipos.

4.2.1. Suficiencia

El valor asegurado será determinado por la entidad pública contratante, teniendo en cuenta el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

- Mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría.
- Mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

Decreto 4828 de 2008	Decreto 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>7.7. El valor de estas garantías se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.</p>	<p>5.1.7.7. El valor de estas garantías se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.</p>	<p>2.2.1.2.3.1.16 La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos. (125. Decreto 1510 de 2013)</p>

4.2.2. Vigencia

La administración puede fijar libremente la vigencia de este amparo, pero el plazo mínimo debe cubrir el lapso en que, de acuerdo con la legislación civil o comercial, el contratista debiera responder por la garantía mínima presunta y por vicios ocultos.

- Mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría.
- Mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

Los Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012 circunscriben este amparo a dos contratos puntuales: la consultoría y la prestación de servicios. Por su parte, el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) incluye otro tipo de contratos, como el de interventoría.

4.3. CALIDAD DEL SERVICIO

Este amparo ofrece cobertura a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de los siguientes hechos:

Decreto 4828 de 2008	Decreto 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>7.7. El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.</p>	<p>5.1.4.2.7. El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.</p>	<p>Art. 2.2.1.2.3.1.7 Numeral 5. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado. (Art. 116 - 5. Decreto 1510 de 2013)</p>

4.3.1. Suficiencia y Vigencia

Tanto el valor asegurado como la vigencia del amparo los define la entidad pública contratante, teniendo en cuenta el objeto, valor, la naturaleza y las obligaciones específicas del contrato.

Sin embargo, el Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) estableció como regla especial para el contrato de interventoría que la vigencia del amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal, para efecto de darle claridad a lo dispuesto en el párrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>El valor y la vigencia de estas garantías se determinarán en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.</p>	<p>Artículo 2.2.1.2.3.1.15. La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. En los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del párrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011. (Artículo 124 Decreto 1510 de 2013)</p>

5.

CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

5.1. Independencia de los amparos

Los amparos de la póliza de cumplimiento, analizados previamente, son independientes y autónomos desde dos perspectivas: primero, en cuanto al riesgo que cubren y, segundo, en relación con el valor asegurado para cada uno de esos amparos. Consecuentemente, el asegurado no podrá acumular el valor de uno de ellos para cubrir o indemnizar un riesgo diferente.

5.2. Exclusiones

En los tres decretos reglamentarios bajo estudio se establecen taxativamente cuáles son las exclusiones que se pueden incluir en la póliza de cumplimiento, que se enuncian a continuación:

- 1. Causa extraña, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.
- 2. Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad estatal no destinados al contrato.
- 3. Uso indebido o inadecuado, o falta de mantenimiento preventivo, al que está obligada la entidad estatal.
- 4. El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo.

Las reglamentaciones en comento establecieron las mismas cuatro exclusiones para las pólizas de cumplimiento expedidas a favor de entidades estatales y consagran

la misma consecuencia jurídica en caso de que se incluyan exclusiones diferentes a las mencionadas, a saber, la ineficacia de tal exclusión.

5.3. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad

La cláusula de proporcionalidad es aquella en virtud de la cual la aseguradora sólo pagará por completo el valor asegurado en los eventos en que haya siniestro total; consecuentemente, sólo se pagará una parte del valor asegurado en casos de siniestro parcial, de acuerdo con la proporción que tal parcialidad represente sobre la totalidad del contrato.

A título de ejemplo, puede pensarse en un contrato estatal amparado con un valor asegurado de cien millones: si hubiera cláusula de proporcionalidad y ocurriera un siniestro parcial correspondiente a un incumplimiento del 70% del contrato, la aseguradora sólo estaría obligada a pagar una indemnización máxima de setenta millones, en concordancia con la proporción del siniestro.

Los decretos reglamentarios en comento proscribieron la inclusión de la cláusula de proporcionalidad u otra similar en los contratos estatales, aclarando que *"la inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno"*, es decir, conducirá

a la ineficacia de tal disposición.

El fundamento de la prohibición radica en que la cláusula en mención desconoce el principio indemnizatorio que rige en los seguros de daños, en la medida en que podría impedir que se repararan realmente los perjuicios; es posible que un incumplimiento parcial genere perjuicios que afecten la totalidad del valor asegurado y, si hubiera cláusula de proporcionalidad, no se cubriría todo el menoscabo.

Ahora bien, es importante aclarar que la prohibición citada no tiene ninguna relación con lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil, que textualmente indica: "si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal." Esta norma hace referencia a la proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria, no a la proporcionalidad del contrato de seguro.

5.4. Cesión del contrato

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, el garante del contrato puede asumir la posición y las obligaciones propias del contratista y terminar el contrato, como alternativa al pago de la indemnización de los perjuicios:

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

En estos eventos, el garante puede continuar con la ejecución del contrato en calidad de cesionario del mismo, para lo cual es indispensable cumplir con lo dispuesto en la reglamentación:

Aceptar la cesión del contrato y asumir la posición contractual del contratista garantizado, implica la asunción de algunos riesgos jurídicos para la aseguradora. En particular, esta cesión conlleva dos efectos importantes:

- (i) En primer lugar, es claro que la aseguradora cesionaria tendría que constituir una nueva garantía única de cumplimiento que proteja las obligaciones que ha asumido en su nueva posición de contratista y,
- (ii) Por otro lado, la aseguradora en este supuesto quedaría sometida a las cláusulas excepcionales de caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral, lo cual es excesivamente riesgoso en la medida en que en el evento de un incumpli-

Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>Las condiciones generales de la garantía única de cumplimiento deberán señalar que en el evento en que por incumplimiento del contratista garantizado el asegurador resolviera continuar, como cesionario, con la ejecución del contrato y la entidad estatal contratante estuviese de acuerdo con ello, el contratista garantizado aceptará desde el momento de la contratación de la póliza la cesión del contrato a favor del asegurador.</p> <p>En este caso, el asegurador cesionario deberá constituir una nueva garantía para amparar el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido por virtud de la cesión.</p>	<p>Si hay lugar a cesión del contrato a favor del garante, éste está obligado a constituir las garantías previstas en el contrato.</p>

miento y de la imposición de la caducidad, por ejemplo, la aseguradora quedaría inhabilitada por el término de cinco (5) años para contratar con el Estado y, en consecuencia, no podría celebrar contratos de seguro con ninguna entidad pública.

Esta figura, con base en lo expuesto, presenta una serie de complejidades y características que debe ser estudiada a fondo antes de tomar la decisión de hacer uso de la misma.

5.5. No terminación automática por mora en el pago de la prima e improcedencia de la renovación unilateral

Como se mencionó al inicio, en el seguro de cumplimiento intervienen tres partes: la entidad contratante (asegurado), el contratista (tomador) y la aseguradora (garante en caso de incumplimiento). Esta intervención tripartita implica que esta clase de seguro tenga características particulares y únicas, en la medida en que el contratista adquiere una póliza que va a proteger el interés de un tercero, esto es, del contratante.

En primera instancia, cabe señalar que para los seguros de cumplimiento no es procedente la terminación automática del seguro por no pago de la prima, por

expresa disposición de la Ley 80 de 1993. Consecuentemente, si el tomador deja de pagar la prima, habiéndose otorgado la cobertura, no se termina el contrato automáticamente, como sí ocurriría en otro tipo de pólizas.

En ese orden de ideas, no hay justificación para que las entidades públicas contratantes sigan solicitando certificación del pago de la prima, pues el no pago de la misma no genera la terminación automática del contrato de seguro, ni ninguna otra consecuencia.

De la misma forma, se proscribió la posibilidad de que la aseguradora revocara unilateralmente la garantía, como puede ocurrir con otra clase de seguros; en otras palabras, habiendo otorgado la garantía, la aseguradora no puede revocarla por su propia voluntad.

La no expiración de la póliza de cumplimiento por falta de pago, al igual que la irrevocabilidad de la misma, fueron criterios reiterados por el legislador en la Ley 1150 de 2007, en la que se indicó: "*tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral*". De esta manera se protege a las entidades públicas, y en últimas al patrimonio estatal, contra omisiones del contratista y decisiones individuales de las aseguradoras que no le son imputables a las primeras.

5.6. Inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada

Otro mecanismo consagrado por la normatividad para la protección de la entidad contratante es la inoponibilidad ante dicha entidad de las excepciones que tendría la aseguradora frente al contratista. A título de ejemplo, si el contratista fuera reticente en la suscripción de la póliza la aseguradora no podría alegar dicha reticencia cuando se le reclame la indemnización por parte de la entidad estatal.

Lo anterior se encuentra claramente consagrado en los decretos reglamentarios bajo estudio:

Sin embargo y manera de ejemplo, vale la pena estudiar lo que ocurre en torno a la obligación de mantener el estado del riesgo en el marco de la contratación estatal. Según el artículo 1060 del Código de Comercio, tanto el tomador como el asegurado deben conservar el riesgo en condiciones de estabilidad e inmutabilidad; de agravarse o modificarse, estos sujetos se encuentran obligados a notificar a la compañía de seguros, que, consecuentemente, podrá terminar el contrato o aumentar el valor de la prima. Hay dos precisiones procedentes en el escenario propuesto: (i) es claro que la aseguradora no podrá terminar el contrato sino sólo aumentar el valor de la prima,

Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>A la entidad estatal no le serán oponibles por parte del asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.</p>	<p>La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista.</p>

Desde un punto de vista práctico es posible concluir que ésta es una norma que se aplica con muy poca frecuencia, pues por lo general no se presentan objeciones de pagos de indemnizaciones de pólizas de cumplimiento alegando la reticencia del tomador.

de acuerdo con la naturaleza del seguro de cumplimiento, en concordancia con lo expuesto previamente en este documento, y; (ii) si quien agravó el riesgo fue la entidad contratante, como cuando se firma un otrosí reduciendo el plazo del contrato, y ésta no

notificó esta situación a la aseguradora, sí podrá alegarse como excepción el incumplimiento de la obligación introducida por el Código de Comercio.

El ejemplo planteado nos permite concluir que a la entidad estatal sí pueden proponérsele excepciones siempre que las mismas encuentren fundamento en una acción u omisión propia de la entidad; no podrá, por el contrario, objetarse el pago de la indemnización cuando la razón para ello esté justificada por una conducta o abstención que sólo correspondía al tomador de la póliza, es decir, al contratista. Por esto, es claro que es esta última situación, y no otra, a la que hacen referencia los decretos reglamentarios de la Ley 1150 de 2007.

5.7. Divisibilidad de la garantía

Por regla general, la garantía única de cumplimiento es indivisible, es decir, no puede dividirse en periodos temporales sino

que debe permanecer durante la vigencia del contrato como una sola unidad. Sin embargo, los decretos reglamentarios establecen los eventos excepcionales en los que se permite dividir la garantía, teniendo en cuenta las distintas etapas de ejecución del contrato.

Es claro que la reglamentación unificó, para la aplicación de la divisibilidad de la cobertura, un criterio temporal, en la medida en que para los contratos cuyo plazo sea igual o superior a cinco (5) años pueden otorgarse garantías independientes para cada una de las etapas contractuales.

Por ejemplo, en un contrato de concesión a treinta (30) años, el contratista puede presentar una garantía que respalde el cumplimiento de las obligaciones surgidas en la etapa de construcción, y otra póliza para amparar la etapa de operación, la cual por exceder de cinco (5) años también se puede dividir en sub-etapas.

Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012	Decreto 1082 de 2015
<p>En los contratos de obra, operación, concesión y en general en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiere de su división en etapas, la entidad podrá dividir la garantía, siempre y cuando el plazo del contrato sea o exceda de cinco (5) años. En este caso, el contratista otorgará garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar.</p>	<p>La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible.</p> <p>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.</p>

Como dispone la normatividad, cada garantía independiente deberá estar vigente durante toda la etapa bajo su cobertura, por esto, el amparo tendrá que tener la misma vigencia del plazo para la ejecución de la etapa o unidad funcional respectiva. En consecuencia, si el plazo de ejecución se extiende, necesariamente tendrá que extenderse también la garantía por el mismo término.

Lo mismo ocurre en términos del valor de estas garantías, pues para cada etapa será necesario amparar el valor individual de la unidad funcional o del periodo contractual, que se calcula con base en la cuantía de las obligaciones del contratista para ese intervalo. Debe, en todo caso, cumplirse con las disposiciones relativas a la suficiencia de cada uno de los amparos bajo la garantía única de cumplimiento.

En términos del Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015), antes del vencimiento de cada etapa, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para el siguiente periodo contractual, obligación que se deriva de la necesidad de contar con garantías vigentes como premisa fundamental para la ejecución de todo contrato estatal, por regla general. Como consecuencia, si el garante de una de las etapas decide que no va a garantizar la etapa siguiente es imperativo que lo notifique con seis (6) meses de antelación.

Con relación a este aviso deben hacerse dos anotaciones: (i) si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, el primero queda obligado a garantizar la etapa o periodo contractual subsiguiente; (ii) dado el aviso, el mismo "*no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Periodo Contractual en ejecución*". Este último punto, en nuestro concepto, materializa realmente la división de la garantía, en la medida en que impide que el amparo se afecte en el evento que el contratista no presente la póliza para la etapa contractual subsiguiente, bajo las condiciones ya anotadas. Consecuentemente, la aseguradora puede abstenerse de expedir la garantía que va a respaldar las obligaciones de la siguiente unidad, dando el aviso respectivo, sin que se afecte la póliza expedida y vigente hasta ese momento.

La posibilidad de dividir la garantía por etapas tiene por lo menos dos aspectos positivos: primero, la vigencia de la garantía se limita al plazo de la etapa amparada; y segundo, el valor asegurado se calculará con base en el costo de la etapa únicamente. También representa ventajas para la consecución de reaseguro, por cuanto internacionalmente no es fácil conseguir cobertura para riesgos que excedan de cinco (5) años.

5.8. Cláusula de indemnidad

El artículo 5.1.6 del Decreto 734 de 2012 exigía que en todos los contratos estatales

se incluyera cláusula de indemnidad, que estableciera expresamente que el contratista debía mantener indemne a la entidad pública de cualquier reclamación proveniente de terceros que tuviera como causa las actuaciones del primero.

El Decreto 1510 de 2013 (compilado y derogado por el Decreto 1082 de 2015) eliminó esta disposición y dejó al arbitrio de las entidades contratantes incluir cláusulas de este tenor en sus contratos.

Sin embargo, debe quedar claro que el objeto de esta cláusula no es que la aseguradora mantenga indemne a la entidad, porque éste no es estrictamente el objeto del seguro; mediante la póliza se ampara el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista.

Una cosa es que por el incumplimiento de una cláusula del contrato, como lo es la cláusula de indemnidad, se afecte el amparo de cumplimiento, y otra cosa bien distinta es que cuando el contratista cause un daño, la aseguradora esté obligada directamente a realizar los actos necesarios para mantener indemne a la entidad pública, tales como contratar abogados y demás.

6.

RECLAMACIÓN Y OBJECCIÓN

El Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) modificó la manera de presentar la reclamación por parte de las entidades públicas ante la aseguradora en el marco de pólizas de cumplimiento. El artículo 86 de esta norma establece el procedimiento que se debe seguir para efecto de imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y para declarar el incumplimiento con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Es importante recordar que, de acuerdo con la reglamentación de la Ley 1150 de 2007, la póliza de cumplimiento se hace efectiva a través de la expedición de un acto administrativo, que puede contener la imposición de una multa, la declaratoria de caducidad del contrato o, simplemente, del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista. En otras palabras, se puede

decir que la reclamación ante la aseguradora se constituye mediante el acto administrativo correspondiente.

El procedimiento establecido es el siguiente:

1. Evidenciado el posible incumplimiento, la entidad asegurada deberá citar a audiencia al contratista y a la aseguradora. Es importante indicar que la citación se hace para proteger el derecho fundamental al debido proceso del contratista y de la aseguradora, consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política, por tanto la misma se debe realizar con la antelación suficiente para que efectivamente se pueda ejercer el derecho a la defensa.

El escrito de citación deberá contener lo siguiente:

- Los hechos que sustentan el supuesto incumplimiento.
 - El informe de interventoría o supervisión.
 - Las normas o cláusulas posiblemente violadas.
 - Las consecuencias que podrían derivarse para el contratista.
2. Iniciada la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará los hechos que motivan la citación, enunciará las normas y cláusulas violadas y las respectivas consecuencias jurídicas. Una vez termine su intervención podrán intervenir el contratista y la aseguradora para presentar los descargos correspondientes y aportar las pruebas que, a su juicio, desvirtúen el supuesto incumplimiento.
 3. A continuación, la entidad proferirá el acto administrativo correspondiente, después de oírse los descargos del contratista y la aseguradora. La notificación de ese acto administrativo, que para efectos del seguro de cumplimiento corresponde a la reclamación, se hace en audiencia. Por esta razón, si la aseguradora desea objetar la reclamación sólo puede ser hacerlo por medio de la presentación del recurso de reposición, que debe ser sustentado y decidido en ese mismo momento. Al final de la audiencia existirá, por lo tanto, un acto adminis-

trativo ejecutoriado, que puede ser ejecutable a partir del día siguiente.

Lo anterior quiere decir, que la aseguradora debe ir preparada y con todos sus argumentos a la audiencia, porque la ley cambió el procedimiento anterior que permitía notificarse del acto administrativo y presentar el recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes.

La norma, además, tiene efectos prácticos en el área de la indemnización, pues la aseguradora deberá constituir la reserva en el mismo momento que reciba la citación; si decide esperar hasta la audiencia para crear la reserva, corre el riesgo de que se tenga que proceder con el pago sin haber tomado las precauciones necesarias.

4. La audiencia se puede suspender de oficio o a petición de parte, cuando se requieran allegar o practicar pruebas conducentes y pertinentes, o cuando exista otra razón cualquiera debidamente sustentada.

