

Régimen vigente de la garantía única en la contratación estatal en Colombia*

JORGE EDUARDO NARVÁEZ BONNET**

SUMARIO

- I LA REGLAMENTACIÓN ANTERIOR AL DECRETO 1510 DE 2013
- II LA REGLAMENTACIÓN CONTENIDA EN EL DECRETO 1510 DE 2013
 - 1. Los mecanismos de cobertura de riesgo
 - 2. La extensión de la garantía de la seriedad de oferta
 - 3. El cubrimiento respecto de las obligaciones contractuales
 - 4. La suficiencia de las garantías
 - 5. Excepciones al otorgamiento de las garantías
 - 6. El carácter divisible de la garantía
 - 7. La efectividad de la garantía de cumplimiento en el Decreto 1510 de 2013

Fecha de recepción: 29 de febrero de 2014
Fecha de aceptación: 10 de abril de 2014

* Este trabajo de investigación corresponde a un análisis crítico llevado a cabo por el autor, con el propósito de evaluar la nueva reglamentación de la denominada “Garantía Única” en la contratación estatal, claramente orientada hacia la efectividad en la protección de los intereses patrimoniales del Estado.

** El autor es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Profesor de la Especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia, de la Especialización en Seguros y de la Maestría en Seguros de la Universidad Javeriana. En los últimas tres décadas, se ha desempeñado como Gerente de Seguros Generales y Gerente de Reaseguros de COLSEGUROS, Vicepresidente Técnico de Reaseguradora Hemisférica, Gerente General de Guy Carpenter Reinmex Corredores de Reaseguros Ltda y desde hace más de una década es socio de la firma Narváez & Peláez –Abogados–, donde se desempeña como abogado litigante, consultor privado y árbitro de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, del Autorregulador del Mercado de Valores –AMV–, de la Federación Nacional de Comerciantes –FENALCO– y de la Sociedad Colombiana de Ingenieros –SCI–. Además, es autor de varios libros y de múltiples artículos especializados en materia de seguros. Correo electrónico: jenarvaez@narvaezypelaez.com

8. Facultades de la entidad estatal para liquidar unilateralmente los perjuicios
 9. Otros términos y condiciones aplicables a la Garantía única
 10. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad
 11. La asunción del contrato por la aseguradora
 12. Irrevocabilidad del amparo e inoponibilidad de excepciones
- III LA REGULACIÓN DE LAS DEMÁS GARANTÍAS ADMISIBLES EN EL DECRETO 1510 DE 2013
1. Son garantías a primer requerimiento
 2. Lineamientos propios del patrimonio autónomo
 3. La reglamentación de las garantías bancarias

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

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

Es un tema de la mayor trascendencia para la comunidad en general, por la finalidad que satisfacen las garantías de salvaguardar el interés público y proteger el patrimonio de la administración frente a los eventuales incumplimientos del contratista y porque en ese ámbito, la actividad aseguradora realiza un aporte invaluable al desarrollo económico del país.

Palabras claves: Garantía, amparo, suficiencia, mecanismos de cobertura de riesgos, divisibilidad, efectividad, siniestro, irrevocabilidad, patrimonio autónomo, garantías bancarias.

Palabras claves descriptor: Protección del patrimonio estatal, obligaciones del contratista, actividad de interés público.

ABSTRACT

Within the State contracting environment, the performance bond has not been exempted from difficulties in its need to be effective and fulfill its purpose. In the past, in addition to these difficulties, the lack of legal regulations also contributed to this matter, by generating a void that, after an exhausting task, deluged the State Council jurisprudence. In this scenario, the national legislator participated with the intent of consolidating a regulation framework enriched with several regulations that, in spite of having been exposed to criticism, have pursued a laudable goal to protect the national patrimony. Whereas these regulations have been modified three times during the last five years, confusion has been produced concerning the transcendence, usefulness and effectiveness of these modifications in the State's day-to-day activities,

This is a subject that is of great significance for the community, in general, taking into consideration the objective these guarantees have to protect the public interest and the national patrimony in the event of a failure to comply by the contractor. It is also very important because in this atmosphere, the insurance activity provides an invaluable contribution to the economic development of the country.

Key words: Guarantee, coverage, sufficiency, risk coverage mechanisms, divisibility, effectiveness, catastrophe, indefeasibility, autonomous patrimony, bank guarantees.

Key words for descriptor: Protection of the State patrimony, obligations of the contractor, activity of public interest.

I LA REGLAMENTACIÓN ANTERIOR AL DECRETO 1510 DE 2013

De acuerdo con declaraciones del Superintendente Financiero en septiembre de 2013, al 31 de diciembre de 2012 las pólizas que amparan el cumplimiento y la responsabilidad civil de los contratistas del Estado representaban más del 10% del patrimonio de las aseguradoras y alcanzan sumas aseguradas muy próximas al billón de pesos.

Anotaba en esa oportunidad, que ante la trascendencia que tienen este tipo de amparos y que evidencian tales cifras, la Contraloría General de la República había emitido un control de advertencia a la Superintendencia, ante las dificultades que enfrentan las entidades estatales para obtener el pago de las reclamaciones bajo este tipo de pólizas y, añadía ese mismo funcionario, que las dificultades se evidencian en más de 6.000 procesos judiciales relacionados con pólizas de cumplimiento de contratos estatales, pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, procesos de jurisdicción coactiva y procesos de responsabilidad fiscal, que se adelantan en contra de las aseguradoras o en los cuales han sido llamadas en garantía; dificultades que en muchas ocasiones obedece a desconocimiento, por parte de las mismas entidades estatales de aspectos que resultan cruciales bajo ese tipo de amparos y que, lamentablemente, resultan lesivas para la imagen de la industria aseguradora local.

La evidencia es que la ley 80 de 1993, en materia de garantías relacionadas con la contratación estatal, ha sido objeto de múltiples reglamentaciones con el deliberado propósito de lograr mayor efectividad de este tipo de amparos, las cuales no siempre son suficientemente conocidas por los operadores de esta clase de amparos.

Por supuesto, no puede hacerse abstracción que la ley 80 de 1983, por su parte, fue objeto de modificaciones de distinto tipo a través de la ley 1150 de 2007 y mediante la cual se pretendió mejorar el marco normativo propio de la contratación pública, teniendo en mira los siguientes objetivos: mejorar el grado de transparencia; aclarar las reglas aplicables a algunas entidades; mayor eficacia en la contratación pública en la línea de los Acuerdos de la OMC; mejorar los procesos de selección y los procedimientos propios de compras masivas, el portal único de contratación y la contratación electrónica.

Una de las novedades de la ley 1150 de 2007, radica en el mayor énfasis que se hace en materia de distribución o asignación de riesgos entre los extremos de la relación contractual, temática que no puede reducirse al análisis de la reglamentación de la garantía única y de los amparos en ella contemplados porque pueden existir multitud de riesgos, reales o potenciales, que gravitan en la respectiva actividad contractual que el Estado pretende desarrollar con el concurso de los particulares, a lo cual obedece que esté consagrada en los procesos de contratación las audiencias de riesgos y que pretenden, que el contratista asuma de manera expresa, deliberada, consciente y libre los riesgos previsibles identificados para la actividad contractual y así dar aplicación al artículo 4º de la ley 1150 de 2007¹.

Sin embargo, algunos estiman que la distribución y asignación de riesgos se encuentra desarrollada en la ley de manera inversamente proporcional a la complejidad del tema, lo que incide claramente en los procesos de suscripción que se cumplen al interior del sector asegurador, habida cuenta que la técnica aseguradora rectamente entendida, demanda que tales riesgos deban identificarse de antemano, máxime, para asumir y hacer uso de mecanismos de dispersión que puedan resultar aconsejables ante la extensión y contenido de los riesgos, por virtud de los amparos que contempla la garantía única de cumplimiento.²

Ahora bien, como consecuencia de la expedición de la ley 1150 de 2007, a través del Decreto 4828 de diciembre 28 de 2008 se expidió el régimen de garantías en la contratación de la administración pública, en virtud de las facultades conferidas al Gobierno Nacional por el artículo 7º de dicha ley. Sin embargo, dicho decreto fue complementado o modificado a través de otras reglamentaciones, como lo fueron:

- 1 En sentencia de marzo 14 de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, rad. 76001-23-31-000-1996-0357701, en relación con la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal, expreso que la renuncia anticipada sólo es válida cuando el contratista conoce el grado de afectación, es decir, en el acta de liquidación bilateral, o cuando el contratista asume de manera expresa, consciente y libre el riesgo económico derivado de la fluctuación de precios, en aplicación del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007.
- 2 La doctrina reiteradamente destaca que presentación de las ofertas implica la aceptación de la distribución de los riesgos previsibles efectuada por la entidad estatal en los pliegos de condiciones (Arts. 1º, num 5º y 27 L. 80/93; art. 4º L.1150/07; art. 220 D. 19 de 2012.).

el Decreto 490 de 2009, que reformó el artículo 28 del Decreto 4828 y estableció la obligación para las aseguradoras de adecuar las pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil a las nuevas reglamentaciones, para lo cual otorgó un plazo de ciento veinte (120) días calendario y perentoriamente, dispuso que no sería admisible la utilización de anexos o cláusulas contractuales que contravinieran las disposiciones de la nueva normatividad y en caso de presentarse, se tendrían por no escritas.

Posteriormente, el Decreto 931 de 2009, sustituyó el artículo 6º del Decreto 4828, con el propósito de exigir la inclusión de una cláusula de indemnidad por parte de las entidades estatales y en la cual el contratista se obligara a mantenerlas libre de cualquier daño o perjuicio derivado de reclamaciones de terceros, a menos que estudios técnicos justificaran su no inclusión. Exigencia que posteriormente se replicó en el Decreto 734 de 2012, pero se omitió en el Decreto 1510 de 2013, habida cuenta que se estimo que bastaba que fuera incorporada en las minutas respectivas por parte de la entidad estatal.

Poco tiempo después, el Decreto 4828 requirió de nuevos ajustes y fue así como el Decreto 2493 de 2009 modificó el artículo 7º del Decreto 4828 que regulaba lo relativo a la suficiencia de la garantía; el artículo 9º se ocupó de la divisibilidad de la garantía en contratos de obra, operación, concesión y, en general, en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrollara en etapas subsiguientes y diferenciadas o para cuya ejecución en el tiempo requiriera de su división en etapas, facultó a la entidad estatal para dividir ese término de vigencia de la garantía, siempre y cuando que el plazo del contrato excediera de cinco (5) años y satisficiera las exigencias contenidas en dicha norma: Igualmente, se modificó el numeral 16.3 del artículo 16 del Decreto 4828, en el sentido que el deducible máximo en responsabilidad civil tendría un tope máximo del diez por ciento (10%) del valor de cada pérdida, pero en ningún caso podía superar dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2000 SMLMV) y, expresamente, se consideraron inadmisibles las franquicias, coaseguros obligatorios y demás estipulaciones que conllevaran asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada.

Posteriormente, el decreto 1430 de 2010 reglamentó el artículo 7º de la ley 1150 de 2007, en materia de garantías para la celebración de contratos sobre tecnologías espaciales y contemplo diversas disposiciones para este tipo de contratos.

Mediante el Decreto Reglamentario 734 de 2012, con el objeto de adoptar compromisos adquiridos por Colombia en el Tratado de Libre Comercio (TLC) suscritos con los Estados Unidos de América (Ley 1143 de 2007), se modificó la reglamentación contenida en diversos decretos sobre contratación estatal, entre ellos, claro está, lo relativo a garantías en la contratación estatal y que, hasta ese momento regulaba el decreto 4828 de 2008 con otros decretos que lo modificaron y adicionaron.

A la regulación en materia de garantías, le correspondió el título V, donde las principales modificaciones fueron las siguientes: en materia de riesgos derivados del

incumplimiento de los ofrecimientos (artículo 5.1.4), se adicionó con una causal del mismo, en aquellos casos en que el proponente hubiera manifestado ser mipyme, con el deliberado propósito de limitar la convocatoria de un proceso contractual, pero sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 32 de la ley 1450 de 2011; se suprimió la causal de afectación de la garantía de seriedad de la oferta que hacía referencia a la falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación, por cuanto dejó de ser requisito para la legalización del contrato.

Respecto de los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales (artículo 5.1.4.2), en la garantía de pago de salarios prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, quedó claramente establecido que no aplicaría para los contratos que se ejecutarán en su totalidad por fuera del territorio nacional por parte de personal contratado bajo un régimen jurídico distinto. Igualmente, en el párrafo correspondiente a esta disposición, se reiteró que, en virtud de lo señalado por el artículo 44 de la ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubriría los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivada de un proceso de responsabilidad fiscal y siempre y cuando que, los perjuicios estuvieran relacionados con el incumplimiento de obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

Disposición que, sin embargo, no es novedosa por cuanto estaba contemplada en el párrafo cuarto del artículo 5o del Decreto 4828.

Por su parte, el artículo 5.1.6 reprodujo el artículo 1o del Decreto 931 de 2009, en materia de cláusula de indemnidad respecto de las reclamaciones formuladas por terceros y que se relacionaran con las actuaciones del contratista, las de sus contratistas o dependientes.

En cuanto a excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura de riesgo (art. 5.1.8), se estableció que en los contratos cuyo valor fuera inferior al 10% de la menor cuantía, no quedarían excluidos de dicho otorgamiento, sino que debían aplicarse las reglas previstas para la mínima cuantía y se consagró la facultad para la entidad estatal de abstenerse de exigir garantía de cumplimiento para los contratos celebrados bajo la modalidad de contratación directa, salvo que en el estudio previo correspondiente recomendará la conveniencia de hacerlo.

En materia de excepciones al principio de indivisibilidad de las garantías, se suprimió el inciso del decreto 4828 que se refería al valor correspondiente a los amparos para las etapas de operación y mantenimiento y se reemplazó por el párrafo segundo del artículo 5.1.9 que dispuso que cuando las etapas de operación y/o mantenimiento excedieran de cinco años, éstas podrían dividirse a su vez en etapas contractuales de uno a cinco años; caso en el cual el valor de la garantía para cada una esas etapas sería determinado por la entidad contratante en los pliegos de condiciones y debía estar soportada en los documentos o estudios previos.

Igualmente, esta norma contempló un párrafo tercero y según el cual, de acuerdo con lo establecido en el párrafo del artículo 85 de la ley 1474 de 2011, los contratos de interventoría debían contemplar una garantía de cumplimiento por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal, pudiendo dividirse por etapas iguales a las del contrato principal, sin perjuicio de la escisión de esas etapas contractuales en períodos de uno a cinco años, pero bajo el entendido que las etapas de operación y/o mantenimiento del contrato principal excedieran de cinco años.

En lo relativo a la aprobación de la garantía del cumplimiento (artículo 5.1.11), debía cumplirse mediante acta suscrita por la persona designada para el efecto en el manual de contratación que verificara la satisfacción de los requerimientos legales y reglamentarios.

En lo atinente a la efectividad de las garantías, el artículo 5.1.13 modificó el artículo 14 del decreto 4828 de 2008 para dar cabida a la audiencia prevista en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción), ante hipótesis de caducidad, aplicación de multas o incumplimiento del contrato, con miras a hacer efectiva la respectiva garantía.³

3 El precepto en cuestión, es del siguiente tenor: *“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.

En la regulación relativa a la póliza de seguro, en el artículo 5.2.1.1.6 sobre inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada, se incluyeron dos párrafos. El primero de ellos, vedando a las aseguradoras exigir a los proponentes y contratistas, para el otorgamiento de alguno de los amparos, la adquisición de amparos no exigidos o contemplados por la entidad contratante. El segundo párrafo, aclaró que la aseguradora respondería por los perjuicios ocasionados por el contratista debidamente liquidados por la entidad contratante y hasta concurrencia de la suma asegurada, o por la sanción que a éste se le impusiera, cuando se tratara de la garantía de seriedad del ofrecimiento, lo cual resultaba consecuente con la modificación en el objeto del amparo de seriedad de los ofrecimientos, que ya no se limitaba a la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente, sino que también se extendía a la no ampliación de la vigencia de dicha garantía, cuando el término de adjudicación del contrato se prorrogara; o si el proponente no otorgaba la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato; o ante el retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas; o bien, por haber manifestado la calidad de mipyme, sin reunir los requisitos legales y reglamentarios para ello (art. 5.1.4.1).

En materia del amparo de responsabilidad extracontractual, reiteró que la cobertura debía expedirse bajo la modalidad de ocurrencia, amparar: los perjuicios materiales que comprendieran tanto el daño emergente como el lucro cesante, los perjuicios extrapatrimoniales expresamente, la responsabilidad de contratistas y subcontratistas a menos que contaran con su respectiva póliza de responsabilidad extracontractual con los amparos mínimos exigidos para el contratista, los amparos de patronal y de vehículos propios y no propios, el deducible máximo del 10% del valor de la pérdida con máximo de 2.000 SMMLV, la inadmisibilidad de franquicias, coaseguros o mecanismos que aumentaran la participación en la pérdida para la entidad estatal, la cobertura de responsabilidad civil contractual si existía exposición a daño de bienes de la entidad contratante y, adicionalmente, introdujo un párrafo al artículo 5.2.1.2 en donde hace referencia unos numerales que no resultan coherentes, pero que interpretados bajo el criterio de establecer la utilidad de la norma, se infiere que autoriza que los amparos mínimos requeridos bajo este tipo de póliza, puedan operar en exceso de cualquier otra póliza del mismo tipo que tenga contratada el contratista para el desarrollo de sus actividades.

Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

En cuanto a la fiducia mercantil en garantía, en el artículo 5.2.2.2 se suprimió la causal que establecía que el incumplimiento de aportar nuevos bienes generaría incumplimiento de la obligación de mantener la suficiencia de la garantía y lo cual, a su turno, daba lugar a la declaratoria de caducidad.

Finalmente, el capítulo cuarto relacionado con las garantías en la contratación de tecnologías satelitales y que, comprende de los artículos 5.4.1 a 5.4.4, reprodujo los preceptos consagrados en esta materia en el Decreto 1430 de 2010.

II LA REGLAMENTACIÓN CONTENIDA EN EL DECRETO 1510 DE 2013

1. Los mecanismos de cobertura de riesgo

A diferencia del Decreto 679 de 1994 que se refería a las garantías bancarias y de compañías de seguros, el Decreto 4828 de 2008 amplió ese criterio de “garantía” a distintos mecanismos de cobertura de riesgos⁴ para los contratos cobijados por la ley

4 A propósito del cuestionamiento que se hizo a la ley 80 de 1993, por haber restringido las garantías contractuales a aquellas expedidas por los Bancos y las Compañías de Seguros, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de abril 18 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, hizo las siguientes consideraciones respecto de la **Aplicación del principio de igualdad en el caso de la garantía contractual**. *“En la formulación del juicio de igualdad debe tenerse en cuenta que la garantía por los riesgos contractuales debe ofrecer un alto grado de confiabilidad al organismo beneficiario, que resulta antes que todo de la solvencia económica, e idoneidad del garante, que son condiciones que no puede ofrecer cualquier persona y ni siquiera el propio contratista porque resultaría imprevisible y carente de toda técnica en el manejo de riesgos admitir que el eventual asegurado garantice el reconocimiento del daño con ocasión del siniestro.*

Cuando el legislador escogió a los bancos y a las compañías de seguro como posibles garantes de los riesgos contractuales, medió un juicio de valoración que se juzga razonable y proporcionado, donde aquél tuvo en cuenta la solidez de tales entidades, que resulta de las exigencias y condicionamientos para su constitución, funcionamiento y operación (aporte mínimo de capital y de respaldo patrimonial, condiciones o márgenes especiales de solvencia, restricciones cuidadosas para la realización de sus inversiones, etc.) y además, la circunstancia de que el propio Estado ejerce sobre ellas un sistema de inspección, control y vigilancia por intermedio de la Superintendencia Bancaria.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el legislador escogió como garantes de las obligaciones contractuales del contratista con las entidades estatales, a los bancos y compañías de seguros, porque dentro del nuevo diseño de la contratación surge la posibilidad de que dichas entidades puedan exigir “la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado” no sólo a aquél sino al garante, lo cual demanda que éste igualmente una persona calificada desde el punto de vista técnico y profesional y, además de una reconocida solvencia económica para poder asumir el cumplimiento del contrato en sustitución del contratista garantizado (L.80/93, art.4º ordinal 1º, 17 y 18).

80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, con el loable propósito que fueran garantizadas tanto las obligaciones a favor de las entidades estatales con ocasión de la formulación de propuestas en procesos licitatorios o de concurso de méritos, como aquellas derivadas de los contratos y de su liquidación;

El artículo 111 autoriza como mecanismos de garantía, la póliza de seguro, el patrimonio autónomo y la garantía bancaria, pero suprime el endoso en garantía de títulos valores y el depósito de dinero, como garantías admisibles. Por su parte, el artículo 114 establece que la responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas solamente puede ser amparada bajo una póliza de seguro.

En relación con los riesgos que deben ampararse frente al incumplimiento de obligaciones, tanto el decreto 4828 como el Decreto 1510 de 2013 (arts. 115 y 116) contemplan la distinción entre incumplimiento de obligaciones derivadas de los ofrecimientos e incumplimiento de obligaciones contractuales.

De esta manera, como es tradicional en la praxis aseguradora, se diferencia entre el amparo de seriedad de oferta y aquellos que tienen como cometido garantizar las obligaciones que surgen o emanan del respectivo contrato y que, genéricamente, se les denomina como de cumplimiento del contrato.

2. La extensión de la garantía de la seriedad de oferta

En primer término, el artículo 113 dispone que cuando la oferta sea presentada por un proponente plural, como una unión temporal, un consorcio o la promesa de sociedad futura, la garantía debe ser otorgada por todos sus integrantes.

En segundo lugar, el amparo, según los términos del artículo 115, se refiere a la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, expresión que no puede pasar desapercibida, pues tradicionalmente en la práctica aseguradora se da por aceptado que este amparo no tiene función indemnizatoria, es de carácter punitivo o sancionatorio, vale decir, el monto de la misma se hace efectivo por cualquiera de las causales de incumplimiento o de efectividad del amparo prevista en la reglamentación, como son: no suscribir el contrato sin justa causa por parte del proponente; no ampliación de la vigencia de dicha garantía, cuando el término de adjudicación del contrato se prorrogara y siempre que dicha prórroga no exceda de tres (3) meses; no otorgamiento de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato; o el retiro de la oferta después de vencido

Por lo demás, el legislador goza en este caso de un amplio poder discrecional para configurar la norma jurídica en punto a las garantías contractuales, porque la satisfacción de los intereses públicos y sociales que implica el cumplimiento de los objetos contractuales y la consecuente protección del patrimonio público, determinan que aquél pueda diseñar el tipo de garantía que juzgue más conveniente para la protección de los referidos intereses".

el término fijado para la presentación de las propuestas. Suprime la obligación de garantizar el carácter de mipyme.

Ese precepto resulta coherente con el artículo 136 del mismo decreto 1510, que expresa, que en caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la aseguradora debe responder por la totalidad del valor asegurado a título de sanción.

Ante el hecho que se expresa que la garantía de seriedad de la propuesta se hace efectiva por el retiro de la oferta después de su presentación, se ha dicho, que si bien la oferta es por naturaleza irrevocable, tal previsión tuvo como propósito erradicar una práctica que se había tornado recurrente y consistía en la presentación de ofertas, que posteriormente se retiraban con el ánimo de afectar el respectivo proceso de selección. Claro está que bajo esta nueva perspectiva, las consecuencias de esas circunstancias son trasladadas a las y quienes, a su vez, lo revierten hacia sus respectivos afianzados en virtud de los mecanismos de contragarantía que son propios de este tipo de amparos. Si bien, el retiro de las ofertas no siempre genera un perjuicio para la entidad contratante, la nueva reglamentación toma partido del carácter de pena de este tipo de amparo con el propósito de erradicar esas prácticas que afectan y aún, pueden aniquilar un proceso de selección que ha conllevado la inversión de ingentes recursos materiales y de tiempo.

Este amparo debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato (art. 118).

3. El cubrimiento respecto de las obligaciones contractuales

En relación con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la garantía de cumplimiento debe comprender:

3.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Ampara los perjuicios sufridos por la entidad estatal con ocasión de (i) la no inversión, (ii) el uso indebido y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los recursos que se le hubieran entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato (art. 116, num. 1⁹); circunstancias que debe acreditarse que son imputables al contratista, como presupuesto ineludible de la responsabilidad contractual. Aclara que debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la entidad estatal (art. 119).

De acuerdo con el artículo 91 de la ley 1474 de 2011, en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista debe constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

En relación con las hipótesis de manejo del anticipo e indebida inversión de anticipo, es preciso enfatizar que esas circunstancias deben ser imputables al contratista, o lo que es igual, que debe mediar responsabilidad del contratista y es preciso destacarlo, por cuanto las entidades públicas olvidan que como es un amparo de cumplimiento, ello implica que deba demostrarse, precisamente, el incumplimiento imputable al contratista, el daño y el nexa causal entre ellos.

3.2 Devolución del pago anticipado. Cubre a la entidad estatal ante los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le hubieran sido entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar. Deja en claro que es responsabilidad de la aseguradora la devolución del pago anticipado y además, que la responsabilidad de ésta se extiende hasta por el 100% del mismo (art. 116, num. 2º). Su vigencia debe extenderse hasta la liquidación del contrato o hasta el momento en que la entidad estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado y según lo que ella misma determine (art. 120).

Sin duda, estas previsiones tienen como origen lo acontecido en contratos de prestación de servicios, ante la muerte del contratista, donde resultaba bastante remota la posibilidad de obtener el reembolso de los dineros ya entregados al contratista, cuando éste al momento de su fallecimiento no había satisfecho a cabalidad sus compromisos.

3.3 Cumplimiento del contrato estatal. Cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos sean imputables al contratista garantizado y comprende el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria pactadas en el contrato garantizado (art. 116, num. 3º).

3.4 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. Ampara a la entidad estatal contratante respecto de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales (salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales) a que esté obligado el contratista garantizado y derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato ejecutado en el territorio nacional. Se hace claridad que la entidad estatal no debe exigir una garantía para cubrir este riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado, por ende, bajo un régimen jurídico distinto (art. 116, num. 4º).

3.5 Estabilidad y calidad de la obra. Cubre a la entidad estatal contratante en relación con los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de *cualquier tipo de daño o deterioro*, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada y que sean imputables al contratista (art. 116, num. 5º). Estos términos, si bien son semejantes a los utilizados en los Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012, extienden la cobertura notablemente, por cuanto el amparo de estabilidad, tradicionalmente se

ha limitado a cubrir las deficiencias de la obra que la tornaran inútil para el fin para el cual había sido diseñada y ejecutada. Bajo la redacción actual, el amparo comprende cualquier tipo de daño o deterioro que resulte imputable al contratista, lo cual conduce a una mayor exposición para las aseguradoras y puede conducir a que la garantía de estabilidad se confunda con el espectro propio de una garantía de calidad y de buen funcionamiento.

Evidentemente, los amparos de estabilidad y calidad se han diferenciado tradicionalmente y por lo mismo, hoy se cubren TODOS los daños. Si bien quedan comprendidos ambos amparos en uno solo, se amplía cualitativamente el amparo, pero se restringe en términos cuantitativos al limitarse a un mismo límite asegurado, cuando antes se expedían separadamente y con un monto o suma asegurada individual.

La garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la entidad estatal recibe a satisfacción la obra; sin embargo, la entidad estatal puede aceptar que tenga una vigencia inferior a cinco (5) años, previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato (art. 123).

3.6 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. Este amparo, a semejanza de la reglamentación de los Decretos 4828 y 734, cubre a la entidad estatal contratante respecto de los perjuicios imputables al contratista garantizado, por razón de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, claro está, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato o por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas aplicables al respectivo bien o equipo (art. 116, num. 7º). La vigencia de este tipo de amparo no se estableció expresamente, como quiera que el artículo 125 del Decreto 1510 señalo en materia de suficiencia del mismo, que la entidad estatal debe determinar tanto el valor como 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.

3.7 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 por la deficiente prestación del servicio; comprende tanto la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría o la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el mismo (art. 116, num. 6º). La vigencia 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, que así lo establece en frente del contrato de interventoría, es decir, en tales contratos, la vigencia de la garantía de calidad del servicio debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal (art. 124).

Es preciso tener presente que el artículo 37 del Decreto 1510, como obligaciones posteriores a la liquidación del contrato, contempló que vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición

final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la entidad estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación.

3.8 Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deban ser amparados, pueden ser materia del amparo de cumplimiento de la garantía única (art. 116, num. 8º).

En materia de vinculación a procesos de responsabilidad fiscal a las aseguradoras, en el decreto 1510 se omitió el párrafo del artículo 4º del Decreto 4828 de 2008 y que había sido reproducido en el párrafo del artículo 5.1.4.2 del decreto 734 de 2012, con lo cual se enfatizaba en la legitimidad de vincular a la respectiva aseguradora a los procesos de responsabilidad fiscal que adelantaran las Contralorías con base en las garantías de cumplimiento; En esas disposiciones se invocaba que, en virtud de lo señalado por el artículo 44 de la ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubría los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios se derivaran del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato materia de la garantía⁵. Sin embargo, esa supresión en el decreto 1510 no significa cambio alguno, por cuanto la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal bajo este tipo de pólizas, está prevista en el artículo 44 de la ley 610 de 2000.

De otro lado, a semejanza de lo que disponía el párrafo del artículo 5.2.1.1 del Decreto 734, el artículo 135 del decreto prohíbe a las aseguradoras que en la venta o el otorgamiento de alguno de los amparos contemplados en la garantía única, exigieran a los proponentes o a los contratistas, la adquisición de amparos no exigidos por la entidad estatal.

En relación con la cobertura de responsabilidad civil, que sólo puede ser materia de amparo bajo una póliza de seguro (art. 114), la entidad estatal debe exigirla en los contratos de obra y en aquellos que por su objeto o por su naturaleza, lo considere necesario y respecto de los riesgos que puedan generarse en la ejecución del contrato y que comprenda los hechos, actuaciones u omisiones del contratista y de los subcontratistas de éste, a menos que éstos últimos acreditan que cuentan con un seguro para tal efecto y donde la entidad estatal tenga el carácter de asegurado (art. 117). Igualmente, la entidad estatal debe exigir un amparo de responsabilidad civil, en aquellos casos en que en la ejecución del contrato grave el riesgo de daño de sus bienes, por parte del contratista, debe establecer el límite asegurado que habrá de corresponder a dicha cobertura, en los pliegos de condiciones (art. 139).

5 Sobre este tema resulta interesante la exposición de Oscar González Arana en “El papel del control fiscal en la contratación estatal. La Contraloría de Bogotá frente al proyecto de modificación a la ley 80 de 1993”, publicado en “Contratación estatal- aspectos controversiales- Memorias IV Jornadas de contratación estatal”, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2007, páginas 87 y ss.

Respecto de este amparo de responsabilidad civil, debe relievase que en las distintas reglamentaciones sobre el mismo, se exige que cubra actos, hechos y omisiones del contratista y de los subcontratistas autorizados para intervenir en la actividad contractual, lo cual ratifica la nueva reglamentación (art. 117). A semejanza de lo que sucedía en las regulaciones anteriores, la vigencia de este amparo deberá ser igual al período de ejecución del contrato (art. 126).

En cuanto a los requisitos que debe reunir la póliza en cuestión (art. 137), se reitera la modalidad de ocurrencia como forma de operación de la cobertura, los intervinientes en el contrato y los amparos que deben quedar contemplados en la misma, como son: amparar: los perjuicios materiales que comprendieran tanto el daño emergente como el lucro cesante, los perjuicios extrapatrimoniales de manera expresa, la responsabilidad de contratistas y subcontratistas a menos que cuenten con su respectiva póliza de responsabilidad extracontractual con los amparos mínimos exigidos para el contratista, los amparos de patronal y de vehículos propios y no propios.

Bajo esta póliza, el deducible máximo permitido es del 10% del valor de la pérdida con máximo de 2.000 SMMLV y son inadmisibles las franquicias, coaseguros y los mecanismos que aumenten la participación en la pérdida por parte del contratista (art.138).

En este orden de ideas, el amparo debe corresponder a la modalidad de ocurrencia, con lo cual se excluye la de *claims-made*, habida cuenta que expresamente acoge la opción de ocurrencia (art. 137, num. 1º) y proscribe que el contrato de seguro pueda contemplar términos para la presentación de reclamaciones que sean inferiores a los de prescripción previstos en la ley para la acción proveniente de la causación del daño mismo, lo cual entraña un aspecto de la mayor trascendencia y que la aseguradoras habrán de tener en mente en la estructuración de los respaldos de reaseguro.

En materia de intervinientes, se expresa quienes tienen la calidad de asegurados y beneficiarios (art. 137, num 2º), se exige que la entidad estatal y el contratista deben tener la calidad de asegurados respecto de los daños producidos por éste último con ocasión de la ejecución del contrato y serán beneficiarios, tanto la entidad estatal como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad del contratista o de los subcontratistas.

Los amparos propios de esta cobertura, guardan equivalencia con los que exigía el decreto 734 de 2012, vale decir, debe comprender el amparo básico de predios, labores y operaciones y ser complementado con la mención expresa de perjuicios por daño emergente y lucro cesante; perjuicios extrapatrimoniales; amparo patronal; vehículos propios y no propios y, actos de contratistas y subcontratistas, salvo que el subcontratista cuente con su propio seguro de responsabilidad extracontractual y con los amparos antes mencionados (art. 137, num 3º).

En cuanto a mecanismos de participación en la pérdida por parte de la entidad estatal, las pólizas de responsabilidad civil sólo pueden contemplar deducibles hasta

del diez por ciento (10%) del valor de cada pérdida sin exceder de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) y se proscriben las franquicias, coaseguros y demás formas que puedan conllevar aumento en la asunción de la pérdida por la entidad asegurada (art. 138).

La **cláusula de indemnidad** que contempló inicialmente el artículo 1º del Decreto 931 de 2009 y posteriormente, reprodujo el artículo 5.1.6 del decreto 734 de 2012, no fue incluida en el decreto 1510 de 2013; sin embargo, esto no significa que con el objeto de preservar su propio patrimonio, las entidades estatales no deban incorporar estipulaciones de ese tenor, en que se asigne expresamente al contratista la obligación de mantener indemne al contratante y de afrontar cualquier reclamo o petición judicial respecto de daños o lesiones a personas o bienes, que hubiera podido ocasionar el mismo o su personal, sus subcontratistas.

4. La suficiencia de las garantías

En materia de suficiencia de las garantías, se mantienen, en esencia, los parámetros del decreto 734 de 2012 (art. 5.1.7), como son:

4.1 Seriedad del ofrecimiento (art. 118). El valor de esta garantía no puede ser inferior al diez por ciento (10%) del valor de la oferta, por lo que se elimina la referencia que se hacía con respecto a ese monto mínimo, al presupuesto oficial estimado contenido en los pliegos de condiciones.

Cuando el valor de la propuesta o el presupuesto oficial estimado supere de 1.000.000 de SMLMV, se consagra un escalonamiento al previsto en el decreto 734, pero donde los porcentajes aplicables son inferiores, como sigue: cuando el valor de la propuesta o el presupuesto oficial estimado sea de 1.000.000 de SMLMV pero no exceda de 5.000.000 de SMLMV, se faculta a la entidad estatal para aceptar garantías que cubran al menos el 2.5% del valor de la propuesta; si el valor de la oferta es superior a 5.000.000 de SMLMV e inferior a 10.000.000 de SMLMV, la entidad estatal para aceptar garantías que cubran al menos el 5% del valor de la propuesta; si el valor de la oferta excede de 10.000.000 de SMLMV, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 0.5% del valor de la propuesta.

Aunque se omitió expresarlo, es evidente que la suficiencia de la garantía es verificada por la entidad contratante al momento de la evaluación de las propuestas y el incumplimiento de esta exigencia de suficiencia, es causal de rechazo de la oferta.

El valor de la garantía que presenten los proponentes en un Proceso de Contratación de un Acuerdo Marco de Precio debe ser de mil (1.000) SMMLV, mientras que en la subasta inversa y en el concurso de méritos, debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación.

Se suprimió el párrafo del artículo 5.1.71 que contemplaba que en el caso de licitaciones para la concesión de espacios de televisión, el monto mínimo de la

garantía ascendería al uno punto cinco por ciento (1.5%) del valor total estimado del espacio licitado.

La garantía de seriedad de oferta debe estar vigente desde la presentación de la misma y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato.

4.2 Buen manejo y correcta inversión del anticipo (art. 119). Su valor debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea éste en dinero o en especie. El amparo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la entidad estatal.

4.3 Pago anticipado (art. 120). La suma asegurada debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado de forma anticipada, ya sea este en dinero o en especie. El amparo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o 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.

4.4 Cumplimiento (art. 121). El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato, a menos que el valor del contrato sea superior a 1.000.000 de SMMLV, caso en el cual la entidad estatal se establecen diversos intervalos para determinar la suma asegurada del amparo, así: si el valor del contrato es superior a 1.000.000 de SMMLV y hasta 5.000.000 de SMMLV, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 2,5% del valor del contrato; si el valor del contrato es superior a 5.000.000 de SMMLV y hasta 10.000.000 de SMMLV, la entidad puede aceptar garantías que cubran al menos el 1% del valor del contrato; si el valor del contrato es superior a 10.000.000 de SMMLV, la entidad puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato y para el caso de Colombia Compra Eficiente debe determinar el valor de la garantía única de cumplimiento del acuerdo marco de precios de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en éste. Quizás falto por hacer mención expresa que en ningún caso la suma asegurada de este amparo puede ser inferior al importe de la cláusula penal.

La vigencia de la garantía de cumplimiento del contrato, debe extenderse, como mínimo, hasta la liquidación del contrato, ya se surta ésta de común acuerdo, unilateral o judicialmente.

4.5 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales (art. 122). La suma asegurada no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el término del contrato y 3 años más.

4.6 Estabilidad y calidad de la obra (art. 123). La entidad estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

La garantía debe estar vigente por un lapso no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la entidad estatal reciba a satisfacción la obra, pero puede aceptar una vigencia inferior, previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato.

4.7 Calidad de bienes (art. 125). 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.

4.8 Calidad del servicio (art. 124). 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.

4.9 Responsabilidad extracontractual (art. 126). El valor asegurado en estas pólizas que amparan la responsabilidad civil extracontractual, se establecen intervalos, de la siguiente manera: 200 SMMLV para contratos cuyo valor sea inferior o igual a 1.500 SMMLV; 300 SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a 1.500 SMMLV e inferior o igual a 2.500 SMMLV; 400 SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a 2.500 SMMLV e inferior o igual a 5.000 SMMLV; 500 SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a 5.000 SMMLV e inferior o igual a 10.000 SMMLV y 5% del valor del contrato cuando este sea superior a 10.000 SMMLV, caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo 75.000 SMMLV.

Aunque las sumas aseguradas resultantes de aplicar esa escala pueden resultar de consideración, no se compadece con esquemas de exposición o modelos econométricos estadísticos que se han venido desarrollando en los últimos años y que pretenden determinar la suficiencia de la suma asegurada, con base en evaluaciones sobre concentración de personas o de bienes en el lugar donde se desarrollarán los trabajos por el contratista, el perfil económico de las personas que allí concurren habitualmente y, particularmente, su posible nivel de ingresos, sus posibles edades y la exposición a daño moral y perjuicios a la vida de relación, como consecuencia de la estructura familiar de la que hacen parte. Eventualmente, los resultados de tales modelos determinan exigencias de cobertura superiores a las previstas en la reglamentación, lo que podría conllevar para las aseguradoras obtener capacidad adicional de reaseguro, a la que usualmente manejan, en los mercados internacionales.

Íntimamente relacionada con la suficiencia de las garantías, se encuentra lo relativo al restablecimiento o reemplazo de la garantía, regulado en el artículo 127 del decreto 1510 de 2013 y según el cual, cuando con ocasión de las reclamaciones efectuadas por la entidad estatal, el valor de la garantía se reduzca, debe solicitar al contratista restablecer el valor inicial de la misma. Si en el contrato se incrementa su valor o se prorroga su plazo, la entidad estatal debe exigir al contratista ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso y de todas maneras, la entidad

estatal debe prever en los pliegos de condiciones para la contratación, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adiclarla.

5. Excepciones al otorgamiento de las garantías

El inciso 4º del numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 contempló que las garantías no serían obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y de seguro; numeral que fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

Posteriormente, el inciso 5º del artículo 7º de la ley 1150 de 2007, estableció que las garantías no serían obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor fuera inferior al 10% de la menor cuantía; caso en el cual correspondería a la respectiva entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza, al objeto del contrato y a la forma de pago.

De ahí porque el artículo 8º del Decreto 4828 dispuso que las garantías no eran necesarias en frente de determinados tipos de contratos, con lo cual determino excepciones al principio de otorgamiento de mecanismos de cobertura de riesgo, como fueron: los contratos de empréstito, interadministrativos, de seguro, y aquellos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, supuesto en que correspondía a la entidad contratante determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

De otra parte, la entidad estatal podía abstenerse de exigir garantía de seriedad de oferta a los participantes en procesos cuyo objeto fuera la enajenación de bienes, en procesos de subasta inversa para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como en los concursos de mérito en los que se exigiera la presentación de una propuesta técnica simplificada.

Pues bien, esa disposición fue prácticamente replicada por el artículo 5.1.8 del decreto 734 de 2012, pero con dos adiciones: se estableció que en los contratos cuyo valor fuera inferior al 10% de la menor cuantía, no quedaban excluidos de dicho otorgamiento, sino que respecto de ellos debían aplicarse las reglas previstas para la mínima cuantía y, también se adiciono con la facultad para la entidad estatal de abstenerse de exigir garantía de cumplimiento para los contratos celebrados bajo la modalidad de contratación directa, salvo que el estudio previo correspondiente estableciera la conveniencia de exigirla.

En el decreto 1510 de 2013, a diferencia de las reglamentaciones que le precedieron, no trae una disposición de ese tenor, por lo que habrá de tenerse en mente lo dispuesto por el inciso 5º del artículo 7º de la ley 1150 de 2007, en el sentido que las garantías no son 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.

De otro lado, en diversos preceptos de éste último decreto, consecuente con el principio que consagra el artículo 17 en el sentido que la entidad debe evaluar el riesgo que el proceso representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, en el artículo 77 dispone que en la contratación directa, la exigencia de garantías no es obligatoria y que la justificación para exigir las o no, debe estar en los estudios o documentos previos: bajo esta misma línea, el artículo 87 otorga libertad a las entidades estatales para exigir o no garantías en los procesos de selección de mínima cuantía y en los de adquisición en Grandes Superficies. Por su parte, para el caso de garantías en la contratación de tecnología satelital, el artículo 147 faculta a la entidad estatal para exigir las garantías generalmente utilizadas y aceptadas en la industria, para cubrir los riesgos asegurable identificados en los estudios y documentos previos.

Esa misma normatividad, en el contrato de comisión, exige la constitución de la garantía única por parte del comisionista en el valor de la comisión que le será reconocida (art. 56) y a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos e impone la exigencia para la entidad estatal y para el comitente vendedor de constituir las garantías establecidas en su reglamento, para aquellos casos en que la entidad estatal adquiera bienes y servicios de características técnicas uniformes (art.57).

6. El carácter divisible de la garantía

Hasta hace pocos años era indiscutible el carácter indivisible de la garantía; sin embargo, este principio perdió su carácter absoluto, como se ha reconocido reglamentariamente desde hace algún tiempo y, particularmente, respecto de aquellos contratos con períodos de vigencia amplios, porque ante la dificultad para las aseguradoras de obtener respaldo de reaseguro en los mercados internacionales se tornó imperioso que fueran desagregados en etapas.

En el artículo 2º del Decreto 4828, se reconocía el principio general de indivisibilidad de la garantía, pero el artículo 9º, replicando diversas disposiciones que le precedieron en esta materia y respecto de la garantía en la contratación estatal, autorizaba que la garantía pudiera ser dividida por etapas contractuales.

En efecto, dicha disposición consagró que en los contratos de obra, operación, concesión y, en general, en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrollara por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiriera de su división en etapas, la entidad podía dividir la garantía, siempre y cuando el plazo del contrato fuera o excediera de cinco (5) años. En este caso, el contratista debía otorgar garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar.

La garantía así constituida debía tener por lo menos la misma vigencia del plazo establecido en el contrato para la ejecución de la etapa correspondiente. En el evento en que el plazo de ejecución se extendiera, debía prorrogarse por el mismo término.

En materia de riesgos amparados, debían corresponder a los propios del incumplimiento de las obligaciones que nacían y que eran exigibles en cada una de las etapas del contrato, incluso si su cumplimiento se extendía a la etapa subsiguiente, de tal manera que fuera suficiente la garantía para cubrir las obligaciones de la etapa respectiva.

En lo relativo a los valores garantizados, debían calcularse con base en el costo estimado de las obligaciones a ejecutar en la etapa respectiva y para la etapa de operación y mantenimiento, sería el importe anual estimado de las prestaciones del contratista durante dicha etapa y claro está, los amparos podían otorgarse por períodos sucesivos de uno (1) a cinco (5) años, con la obligación de obtener la correspondiente prórroga o una nueva garantía, con anticipación al vencimiento del respectivo plazo.

Por supuesto, antes del vencimiento de cada una de las etapas contractuales, el contratista estaba obligado a prorrogar la garantía de cumplimiento o a obtener una nueva garantía que amparara el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa subsiguiente y, en todo caso, era obligación del contratista mantener la garantía vigente durante el término de ejecución y liquidación del contrato.

En el evento en que el garante de una de las etapas decidiera no continuar garantizando la etapa siguiente, debía informarlo por escrito a la entidad contratante con seis meses de antelación a la fecha de vencimiento de la garantía correspondiente. En caso contrario, el garante quedaba obligado a garantizar la siguiente etapa. Para el caso que el contratista incumpliera la obligación de prorrogar u obtener la garantía para cualquiera de las etapas del contrato, la entidad debía prever en el mismo, el mecanismo que procediera para restablecer la garantía, sin que se resultara afectada la garantía expedida para dicha etapa, ante el incumplimiento de esa obligación.

Frente a contratos cuyo objeto correspondiera a bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional o de contratación reservada del sector defensa y el DAS, a que se referían los artículos 53 y 79 del Decreto 2474 de 2008, la divisibilidad de la garantía se podía aplicar en forma excepcional, cuando el contrato tuviera una duración mínima de tres (3) años. En estos casos, las entidades, previa justificación, debidamente motivada por parte del representante legal, podían establecer en los pliegos de condiciones, las reglas aplicables para ajustar, disminuir o aumentar correlativamente, los valores garantizados respecto de los amparos de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, calidad del servicio y responsabilidad extracontractual, de tal forma que se redujeran los importes de tales amparos, en la medida que se ejecutaran las obligaciones respectivas a cargo del contratista.

Para este tipo de contratos, al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, podían aplicársele las reglas de amortización. Así mismo, se dejaba en claro que los ajustes a los valores garantizados no alteraban la vigencia mínima de los amparos, establecida de acuerdo con las reglas anteriormente expuestas.

Pues bien, el artículo 112 del Decreto 1510 de 2013, en relación con este tema, preserva el principio general de indivisibilidad de la garantía, pero permite que en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías puedan cubrir los riesgos de la etapa del contrato o del período contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato, por lo que la entidad estatal en los pliegos de condiciones, debe indicar las garantías que exige en cada etapa del contrato o cada período contractual, pero atendiendo a las siguientes reglas: debe exigir una garantía independiente para cada etapa del contrato o cada período contractual o cada unidad funcional en el caso de las asociaciones público-privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la etapa del contrato o período contractual respectivo; debe calcular el valor asegurado para cada etapa del contrato, período contractual o unidad funcional, tomando como base el valor de las obligaciones del contratista para cada etapa del contrato, período contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de la garantía establecidas en el Decreto 1510 de 2013 y, antes del vencimiento de cada etapa del contrato o cada período contractual, el contratista estará obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa del contrato o período contractual subsiguiente, si no lo hiciera se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía, es decir, el mecanismo que se hubiere previsto en los pliegos de condiciones (art. 127, Decreto 1510/13).

En la nueva reglamentación se hace referencia también a “unidad funcional”; respecto de las asociaciones público-privadas que se constituyan para el desarrollo de proyectos de infraestructura y que fueron materia de reglamentación a través de la ley 1508 de 2012 y posteriormente desarrolladas mediante el decreto reglamentario 1467 de 2012, que en el artículo 20, define las unidades funcionales de infraestructura como: “Conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del proyecto de Asociación Público Privada”, por lo que para determinar la suma asegurada, deberá computarse el valor asegurado de cada una de las unidades funcionales y acumularlas en función del número que estén consideradas en la respectiva obra. Es preciso mencionar que se ha interpretado que la unidad funcional la constituye el trayecto de la vía comprendido entre 2 poblaciones.

En el artículo 112 del nuevo estatuto, también se consagra que si el garante de una etapa del contrato o un período contractual, decide no continuar garantizando la etapa del contrato o período contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la entidad estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía; aviso que no afecta la garantía de la etapa contractual o período contractual en ejecución. Además, si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, el garante queda obligado a garantizar la etapa del contrato o el período contractual subsiguiente.

7. La efectividad de la garantía de cumplimiento en el Decreto 1510 de 2013

Sin duda este uno de los temas que de manera constante genera inquietudes.

La facultad de la administración para declarar el incumplimiento del contratista, en algunos momentos, se convirtió en una verdadera zona gris, porque para la declaratoria de incumplimiento del contratista, cuando no solo tuviera por finalidad la caducidad del contrato sino también hacer efectiva la cláusula penal, el Consejo de Estado, inicialmente, estimó que bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, aún después de vencido el término del contrato, la administración tenía facultad para declarar el siniestro por cuanto en esa etapa posterior, la administración se encontraba en una mejor posición para evaluar si el cumplimiento por parte del contratista resultaba satisfactorio.⁶

6 A este respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de 13 de septiembre de 1991, M. P. Carlos Betancur Jaramillo, expresó: *“Ha dicho la jurisprudencia que la administración contratante tiene dentro de sus potestades exorbitantes la de declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista, mediante acto administrativo. Por eso se entiende que tenga el poder de imponer multas al contratista por sus incumplimientos parciales o declarar terminado el contrato por incumplimientos de mayor alcance. Poder éste que no podrá ejercerse sino antes del vencimiento del contrato y excepcionalmente luego de dicho vencimiento, pero solo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta es la jurisprudencia reiterada de la sala. Demandante: Empresas Públicas Municipales de Cartagena. Demandado: Hidroestudios Ingenieros Consultores Ltda.; Seguros Caribe S.A. Expediente: 5127. Datos Bibliográficos: Consejo de Estado. Sección Tercera. Tomo Copiador 139. Fls. 94-113*

En sentencia de mayo 6 de 1992, M. P. Carlos Betancur Jaramillo, manifestó: *“Ha dicho la jurisprudencia que los incumplimientos del contratista durante la ejecución del contrato le dan pié a la administración para imponer multas. Para caducarlo o para hacer exigible la cláusula penal pecuniaria. Pero también ha dicho que no puede caducarlo por incumplimiento luego de terminado ni puede hacer la declaración de incumplimiento cuando ya liquidó el contrato sin objeciones de cumplimiento..Demandante: Mitsui y Cía. Ltda. Tokio Japón. Demandado: Telecom. Expediente: 6661. Datos Bibliográficos: Consejo de Estado. Sección Tercera. Tomo Copiador 157. Fls. 361-385. Providencias en Igual Sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias 16 de mayo de 1991, Exp. 5931, C.P. Julio César Uribe Acosta; enero 29 de 1988, Exp, 2616 (N. de E. se corrige el número del Exp. 3615), C.P. Carlos Betancur Jaramillo “*

En sentencia de octubre 1º de 1992, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, expresó: *“... Podía hacerse esa declaración de incumplimiento, no con la finalidad señalada en el artículo 72 del decreto 222 de 1983 (la efectividad de la cláusula penal), sino, pura y simplemente, para hacer efectiva la garantía de cumplimiento pactada en el contrato? Estima la sala que no. Y su pensamiento ha sido no solo coherente sino reiterado. Durante la ejecución del contrato la declaración de incumplimiento solo puede hacerse para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato, **y vencido el plazo contractual únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.** Y esa misma jurisprudencia ha afirmado que si la administración estima que los perjuicios son mayores al valor de esa cláusula penal, no podrá decidirlo unilateralmente sino que tendrá que acudir al juez del contrato. Demandante: Asinarco Ltda.; Demandado: Alcaldía Municipal de Rionegro. Expediente:*

Posteriormente, bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que la administración no podía declarar el incumplimiento del contratista, porque esa facultad consagrada en el decreto 222 de 1983, no había sido replicada en la ley 80 de 1993 y ante esa circunstancia, la administración para declarar el incumplimiento y hacer efectiva el respectivo amparo debía acudir a la caducidad, reglada en el artículo 18 de la ley 80 de 1993, la cual exige que se trate de: “...obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que pueda conducir a su paralización...”.

Al quedar la administración postrada en un estado de impotencia, ante cualquier otro tipo de incumplimientos imputables al contratista que le irrogaran detrimentos patrimoniales, pero que no tuvieran la entidad de aquellos que exige la declaratoria de caducidad, la jurisprudencia reaccionó explorando vías que legitimaran la declaratoria de incumplimiento del contratista por parte de la administración, ante circunstancias dañosas, pero que no cumplieran con los presupuestos para la declaratoria de caducidad.

Se acudió, entonces, a la tesis de la autotutela administrativa y épocas más recientes, a los numerales 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A, que es la postura jurisprudencial actual.

Esos numerales 4º y 5º del artículo 68, hacen referencia al mérito ejecutivo de ciertos actos y de las garantías que presten los contratistas ante las entidades estatales,

6631. Datos Bibliográficos: Consejo de Estado. Sección Tercera. Tomo Copiador 172. Fls. 272-294. Providencias en Igual Sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 22 de 1989, Exp. 5253, Actor: Seguros del Comercio, C.P. Carlos Betancur Jaramillo

Posteriormente, en providencia del 20 de septiembre de 1995, M.P. Juan de Dios Montes Hernández, expuso: “La jurisprudencia elaborada en vigencia del estatuto contractual de 1983 se fué completando y perfeccionando paulatinamente; de comienzo se pensó que la totalidad de las prerrogativas exorbitantes de la administración frente al punto de vista temporal, durante la vigencia del contrato cuando quiera que este fuese de aquéllos que se denominan de tracto sucesivo o que, sin serlo, su ejecución se extiende en el tiempo; esta directriz, sin embargo, había tomado en cuenta solamente las potestades administrativas de imposición de multas al contratista y la declaración de caducidad administrativa del contrato. De allí que, más adelante, se advirtiese cómo el artículo 72, en la frase final de su inciso tercero, consagraba una potestad especial para declarar el incumplimiento del contrato por fuera del término contractual y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta lectura judicial de la ley se conservó hasta el fin de la vigencia del decreto 222 y la Sala no encuentra razón suficiente para variarla. Conviene advertir, claro esta, que la ley 80 de 1993 despoja a la administración de tal prerrogativa, de modo que en adelante, una vez finalizado el término contractual y agotada, por lo tanto, la posibilidad de la declaración de caducidad, sólo el juez del contrato podrá declarar el incumplimiento del contratista sin perjuicio de las posibilidades que se desprendan del acto de liquidación unilateral o bilateral. Demandante: Skandia Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte; Expediente: 7757. Datos Bibliográficos: Consejo de Estado. Sección Tercera. Tomo Copiador 290. Fls. 327-367. Fuente Jurídica: D. 222 de 1983 art. 72.

las cuales, según el criterio jurisprudencial, deben integrarse, por cuanto el numeral 4º se refiere a las garantías contractuales, mientras que el numeral 5º se ocupa de las demás garantías y, como se anota en sentencia de 13 de mayo de 2009, exp.16.369, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, con base en un análisis finalístico de esas disposiciones, se deduce que las entidades estatales tienen una prerrogativa para declarar el siniestro y hacerlo exigible en forma efectiva, de lo contrario “...resultaría que sólo en algunos casos – caducidad, terminación y liquidación- pudiese declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública”. Postura también acogida en sentencias de 24 de mayo de 2001 y 14 de abril de 2005, entre otras.

En realidad, la administración como guardiana de los fines del Estado y del interés general y con miras a preservar los fines propios de la contratación estatal (art. 3º, L. 80/93), es preciso que cuente con prerrogativas que le permitan velar por la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, de tal forma que el propósito insito en el respectivo contrato se alcance y ante el incumplimiento del contratista, estar investida de facultades que le permitan obtener el resarcimiento por el detrimento que tal conducta le cause; acto administrativo que, si bien se encuentra amparado por la presunción de legalidad, puede ser controvertido en la vía gubernativa o posteriormente, a través de la intervención jurisdiccional.

Hoy día, en virtud de lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 7º de la ley 1150 de 2007, resulta diáfano que el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare⁷. En consecuencia, respecto de los amparos distintos al de cumplimiento del contrato, la entidad puede acudir a proferir un acto administrativo que declare realizado el riesgo, respecto del cual la aseguradora y el contratista tienen la posibilidad de impugnarlos por la vía gubernativa y posteriormente, por la vía contenciosa.

7 Este precepto hoy día se encuentra desarrollado en el artículo 128 del decreto 1510 de 2013, en los siguientes términos: “Artículo 128. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

“1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

“2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

“3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros”.

Antes de la expedición del acto administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 o Estatuto anticorrupción, debe observarse el procedimiento allí previsto para ese efecto.

Ahora bien, en auto de 27 de febrero de 2013, la Sección Tercera del Consejo de estado puntualizó que la potestad sancionatoria de la Administración en materia contractual es de carácter limitado y está supeditada a la observancia de garantías, derechos y principios de orden constitucional; así mismo, precisó que la facultad para imponer sanciones caduca en el término de 3 años contados a partir de la expedición del respectivo acto (art. 38, C.C.A.) y que, para efectos de interrumpir dicho término, basta con que el acto administrativo principal (o que impone la sanción) hubiere sido expedido y notificado, como lo expuso la sala plena de esa Corporación en sentencia de 29 de septiembre de 2009, rad. 2003-0442-01, M.P. Susana Valencia Buitrago; postura que, además, acoge el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 o nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que precisa la forma de computar dicho término e impone a la Administración un plazo de 1 año para resolver los recursos que impugnen la decisión y, con la prevención que, transcurrido dicho lapso sin haberse proferido decisión, se entenderán como resueltos a favor del contratista.

De igual manera, el Consejo de Estado ha expresado que la decisión de la Administración que imponga una multa, u ordene hacer efectiva la cláusula penal, o imponga cualquier otro tipo de sanción o carga prevista en el contrato, debe estar precedida por audiencia del afectado y la cual debe contar con un procedimiento mínimo que le garantice al contratista el debido proceso (Sentencia, Sección Tercera, marzo 21 de 2012, M.P. Jaime Orlando Santofimio, exp. 39477).

En materia de caducidad, como potestad excepcional de la administración en los contratos que tienen por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, como también en los contratos de obra (Art. 14, num. 2º, L. 80/93), es bien sabido que las causales se encuentran contenidas en el artículo 18 de la ley 80 de 1993, así como también en el artículo 90 de la ley 418 de 1997, modificado posteriormente por el artículo 31 de la ley 782 de 2002, preceptos que son desarrollo del artículo 5º, numeral 5º de la ley 80 de 1993, que establece el deber de los contratistas de no acceder a peticiones o amenazas de de quienes actúen por fuera de la ley; como también habrá de atenderse a la ley 828 de 2003 relativa a normas para el control de la evasión al sistema de seguridad social.

Respecto del ejercicio de tal potestad por la administración, la jurisprudencia ha reiterado que la caducidad debe declararse durante la vigencia del contrato, si bien, en sentencia del 13 de septiembre de 1999, la Sección Tercera de Consejo de Estado, M.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente 10264, consideró que las facultades propias de las cláusulas excepcionales, al igual que la imposición de sanciones, pueden ejercerse hasta la etapa de liquidación del contrato y, por tanto, esa fase de liquidación quedaría

comprendida en el término de vigencia del contrato y bajo el entendido que el plazo previsto no puede equipararse al período de ejecución del contrato, por cuanto : *“...las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes”*.

Hoy día, la ocurrencia del siniestro será comunicado al asegurador mediante la notificación del acto administrativo que lo declare (Inciso 4º, artículo 7º L. 1150/07) y para ese efecto, habrá de surtir el procedimiento previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

De otro lado, es evidente que el hecho de no convocar a un particular a la actuación administrativa que se adelante en su contra y de la cual pueda resultar afectado, constituye una **clara violación al debido proceso y al derecho de defensa consagrada en el artículo 29 de la Carta**, aplicable a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas como lo reitera el artículo 3 de la Ley 270 de 1996 o Ley estatutaria de la Administración de Justicia y resulta aberrante que, tampoco, se le permita el examen de la actuación administrativa al momento de ser notificado del acto que le puso término a ésta.

Es pertinente relieves estas consideraciones de la Corte Constitucional y contenidas en sentencia C-543/92 del 1º de octubre de 1992, M.P. José Gregorio Hernández: *“El derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso. La notificación, presupuesto esencial para que una parte pueda ejercitar su derecho de defensa, **no puede ser reducido a mero requisito de forma** y sobre el juez recae la obligación de garantizar el derecho fundamental a ser notificado de conformidad con la ley de manera efectiva y real”*.

Como consecuencia de un procedimiento anómalo, puede resultar conculcado el derecho de defensa y además, diversas disposiciones del Código Contencioso Administrativo, entre otros, el artículo 14 del anterior C.C.A. (hoy art. 37, inciso 1º y art. 38 L. 1437 de 2011), que impone la citación de terceros determinados que puedan ser afectados por las resultas de la decisión; el artículo 15 del anterior C.C.A. que establece requisitos de publicidad a la citación de terceros (hoy art. 37, inciso 2º . L. 1437 de 2011); el artículo 35 del anterior C.C.A. que impone dar oportunidad a los interesados de manifestarse de manera previa a la decisión (hoy art. 42 L. 1437 de 2011); el artículo 36 del anterior C.C.A. que impone que la decisión sea adecuada a los fines de la norma (hoy art. 42 L. 1437 de 2011), entre otros.

Por supuesto que la Administración viola de manera manifiesta la garantía del debido proceso y del derecho de defensa cuando en el acto de notificación del acto administrativo que declara la realización del riesgo amparado, omite facilitar al respectivo

contratista y a sus garantes el examen del expediente de la actuación Administrativa y de lo cual, es recomendable dejar constancia expresa en la diligencia de notificación.

Como es claro, al ocurrir la violación de la garantía constitucional del debido proceso y de las normas que en punto de la actuación administrativa la desarrollan, se lesiona también el orden jurídico y esto vicia la existencia de los actos que se recurren.

Con base en estos postulados, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 en desarrollo del precepto constitucional contenido en el artículo 29 de la Carta, estableció que en materia de imposición de sanciones contractuales debía observarse el debido proceso; razón por la cual el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008 dispuso que para hacer efectiva la garantía única, en caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, la entidad proferiría el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procedería a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituía el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

En caso de aplicación de multas, una vez satisfecho el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, la entidad proferiría el acto administrativo correspondiente en el cual imponía la multa y ordenaba su pago tanto al contratista como al garante, habida cuenta que el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, ante las distintas posturas jurisprudenciales había facultado a la entidad estatal para imponer y cobrar las multas, así como también les atribuyó la potestad para declarar el incumplimiento del contrato con miras a hacer efectiva la cláusula penal. Para este evento de imposición de multas, el acto administrativo constituía el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

Igualmente, contempló que en los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, la entidad proferiría el acto administrativo correspondiente en el cual declarararía el incumplimiento, procedería a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante y, en este caso, el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

Como es bien sabido en una primera etapa y bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, el Consejo de Estado consideró que la administración si tenía **competencia para imponer unilateralmente las multas, sin necesidad de acudir al juez**; lo anterior, en virtud del carácter ejecutivo que, por regla general, el artículo 64 del Decreto ley 1 de 1984 confiere a todos los actos administrativos y por la remisión que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 hace a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones de las funciones administrativas y en cuanto sean compatibles con los principios de la ley 80,

lo cual, además, corrobora el artículo 23 de ese estatuto que reconoce como principios propios de las actuaciones contractuales los derivados del derecho administrativo.

Sin embargo, en sentencia de 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. Germán Rodríguez Villamizar el Consejo de Estado consideró que la administración era incompetente para la imposición de multas y para declarar el incumplimiento del contratista con el ánimo de hacer efectivas las cláusulas penales, habida cuenta que bajo la ley 80 de 1993 no existe disposición alguna que facultara al Estado para incluir la cláusulas de multas o la penal pecuniaria como potestades excepcionales y por tanto, imponerlas unilateralmente.

En esa oportunidad, ese máximo tribunal aclaró: *“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencia de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en estas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece de Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente”* (Se destaca).

En síntesis, para disipar cualquier inquietud, el artículo 17 de la ley 1150 habilita de manera expresa a la administración para imponer las multas que hayan sido pactadas en el respectivo contrato a través de un procedimiento que garantice el debido proceso e igualmente, para declarar el incumplimiento con miras a hacer efectiva la cláusula penal pactada.

En el párrafo transitorio contenido en dicha disposición, se extendieron las facultades antes mencionadas a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley 1150 de 2007 que contemplaran las cláusulas de multas y penal pecuniaria y por ende, la facultad de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas. Se trata claramente de una hipótesis de retrospectividad de la ley y en virtud del cual se hace extensiva la ley a circunstancias que aún no han producido efectos y por ende, debe referirse a hechos que hubieran ocurrido con posterioridad a la vigencia de la ley 1150, vale decir, a circunstancias no consolidadas para ese entonces.

El criterio del Consejo de Estado sobre esta disposición está contenido en la sentencia de 30 de julio de 2008, M.P. Dr. Enrique Gil Botero, Rad. 05001-23-25-000-1995-0-1905-01 (21574) y según el cual: *“Como se observa, a partir de la expedición de las ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas*

pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aun en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”. Si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley. Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella”.

En relación con las multas, puntualizó: *“Nótese que, en el caso de las multas, la norma enmarca su posibilidad de ejercicio únicamente en tanto se les use como mecanismo de “apremio”, en la medida en que dispone que las mismas tienen por único objeto “conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones”. Lo anterior resulta coherente con la precisión que incluye la norma al exigir que para el efecto “... se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...”, excluyendo en consecuencia, que se las use con criterio “vindicativo”. De esta manera, se soluciona otra recurrente discusión sobre el marco de aplicación de este arbitrio, el que no tiene por su propia naturaleza una finalidad indemnizatoria”⁸.*

Ahora bien, en los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, la entidad proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago total al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

De manera que el procedimiento previsto en el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012, réplica el que ya había sido acogido en el Decreto 4828; sin embargo, en éste último se dejó claramente establecido que para garantizar los derechos de defensa y contradicción del contratista, debía observarse el procedimiento consagrado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011⁹, en los casos de declaratoria de caducidad,

8 SUAREZ BELTRAN, Gonzalo “La nueva contratación pública en Colombia”, 1ª. Edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2009, páginas 143 y 144.

9 Dicho precepto es del siguiente tenor: “ARTÍCULO 86. *Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.* Las entidades sometidas al Estatuto General de Con-

aplicación de multas y en los demás casos de incumplimiento que tengan por finalidad hacer efectiva la cláusula penal.

En la actualidad, el artículo 128 del decreto 1510 de 2013, con miras a obtener la efectividad de las garantías, consagra las siguientes hipótesis:

“1. Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

“2. Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal impone

tratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

“3. Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros”.

Por supuesto, en frente de cada una de tales circunstancias, como se ha expresado de manera reiterada, la entidad estatal deberá observar lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que enfatiza en la observancia del debido proceso y en la garantía de los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta y por el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.¹⁰

10 En relación con la garantía del debido proceso en materia contractual, la Sección Tercera del Consejo de estado, en sentencia de 17 de marzo de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, rad. Rad.: 05001-23-26-000-1992-00117-01, estimó que la intensidad con que ésta deba aplicarse dependerá del caso y de la etapa contractual de que se trate.

En esa ocasión expresó: *“...el debido proceso elevado en nuestro ordenamiento jurídico a la categoría de derecho constitucional fundamental, en sus manifestaciones de principio de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derechos de contradicción, audiencia y defensa, aplicación de la ley preexistente, observancia de las formas de cada juicio, valoración razonable de la prueba, inocencia⁽⁹⁾ —entre otros—, es una garantía para los sujetos e intervinientes en cualquier actuación judicial o administrativa que, a su vez, obliga a los funcionarios judiciales y a las autoridades administrativas a respetarlos y asegurar su plena vigencia en la solución de cualquier conflicto o asunto judicial o administrativo.”*

(...)

“...En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas tiene los siguientes alcances: (i) ser oído antes de que se tome la decisión; (ii) participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; (iii) ofrecer y producir pruebas; (iv) obtener decisiones fundadas o motivadas; (v) recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; (vi) tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; (vii) controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; (viii) obtener asesoría legal; (ix) tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas”

(...)

“Como en materia de actividad sancionatoria de la administración exige la observancia de los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad, manifestó que: “la determinación del campo de aplicación de cada una de las garantías que integran el debido proceso y su intensidad se deben analizar según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta para algunos eventos, pero en otros lo será en forma modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la administración.

“Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celeb-

rado por la administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra.

“Incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a este por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual.

“Este entendimiento tiene sustento en el interés público de que la ejecución de los servicios, el suministro de los bienes o la realización de las obras no se interrumpa o paralice, lo que ocurriría si somete en todos los casos a la administración a un trámite dispendioso que frustre la finalidad de la medida sancionatoria y, por ende, el cumplimiento oportuno del contrato, con desfase de los plazos generales y parciales para su ejecución en tiempo debido, los cuales, como se sabe, se fijan y pactan de acuerdo con la oportunidad en que se necesita el bien, el servicio o la obra para satisfacer el interés público o colectivo involucrado en el contrato.

“En otros términos, so pretexto de la garantía al debido proceso que se deba cumplir no puede diluirse la responsabilidad que le quepa al contratista y menos aún debilitarse las facultades sancionatorias con que cuenta la administración para la cabal ejecución del contrato. Se pretende con la aplicación de este derecho fundamental que el contratista tenga conocimiento de las razones que a juicio de la entidad configuran un incumplimiento de sus obligaciones, el cual está sujeto a la aplicación de las sanciones que prevé la ley y el contrato, cuyo clausulado este conoce desde la suscripción e iniciación del mismo.

Y respecto del ejercicio de la facultad sancionatoria y la observancia del debido proceso, precisó que: *“en materia de aplicación de sanciones contractuales, lo que la jurisprudencia ha reclamado es que la medida sancionatoria no resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión, procedimiento en la formación de la voluntad de la administración que no se suple con los recursos por vía gubernativa, dado que es otra fase de la actuación, en la que si bien impera también la garantía del debido proceso, en ella se discute la decisión ya tomada”.*

Baste añadir que para efectos de lograr la efectividad de las garantías bajo un contrato estatal, que en la praxis habrán de observarse los siguientes parámetros:

- El contrato de seguro contenido en la garantía única ha sido considerado por la jurisprudencia como un contrato estatal, pues si bien la entidad estatal no es parte en el mismo, se celebra para garantizar el cumplimiento de contratos estatales y, en cuanto tal, participa de la naturaleza jurídica de éste, de satisfacer el interés general y de asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales;
- La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han considerado que la declaratoria del siniestro para hacer efectiva la garantía única debe surtirse a través de la expedición de un acto administrativo;
- Hoy día, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º de la ley 1150 de 2007 en su inciso 4º, se expreso de manera diáfana y genérica que el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare;
- La postura jurisprudencial actual, relativa a las facultades de las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contratista, se funda en los numerales 4º y 5º del artículo 68 y que hacen referencia al mérito ejecutivo de ciertos actos y que las garantías que presten los contratistas ante las entidades estatales, según el criterio jurisprudencial, deben integrarse, por cuanto el numeral 4º se refiere a las garantías contractuales, mientras que en el numeral 5º se trata de las demás garantías;
- Respecto de los amparos distintos al de cumplimiento del contrato, la entidad puede acudir a proferir un acto administrativo que declare realizado el riesgo, respecto del cual la aseguradora y el contratista tienen la posibilidad de impugnarlos por la vía gubernativa y posteriormente, por la vía contenciosa;
- Debe observarse el procedimiento consagrado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.
- En cuanto a la oportunidad en que debe proferirse el acto administrativo que declare el incumplimiento del contratista, o la caducidad del contrato, o pretenda hacer efectivas la cláusula de multas, la jurisprudencia ha considerado que éste puede producirse después del vencimiento del plazo contractual y antes de la liquidación del contrato o, dentro dicho acto liquidatorio, cuando las garantías amparen hechos o circunstancias de incumplimiento que han debido producirse durante dicho término de ejecución;

De otro lado, la vigencia y alcance de las garantías del debido proceso en materia contractual, fue examinado por la sección tercera del Consejo de Estado en sentencia de 23 de junio de 2010, M.P. Enrique Gil Botero, rad. 1994-00225-01 (16.367).

- Tratándose de amparos cuya vigencia se proyecta por fuera de la vigencia del contrato, como acontece bajo los amparos de calidad y correcto funcionamiento, suministro de repuestos y asistencia técnica, estabilidad de la obra o de los trabajos ejecutados, garantía de pago de salarios y prestaciones sociales, nada obsta para que en esas hipótesis la ocurrencia del riesgo se declare tan pronto como la entidad estatal tenga conocimiento de las circunstancias que lo motivan y, en caso que la vigencia del respectivo amparo hubiere expirado, ineludiblemente deberá hacerlo dentro del término de dos (2) años de prescripción ordinaria que consagra el artículo 1081 del estatuto mercantil y los cuales se computan desde el conocimiento real o presunto de tales circunstancias por el asegurado;
- En lo relativo al cuantía de la pérdida, la jurisprudencia ha reiterado la inaplicabilidad del artículo 1077 del Código de Comercio (demostración de la ocurrencia y de la cuantía del siniestro), cuando se trate de pólizas de cumplimiento para entidades estatales, al considerar que en los casos de incumplimiento del contrato, la entidad tiene la facultad de declarar el siniestro a través de un acto administrativo motivado, que deberá *“contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización”*, acto que una vez se encuentre en firme permitirá exigir el pago a la compañía aseguradora de la respectiva indemnización. La cuantía del siniestro vendrá determinada por el acta de liquidación del contrato, en los casos en que ella procede o por el acto administrativo que la contenga, cuando el contratista no esté de acuerdo o no concurra para realizarla. La liquidación bilateral o unilateral del contrato puede a llevarse a cabo, aunque se encuentren vencidos los plazos contractuales o legales señalados para ese efecto, siempre que se adelante dentro del término de caducidad previsto para el ejercicio de las acciones para controversias contractuales, según el artículo 11 de la ley 1150 de 2007. La administración pierde competencia para efectuar la liquidación unilateral o bilateral del contrato, cuando es notificada del auto admisorio de la demanda promovida con fundamento en la acción contractual, que pretenda que la liquidación sea efectuada por el juez o por la justicia arbitral;
- Respecto del acto administrativo que declare realizado el riesgo, la aseguradora y el contratista tienen la posibilidad de impugnarlos por la vía gubernativa y posteriormente, por la vía contenciosa, en ejercicio de la acción contractual, por lo que la objeción de la aseguradora resulta improcedente;
- Partiendo del hecho de que los actos administrativos en cuestión -declaratoria de caducidad, de incumplimiento o de realización de un riesgo amparado bajo la garantía única, imposición de multas o reclamación de la cláusula penal-, son constitutivos del siniestro de incumplimiento para hacer efectiva la garantía contractual, son, entonces, actos de clara estirpe contractual, están íntimamente unidos al contrato, es decir, son actos contractuales expedidos después de la celebración del contrato y durante su ejecución, por lo que su impugnación judicial sólo puede realizarse a través de la acción contractual;

- La acción contractual debería incoarse antes de cumplirse el término de caducidad, tendría por objeto la nulidad de los actos administrativos que declaren realizado el riesgo amparado bajo la respectiva garantía y, eventualmente, la devolución de las sumas pagadas, si la aseguradora ha satisfecho alguna indemnización;
- El proceso ejecutivo que se promueva contra el asegurador para hacer efectiva la garantía única debe adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 75 de la ley 80 de 1993;
- En el proceso ejecutivo, el demandado solo puede proponer las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, cuando se fundamenten en hechos acaecidos luego de la expedición del acto administrativo; además de las de indebida representación de las partes por falta de notificación de personas determinadas, por falta de emplazamiento de personas indeterminadas y de pérdida de cosa debida. Las excepciones previas no tienen cabida en este tipo de procesos, por lo que no tiene cabida la excepción de pleito pendiente que es una excepción previa, cuando el acto administrativo que se ha utilizado como base de la ejecución haya sido demandado con miras a lograr su nulidad, sino que debe proponerse la de prejudicialidad;
- En lo relativo a la forma como opera la prescripción frente a la garantía única, es preciso tener en mente que dentro del término de prescripción ordinaria de dos (2) años, la administración debe proferir el acto administrativo que declare el siniestro y no como en ocasiones se ha entendido, que debe proferirse dentro de la vigencia de la póliza. Una vez expedido el acto, comienza a correr el término de cinco (5) años previstos bajo el numeral 3º del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, relativo a la pérdida de ejecutoria.
- Finalmente, en cuanto al momento en que se configura el siniestro, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 establece que la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, decisión que deberá estar precedida de audiencia del afectado que tenga un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo puede declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato; caso en el cual, la cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales. Por su parte, el artículo 128 del decreto 1510 de 2013, dispone que el siniestro lo constituye el acto administrativo que declara la caducidad, impone las multas o declara el incumplimiento, por lo que resulta evidente que para la expedición del respectivo acto se requiere constatar la existencia del hecho del incumplimiento que se imputa al contratista a través del procedimiento consagrado en la ley para ese efecto, la expedición del acto administrativo, la notificación del mismo y la consolidación o firmeza del acto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 87 del actual Código de Procedimiento Administrativo o Ley 1437 de 2011.

- En consecuencia, el siniestro, en estricto sentido, en materia contractual, se materializa en el momento en que el acto cobra firmeza. Precisión que resulta necesario hacer, por cuanto la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 16 de junio de 2011, Rad. 2002-05455, MP. Marco Antonio Velilla Moreno y en sentencia de 6 de junio de 2013, M.P. María Elizabeth García González, rad. 25000-23-24-000-2009-00245-01 y en relación con las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, han reiterado que el siniestro en este tipo de pólizas lo configura el hecho mismo del incumplimiento¹¹.

8. Facultades de la entidad estatal para liquidar unilateralmente los perjuicios

No es un tema pacífico el que la entidad contratante tenga facultades para liquidar unilateralmente los perjuicios, habida cuenta que ello es sólo factible respecto de la cláusula penal y en relación con las arras penitenciales y por lo mismo, en los demás casos debe establecerlos el juez del contrato.

Sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, estimó que la prerrogativa de la administración de declarar el siniestro conllevaba también la de cuantificar el perjuicio, aún después de terminado el contrato, en atención a que el artículo 1077 del estatuto mercantil exige establecer la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño. Reconocimiento de la jurisprudencia que resulta loable en aras de proteger el interés público y lo cual permite que pueda configurarse el título ejecutivo

A este mismo respecto, se ha planteado la inquietud de, si por razón de la liquidación del contrato, la entidad contratante puede liquidar los perjuicios que estima que le fueron ocasionados por el contratista, o si esos rubros tan sólo se restringen al lucro cesante o a las consecuencias de la mora, respecto de saldos pendientes a cargo del contratista.

Como la liquidación de los contratos estatales busca determinar los conceptos y las cuantías que se adeudan las partes en virtud del contrato que entre ellas se celebró, no

11 En esta última providencia, la Corporación expuso: “...el siniestro se configuró con el incumplimiento de la obligación aduanera, el cual tuvo ocurrencia al vencimiento del término otorgado en el Requerimiento Ordinario núm. 03-070-210-403-004369 de 17 de septiembre de 2007.” y añadió más adelante: “...la referida Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales núm. 11-43-101000067, expedida por la XXXXXXXXXXXXXXXX, estuvo vigente desde el 8 de enero de 2008 a las 00:00 horas, hasta el 8 de abril de 2009 a las 00:00 horas. Por su parte, el siniestro, que se configuró al vencimiento de los 15 días calendario, otorgados por la demandada en el Requerimiento Ordinario núm. 03-070-210-403-004369 de 17 de septiembre de 2007, acaeció el 5 de octubre de 2007”, por lo cual concluye que: “resulta evidente que el siniestro ocurrió con anterioridad a la vigencia de la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales afectada, por lo que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- no podía ordenar su efectividad”.

puede considerar sino las obras expresamente contempladas en el mismo y los ítems directamente relacionados con el contrato, por lo mismo, la postura jurisprudencial prevalente es que la liquidación del contrato sólo puede contemplar aspectos relativos a las actividades contempladas en el objeto mismo del contrato.

En sentencia del 11 de septiembre de 1989 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 5334, M.P. Gustavo De Greiff Restrepo, en vigencia del decreto 222 de 1983, considero que dicha facultad no la tenía la administración por cuanto carecía de poder exorbitante alguno y por ello, puntualizó que: *“...siempre que esos perjuicios se entiendan por fuera de los estimados anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria. Así como la administración no tiene facultad para cobrar al contratista sumas distintas de las relacionadas con multas y cláusula penal pecuniaria, cuando unilateralmente declara el incumplimiento, después de terminado el contrato, tampoco puede cobrar perjuicios ala contratista al efectuar la liquidación unilateral del contrato y menos a la compañía aseguradora del riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista.”*

Esta posición jurisprudencial resultó reiterada en la sentencia del Consejo de Estado de 18 de junio de 2008, exp. 29.290, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, pues en esa ocasión se dijo que la administración carece de competencia para tasar perjuicios diferentes de aquellos que fueron estimados anticipadamente en la cláusula penal y de multas y, por ello, en las demás hipótesis tal liquidación corresponde al juez del contrato.

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, manifestó de manera clara e inequívoca que la prerrogativa de la administración de declarar el siniestro conllevaba también la de cuantificar el perjuicio, aún después de terminado el contrato, en atención a que el artículo 1077 del estatuto mercantil exige establecer la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño.

Sin embargo, persisten voces discordantes en el sentido que la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro y cuantificar los perjuicios cuando se trate de hacer efectivas la cláusula penal o la de multas, pero carece de atribuciones para hacerlo en frente de otros incumplimientos contractuales, porque la competencia es privativa del juez administrativo de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y con las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

9. Otros términos y condiciones aplicables a la garantía única

Respecto de las condiciones propias de la póliza de seguro de cumplimiento para amparar contratos estatales¹², el artículo 129 del decreto 1510 de 2013 establece que

12 En materia de **naturaleza jurídica de la garantía única**, resultan de interés algunos pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el particular. En sentencia de 24 de agosto

el objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 115, 116 y 117, vale decir, a los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta o propuesta, los riesgos que debe cubrir la garantía de cumplimiento y la póliza de responsabilidad civil extracontractual, respectivamente.

Tales amparos, tienen además el carácter de independientes en relación con sus riesgos y con los valores asegurados, por lo que no son acumulables entre si, habida cuenta de su carácter de excluyentes (art. 129, inc. 2º, D 1510/13).

de 2000, M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, esa Corporación manifestó lo siguiente: *“Frente a los contratos estatales, el contrato de seguro presenta las siguientes características: a) Si bien el contrato de seguro por naturaleza es derecho privado; la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella. b) No es un contrato unilateral en sentido estricto, más bien afecta finalmente, tanto a las dos partes contratantes, como al beneficiario. c) Es irrevocable por el contratista, por lo tanto la garantía no expirará por revocación unilateral. Aún tratándose de mora en el pago de la prima, está tampoco expirará y no podrá la compañía de seguros alegarla como excepción ante la entidad estatal y por el contrario, deberá reconocer el monto asegurado. d) Bajo el régimen del Decreto 222 de 1983, los contratos de garantía formaban parte integrante de aquél que se garantizaba, es decir el artículo 70 se ocupó en señalar su carácter accesorio. Esta disposición fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 80, por lo tanto no existe un respaldo positivo que asegure dicho carácter. Ahora bien, bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública, dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración. No obstante su autonomía, el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo que su cumplimiento y ejecución dependen del primero. Si bien, el contrato de seguro strictu sensu no es un contrato estatal; y es celebrado entre dos particulares en beneficio de un tercero, este tercero siempre es la administración pública. El otorgamiento de la garantía tiene justificación en razón del patrimonio estatal, comprometido por estar afectado directamente, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados en interés de los particulares exclusivamente; tanto es así que la constitución de la garantía y su aprobación son requisitos indispensables para la ejecución del contrato. De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y proyecta su eficacia en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato. Lo anterior permite deducir que una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción...”* Demandante: Pinzón Avila, Hernando. Demandado: D. 679 de 1994 art. 19; La Nación; Ministerio de Gobierno; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de Desarrollo; Ministerio de Comercio Exterior; Ministerio de Transporte. Expediente: 11318. Salvamento de voto: Hernández Enríquez, Alier Eduardo; Hoyos Duque, Ricardo. Datos Bibliográficos: Consejo de Estado. Sección Tercera. Tomo Copiador 433. Fls. 165-191. Notas Declara la NULIDAD del artículo 19 del decreto 679 de 1994. Fuente Jurídica D. 222 de 1983 art. 70.

Las exclusiones admisibles en este tipo de amparo, están señaladas de manera expresa y taxativa en el artículo 131, a saber: causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima; daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de éste; el uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que éste obligada la entidad contratante; el demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo. Corresponden a las que se encontraban previstas en el artículo 5.2.1.1.2 del Decreto 734 de 2012 y en el artículo 15 del Decreto 4828 de 2008.

Exclusiones que cobijan circunstancias en las cuales no existe responsabilidad del contratista, por cuanto en esas hipótesis se presenta una ruptura del nexo de causalidad entre el daño que se hubiera podido producir y la conducta del contratista, como acontece con la expresada de forma genérica como causa extraña y que, en el ámbito propio de la responsabilidad civil, engloba hechos que exoneran de responsabilidad al contratista por no serle imputables.

A semejanza de las reglamentaciones anteriores, entre las exclusiones se consagran causales de exoneración de responsabilidad del contratista, como son: la culpa o negligencia de la entidad contratante en materia de uso o mantenimiento que ha debido cumplir u observar; el vicio propio inherente a los bienes entregados que se produce como consecuencia de su naturaleza corruptible por el mero transcurso del tiempo y, por último, los daños causados por el contratista durante ese término de ejecución a bienes del contratante que no estuvieren destinados o relacionados con la ejecución del contrato y, lo cual se explica por cuanto constituye un evento típico de responsabilidad civil y por lo tanto, excede el ámbito propio del amparo que está encaminado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato (Nums. 2 a 4, art. 131, D 1510/13).

De otra parte, de manera perentoria se cierra la posibilidad de cualquier otro tipo de exclusión que de manera expresa o tácita se introduzca en el condicionado de la póliza con el ánimo de restringir la cobertura, por cuanto cualquier estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones diferentes a las mencionadas anteriormente, es sancionada con ineficacia de pleno derecho, como quiera que expresamente se dice que *“no producirá efecto alguno”* (art. 131, inc. 1º, D 1510/13).

Este tipo de sanción de ineficacia de una estipulación contractual, no es extraña respecto del condicionado de las pólizas, pues baste recordar que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al establecer el régimen de pólizas y tarifas en el artículo 184, numeral 2º dispone que las pólizas deben ajustarse a las siguientes exigencias: su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro y a las demás disposiciones imperativas que sean aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; de otra parte, también exige que deban redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado y por lo cual, sus caracteres tipográficos de-

ben ser claramente legibles y los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.

10. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad

A la garantía única le es inaplicable la **cláusula de proporcionalidad** o cualquier otra que pretenda una finalidad similar.

Ese tipo de estipulaciones consagran que, si bien el valor asegurado representa el importe máximo de los perjuicios a cargo de la aseguradora, en caso de incumplimiento parcial del contrato por parte del contratista afianzado o garantizado, la responsabilidad de la aseguradora no excederá del mismo porcentaje o proporción que represente el incumplimiento respecto de la obligación garantizado.

El propósito de esa exigencia de proscribir ese tipo de cláusulas, es loable y consiste en que no se desvirtúe la naturaleza resarcitoria de la garantía y que resultaría seriamente mermada, como quiera que esas estipulaciones buscan reducir el importe de la prestación indemnizatoria a cargo del asegurador; por manera que no tiene cabida esa regla proporcional o de infraseguro al monto de la reclamación de la entidad contratante, por cuanto de ser permitida, se verían seriamente disminuidas las expectativas de resarcimiento de la entidad contratante, por cuanto se liquidaría la indemnización con base en el porcentaje de incumplimiento respecto de la suma asegurada; límite de responsabilidad del asegurador que, a su turno, representa un porcentaje del valor total del contrato, lo que a todas luces torna la indemnización potencial en una prestación claramente precaria.

Es más, la misma reglamentación dispone, con un criterio muy acertado, que la inclusión de una cláusula de esa estirpe no produce efecto alguno, si bien el hecho que la disposición se refiera a “el contrato de seguro que ampara el cumplimiento” puede generar discusiones sobre si resulta aplicable a los demás amparos de la garantía única, esto último, a primera vista, resultaría ser la interpretación más cercana al sentido de la norma y al contexto propio de la reglamentación. Así mismo, persisten voces que estiman que el monto indemnizable podría reducirse por efectos de regulación propia de la cláusula penal, habida cuenta que el artículo 1596 del Código Civil permite que si el deudor cumple una parte de la obligación principal, tenga derecho a que se le rebaje proporcionalmente la pena, lo cual merece un análisis más detallado, lo cual desborda el propósito de estas líneas.

Sobre la cláusula de proporcionalidad, no existen antecedentes jurisprudenciales emanados del Consejo de Estado; sin embargo, los pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no han sido unívocos.

En efecto, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 26 de octubre de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Expediente No. 5942, sin mayores consideraciones, esa alta Corporación estimo que la regla proporcional (o cláusula de proporcionalidad)

no resultaba consecuente con la naturaleza del seguro de cumplimiento. En efecto, allí expresó lo siguiente: “5. En ese orden de ideas, actuando la Corte como juzgador de segundo grado, revocará la sentencia apelada y condenará a la demandada a pagar la suma de \$165.000.000.00, pues, aun cuando demostró haber sufrido perjuicios por valor de \$1.249.890.00.00, aquel es el límite que surge del valor asegurado previsto en la póliza respectiva, sin que, por lo demás haya lugar a reducción por deducible o regla proporcional, habida cuenta que, además de no haber sido pactados, no se avienen con la naturaleza de la póliza de cumplimiento”.

Sin embargo, en un pronunciamiento posterior, esa misma Corporación le dio aplicación a la cláusula de proporcionalidad sin mayores reparos. En efecto, en sentencia de 9 de noviembre de 2004, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Expediente No. 12789, la Corte expresó: “9. En cambio, aparece probada la excepción relacionada con la “la reducción de la suma asegurada a la proporción equivalente a la parte cumplida de la obligación, porque en la cláusula segunda del referido contrato de seguro se estipuló que el valor asegurado “responde de los perjuicios derivados del incumplimiento de la totalidad del contrato”; por consiguiente, “si hubiere sido satisfecha parcialmente la obligación cuyo cumplimiento se afianza, la cuantía de la indemnización derivada del incumplimiento parcial se liquidará deduciendo, de la suma asegurada, la porción equivalente a la parte cumplida de la obligación (fl.270 Cdo. ppal).

“En esas condiciones, como el volumen de material estéril a remover se pactó inicialmente en 18 millones de metros cúbicos, y el realmente transportado ascendió finalmente a 5.263.671, ello equivale a que el objeto del seguro quedó vigente en un 70 por ciento, de manera que se rebajará un 30 por ciento del monto a cubrirse por parte de la aseguradora”.

Esta restricción ya había sido adoptada por el artículo 15 del decreto 4828 de 2008, replicada por el artículo 5.2.1.1.3 del Decreto 734 de 2012 y ahora es reproducida textualmente por el artículo 132 del Decreto 1510 de 2013.

11. La asunción del contrato por la aseguradora

Tradicionalmente se ha aceptado que en caso de incumplimiento del contratista, la aseguradora tenga la opción de asumir la ejecución del contrato, lo cual genera posiciones dispares como quiera que algunos estiman que ese tipo de labores no son propias de las actividades que por ley desempeñan las aseguradoras y por ende, exceden de su ámbito de competencia y de ejercicio profesional. Otros estiman que se trata de una actividad conexas o complementaria y para lo cual, podrían acudir al concurso de terceros que sean idóneos en la actividad de que se trate.

Independientemente de estas posturas, la evidencia es que en la reglamentación contenida en el artículo 15.4 Decreto 4828 de 2008 y en el artículo 5.2.1.1.4 del Decreto 734 de 2012 establecía que en el condicionado de la garantía única de cumplimiento, debía contemplarse que en el evento de incumplimiento del contratista

garantizado y en que el asegurador optara por continuar con la ejecución del contrato, en calidad de cesionario y la entidad contratante estuviese de acuerdo, el contratista garantizado aceptaba, de antemano y, en virtud de la expedición de la póliza, la cesión del contrato a favor del asegurador. Caso en el cual el asegurador debía contratar una póliza que amparara el cumplimiento de las obligaciones que asumía por virtud de la cesión del contrato.

El artículo 130 del Decreto 1510 de 2013 simplemente dispone que si hay lugar a la cesión del contrato al garante, éste debe constituir las garantías previstas en el contrato.

12. Irrevocabilidad del amparo e inoponibilidad de excepciones

La reglamentación contenida en el Decreto 4828 hizo claridad sobre dos aspectos que resultaban de la mayor trascendencia y que habían generado no pocas discusiones al momento de presentarse dificultades en la ejecución del contrato o como consecuencia de las reclamaciones de las entidades contratantes a las aseguradoras, como aconteció en frente de la irrevocabilidad del amparo y de la inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada.

Ese carácter de garantía, demandaba que se preservara su estabilidad y permanencia durante su término de vigencia, razón por la cual esa exigencia no vino a hacer otra cosa que reconocer ese carácter de irrevocable por el cual propugnaba un sector de la doctrina y que ya había sido materia de reconocimiento por la jurisprudencia. Ello explica porque el artículo 15.5 del Decreto 4828 de 2008 determinó expresamente que la garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas no expiraría por falta de pago de la prima ni podía ser revocada unilateralmente, lo que también fue acogido en los artículos 5.2.1.1.5 del Decreto 734 de 2012 y en el artículo 133 del Decreto 1510 de 2013 actualmente vigente, por lo que a la garantía única no es aplicable la terminación del amparo por falta de pago de la prima como tampoco procede la revocación unilateral por la aseguradora del amparo.

En materia inoponibilidad de excepciones, el artículo 15.6 del decreto 4828 de 2008 preceptuó que a la entidad estatal no le eran 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 poseyera el asegurador en contra del contratista, por lo que la reglamentación resulta diáfana y fue replicada tanto en fue acogido en los artículos 5.2.1.1.6 del Decreto 734 de 2012 y en el artículo 134 del Decreto 1510 de 2013

De manera que, las dos restricciones antes señaladas son consecuentes con el carácter de garantías que es propio de los seguros de cumplimiento que debe preservarse a toda costa con el ánimo de salvaguardar su efectividad y, de esa manera, evitar que se torne inane.

III. LA REGULACIÓN DE LAS DEMÁS GARANTÍAS ADMISIBLES EN EL DECRETO 1510 DE 2013

1. Son garantías a primer requerimiento

El patrimonio autónomo y la garantía bancaria se encuentran supeditados a la observancia de diversos requisitos, pero tienen como denominador común que, por naturaleza, son garantías a primer requerimiento.

En relación con el patrimonio autónomo, en cuanto a las menciones del certificado de garantía, el numeral 3º del artículo 153 del Decreto 1510 exige que se indique el procedimiento a surtir en caso de hacerse exigible la garantía, el cual no puede imponer a la entidad estatal condiciones más gravosas a las contenidas en dicho decreto y, de otra parte, en concordancia con el artículo 144, la sociedad fiduciaria no puede proponer la excepción de contrato no cumplido frente a la entidad estatal.

Por su parte, las garantías bancarias son, por naturaleza, a primer requerimiento y a ello obedece que el numeral 2º del artículo 146 establezca que: *“La garantía debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda de la entidad estatal”*.

2. Lineamientos propios del patrimonio autónomo

En primer término, a semejanza de lo que acontecía en las reglamentaciones anteriores, en el Decreto 1510 de 2013 el patrimonio autónomo al que se hace referencia es una fiducia en garantía, vale decir, una garantía específica de carácter abstracto o a primer requerimiento, de índole personal y en la cual el fiduciario se obliga en beneficio de un tercero a pagarle en caso de incumplimiento del fiduciante.

En este orden de ideas y atendiendo a lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, puede afirmarse que la fiducia en garantía es un negocio jurídico en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, para garantizar con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de ésta, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitidos para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato.¹³

De manera que por tratarse de una fiducia mercantil, al tenor del artículo 1226 del Código de Comercio, exige la transferencia de los bienes, a diferencia del encargo fiduciario en el cual no hay transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos.¹⁴

13 Circular Básica Jurídica, literal b, subnumeral 2.9, numeral 2, capítulo I, Título V.

14 Manrique Nieto, Carlos E. *“La fiducia de garantía”*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Universidad de los Andes, Bogotá, 1998, Página 47.

De otro lado, debe inscribirse en el Registro Mercantil para que sea oponible a los demás acreedores.

Para la aprobación de esta garantía por la entidad contratante, el contratista debe acreditar la constitución de la misma aportando copia del respectivo contrato y del certificado expedido por la sociedad fiduciaria.

El contrato de fiducia debe contemplar lo siguiente: el fideicomitente debe ser el oferente o el contratista o quien esté dispuesto a garantizar sus obligaciones y tenga la facultad para hacerlo, y la sociedad fiduciaria, autorizada para el efecto por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces; la entidad estatal que contrata debe ser el beneficiario del patrimonio autónomo; la fiduciaria está obligada a realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitidos o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación; la fiduciaria debe periódicamente hacer las valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo, para velar por la suficiencia e idoneidad de la garantía; la fiduciaria debe avisar a la entidad estatal y al fideicomitente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en la que tiene noticia de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas, causada por la disminución del valor de mercado de los bienes que lo conforman y exigir al fideicomitente el remplazo o aumento de los bienes fideicomitidos para cumplir con las normas relativas a la suficiencia de la garantía; la obligación del fideicomitente de remplazar o aumentar los bienes fideicomitidos dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la solicitud que haga la sociedad fiduciaria; el procedimiento para el remplazo de bienes o para la incorporación de nuevos bienes al patrimonio autónomo; el procedimiento que debe seguirse frente al incumplimiento del oferente o del contratista; las obligaciones de la sociedad fiduciaria incluyendo sus obligaciones de custodia y administración de los bienes, verificación periódica del valor del patrimonio autónomo, rendición de cuentas e informes periódicos; la forma como procede la dación en pago de los bienes fideicomitidos, para lo cual es necesario que haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha en la cual la entidad estatal solicitó a la sociedad fiduciaria ejecutar la garantía y no ha sido posible realizar los bienes fideicomitidos. En este caso, la entidad estatal debe recibir la dación en pago por el cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado de los bienes, sin perjuicio de que la entidad estatal persiga el pago del perjuicio causado que no haya sido íntegramente pagado (art. 140, D 1510/03).

Por su parte, el respectivo certificado de garantía que expida la sociedad fiduciaria deberá contener: el nombre de la entidad pública beneficiaria de la garantía; la suficiencia de la garantía para cada una de las coberturas, en los términos de los artículos 118 a 125 del decreto 1510 de 2013; los estados financieros actualizados del patrimonio autónomo y una descripción de los bienes que lo conforman; el procedimiento a surtir en caso de hacerse exigible la garantía, el cual no podrá imponer a la entidad estatal condiciones más gravosas a las contenidas en este decreto; los Riesgos garantizados; la prelación que tiene la entidad estatal para el pago y los mecanismos con los cuales la sociedad fiduciaria puede hacer efectiva la garantía sin afectar su suficiencia.

Para efectos de dicho contrato de fiducia, los siguientes bienes tienen el carácter de admisibles: valores que pueden conformar las carteras colectivas del mercado financiero, o la participación individual del contratista en carteras colectivas y para ese efecto, la entidad estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el noventa por ciento (90%) del monto de tales valores, e inmuebles libres de limitaciones de dominio con un valor superior a dos mil (2.000) SMMLV, que generen rentas en un (1) año por valor mayor al cero punto setenta y cinco por ciento (0.75%) mensual del precio de realización establecido en el avalúo que debe realizar un experto, de acuerdo con el artículo siguiente del presente decreto. Estas rentas no pueden estar a cargo del contratista garantizado y deben hacer parte del patrimonio autónomo. Ante este tipo de bienes inmuebles, la entidad estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el setenta por ciento (70%) del valor del avalúo de los bienes inmuebles fideicomitidos (art. 141, D 1510/03).

En frente de bienes inmuebles que conformen la garantía propia del patrimonio autónomo, la fiduciaria debe ordenar el avalúo de los bienes inmuebles, el cual debe hacerse bajo el criterio de valor de realización a corto plazo para efectos de determinar la suficiencia de la garantía. La sociedad fiduciaria debe actualizar el avalúo con la frecuencia establecida en las normas aplicables. Si el avalúo disminuye en más de diez por ciento (10%) de año a año, el fideicomitente debe aportar nuevos bienes para que la garantía sea suficiente. Dicho avalúo debe estar a cargo de una institución especializada inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores que lleva la Superintendencia de Industria y Comercio. La remuneración de los avaluadores y de los costos del avalúo debe ser cubierta por la sociedad fiduciaria con cargo a los recursos del fideicomiso (art. 142, D 1510/03)..

Como el esquema fiduciario conlleva unas erogaciones que le son inherentes como son las de escrituración, realización de los bienes y comisión de administración de la fiduciaria, este tipo de garantía está más orientada a contratos con un valor de consideración y, por ende, exige que el contratista cuente con un respaldo patrimonial considerable, lo que explica que los bienes que puedan ser entregados en fiducia se restrinjan a valores de carteras colectivas y a inmuebles y de esa manera preservar el grado de liquidez de las garantías.

Es evidente que se trata de una garantía a primer requerimiento, como quiera que el parágrafo del artículo 144 del decreto, de manera perentoria dispone que la fiduciaria no podrá oponer la excepción de contrato no cumplido respecto de la entidad contratante.

3. La reglamentación de las garantías bancarias

El decreto 1510 de 2013 en su artículo 146 se ocupa de las garantías bancarias.

En criterio expuesto por la Superintendencia Financiera en Concepto No. 2004001530-1 del 19 de febrero de 2004, sobre lo que constituyen las garantías

bancarias e invocando al doctrinante Sergio RODRÍGUEZ AZUERO, ese despacho manifestó: *Los avales y garantías, de acuerdo con la doctrina, son una especie de créditos de firma, que "(...) cubre todas aquellas operaciones que celebran los bancos a favor de sus clientes, que no implican un desembolso efectivo e inmediato de dinero y permiten a éstos obtenerlo de manos de terceros u obtener una ventaja económica equivalente a la que hubiesen conseguido de haber recibido el dinero. Dicho de otra manera, la experiencia muestra como con frecuencia, por diversas razones, las más de las veces imputables al cliente y a sus necesidades, no se requiere el dinero de inmediato pero se precisa, en cambio, tener la certeza de que el banco lo otorgará cuando se requiera. Y, por consiguiente, lo que el cliente requiere acreditar, aquello que le permitirá seguir adelante con las negociaciones y aun cerrar los acuerdos, es la conformidad del banco, exteriorizada "por su firma" en el documento idóneo para satisfacer las necesidades de su cliente. (...) ahora se trata de analizar la intervención del banco como garante de sus clientes y a favor de los acreedores de estos últimos. Las dos modalidades más conocidas son las avales, es decir, la intervención del banco en un título valor que le es extraño, desde el punto de vista cambiario, pero respecto al cual participa para garantizar la obligación total o parcial de uno o varios intervinientes y las garantías que se dan en numerosas hipótesis, por medio de las cuales el banco responde ante terceros por el cumplimiento de alguna obligación contraída por su cliente (...)"*.

Con base en las consideraciones anteriores y con fundamento en lo dicho en el concepto No. 2000028362-1 de mayo 3 de 2000, además, del pronunciamiento que sobre el particular había efectuado en oficio 1996008020-1 del 15 de abril de 1996, concluyó lo siguiente: *"Así las cosas, las garantías bancarias son aquellas expedidas por uno cualquiera de los establecimientos de crédito para asegurar el cumplimiento de una o varias obligaciones de manera total o parcial, contraídas por un cliente suyo a favor de terceros, tales como los avales, las aceptaciones, la carta orden de crédito, etc. En general puede decirse que en todos los supuestos en donde un cliente de un establecimiento de crédito se vea constreñido a respaldar la seriedad de una oferta, el cumplimiento de requisitos, etc., cabe la posibilidad de otorgar una garantía bancaria por parte de éste. Las consecuencias jurídicas de lo anteriormente expuesto se encuentran resumidas en el siguiente acápite:*

"(...) cualquiera de las modalidades mencionadas tipifican garantías bancarias que caucionan obligaciones, y la garantía se hace efectiva, únicamente ante el acaecimiento de la condición de que pende de la fianza se haga efectiva, y en consecuencia el establecimiento de crédito ante el incumplimiento de su cliente, se vea constreñido a efectuar un desembolso a favor del tercero que lo convierte en acreedor de su cliente. (...) Si las garantías bancarias son documentos que instrumentalizan obligaciones cuyo cumplimiento es condicional, el emisor de la garantía bancaria, asume la específica obligación de cancelar directamente al beneficiario, el monto garantizado, en caso de que se cumplan estricta y literalmente los supuestos o condiciones del objeto garantizado. (...)".

"Por otro lado, a pesar de la autorización contenida en las normas pertinentes para celebrar este tipo de operaciones por parte de los establecimientos de crédito, en

Colombia el otorgamiento de avales y garantías está regulado de manera restrictiva, por cuanto está limitado a los eventos específicos que la ley autoriza, no sólo en lo que a los sujetos se refiere sino en cuanto a las operaciones que pueden avalar y garantizar.

Respecto de las características propias de la garantía bancaria, ese organismo expresó:

“En conclusión encontramos que las características que debe reunir toda garantía bancaria son las siguientes:

“a). Deben ser otorgadas por algún establecimiento de crédito;

“b). Se deben otorgar para garantizar obligaciones exclusivamente de sus clientes o terceros pero en ningún momento las suyas propias;

“c). Que la obligación que se pretende garantizar es de las autorizadas por el Decreto 1516 de 1998 o que el sujeto que se puede garantizar esté igualmente previsto en el mismo;

“d). Que como consecuencia de la expedición de la garantía bancaria, el establecimiento de crédito no puede comprometer la libre disposición de un activo en particular, so pena de incurrir en la prohibición prevista en el literal g) del artículo 10 del Estatuto Financiero.

En concordancia con los parámetros anteriores, el artículo 21 del decreto 4828, en su inciso 2º dispone: *“A través de una garantía bancaria una institución financiera nacional o extranjera, asume el compromiso firme, irrevocable, autónomo, independiente e incondicional de pagar directamente a la entidad contratante, a primer requerimiento, hasta el monto garantizado, una suma de dinero equivalente al valor del perjuicio sufrido por esa entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proponente o contratista, ante la presentación del acto administrativo en firme que así lo declara.*

En este orden de ideas, para que las garantías bancarias puedan ser aceptadas por las entidades públicas, deben ser a primer requerimiento o a *“primera demanda”*, como también se conoce esta exigencia en el léxico bancario es decir, de manera independiente e irrevocable y facultando al beneficiario de la misma para hacerla efectiva mediante petición en ese sentido y eventualmente, acompañando los documentos previamente pactados y sin que esté obligado a acreditar el incumplimiento del garantizado y por lo mismo, sin que la respectiva entidad garante pueda oponer como excepción el cumplimiento del contratista, lo cual podrá aducir posteriormente en virtud del principio *solve et repete* que permite perseguir el reembolso ante un cobro sin fundamento y por contera, abusivo y de la misma.

A esa característica, obedecen las exigencias que impone el artículo 146 del decreto 1510 de 2013, respecto de este tipo de garantías para que puedan garanti-

zar la seriedad de los ofrecimientos y las obligaciones derivadas del contrato y de su liquidación, que son las siguientes:

Ahora bien, son admisibles como garantía bancarias: el contrato de garantía bancaria y la carta de crédito stand by.

En la **garantía bancaria**, una entidad bancaria obrando por cuenta y por orden del proponente o contratista, se obliga irrevocablemente con la entidad estatal, en calidad de beneficiaria, a pagarle hasta el monto garantizado, los perjuicios directos derivados del incumplimiento de las obligaciones que son ocasión de la propuesta, del contrato o de su liquidación surjan para el proponente o el contratista.

El pago lo efectuará la entidad emisora dentro del plazo previsto en la misma y contado a partir del día siguiente a aquel en que le sea entregado el acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el que conste el incumplimiento del proponente o contratista y se disponga el cobro de la garantía.

En los contratos de garantía bancaria que se celebren para garantizar las obligaciones derivadas de la seriedad de los ofrecimientos hechos por los proponentes, así como de las surgidas de contratos estatales, las entidades públicas beneficiarias deben exigir que se incluya una estipulación según la cual, el pago se hará a primera demanda o a primer requerimiento. Por su parte, el contratista u oferente deberá acreditar el otorgamiento de la garantía, mediante la entrega del documento original contentivo del contrato, suscrito por el representante legal del establecimiento bancario o por su apoderado y en ella deberá constar el nombre de la entidad pública contratante como beneficiaria y la forma de hacerla exigible.

Ahora bien, a través de la **carta de crédito stand by** la entidad emisora, obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones del proponente o contratista, se obliga a garantizar irrevocablemente el pago en dinero de las obligaciones que con ocasión de la propuesta o del contrato surjan para el proponente o el contratista. Ese pago lo efectuará el banco emisor contra la entrega de la carta de crédito, acompañada del acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el que conste el incumplimiento del proponente o contratista.

En las cartas de crédito stand by que se expidan para garantizar las obligaciones derivadas de la seriedad de los ofrecimientos hechos por los proponentes, así como de las surgidas de contratos estatales, las entidades públicas beneficiarias deberán exigir que se incluya una estipulación según la cual, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el Código de Comercio para el crédito documentario, y en el presente decreto, las condiciones generales de contratación de esta clase de garantías serán las establecidas en las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional.

El contratista u oferente deberá acreditar el otorgamiento de la carta de crédito stand by, mediante la entrega del documento original contentivo de la misma, suscrito por el representante legal de la entidad emisora o por su apoderado y en ella deberá constar el nombre de la entidad contratante como beneficiaria de la carta de crédito stand by, los requisitos mínimos de suficiencia exigidos en el decreto y la forma de hacerla exigible.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

Gonzalez, Oscar. "El papel del control fiscal en la contratación estatal" publicado en "Contratación estatal –aspectos controversiales- Memorias IV jornadas de contratación estatal" Ediciones Uniandes, Bogotá 2007, páginas 87 y ss.

Manrique, Carlos E. "La fiducia de garantía" Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Universidad de los Andes, Bogotá, 1998

Suarez, Gonzalo. "La nueva contratación pública en Colombia" 1º Edición. Legis Editores S.A, Bogotá, 2009, páginas 143 y 144

Fuentes jurisprudenciales

Corte Constitucional Sentencia C-543 de abril de 1992 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández

Corte Constitucional Sentencia C-154 de abril de 1996 Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de septiembre 11 de 1989. Exp. 5334 Magistrado Ponente: Gustavo De Greiff Restrepo

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de marzo 14 de 2013. Radicado N° 1996-0357701 Magistrado Ponente: Alberto Zambrano Barrera

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1991 Exp. 5127 Magistrado Ponente: Carlos Alberto Betancourt

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de mayo 6 de 1992 Exp. 5931 Magistrado Ponente: Carlos Alberto Betancourt

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de octubre 1 de 1992 Exp. 6631 Magistrado Ponente: Carlos Alberto Betancourt

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de septiembre 20 de 1995 Exp. 7757 Magistrado Ponente: Juan de Dios Montes Hernández

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1999 Exp. 10264 Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de agosto 24 de 2000 Exp. 11318. Magistrado Ponente: Jesús María Carillo Ballesteros

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de octubre 20 de 2005 Exp. 14.579 Magistrado Ponente: Germán Rodríguez Villamizar

- Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de junio 18 de 2008 Exp. 29.290. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez
- Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de julio 30 de 2008 Exp. 21574 Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de septiembre 29 de 2009. Radicado N° 2003-0442-01 Magistrada Ponente: Susana Valencia Buitrago
- Consejo de Estado. Sentencia de abril 22 de 2009 Exp. 14.667 Magistrada Ponente: Myriam Guerrero de Escobar
- Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de marzo 17 de 2010. Radicado N° 1992-00117-01 Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio
- Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de junio 23 de 2010. Radicado N° 1994-00225-01 Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado Sección Primera. Sentencia de junio 16 de 2011. Radicado N° 2002-05455 Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno
- Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de marzo 21 de 2012. Exp. 39477 Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio
- Consejo de Estado. Sentencia de junio 6 de 2013. Radicado N° 2009-00245-01 Magistrada Ponente: María Elizabeth García
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 26 de 2001 Exp. 5942. Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 9 de 2004 Exp. 12789. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos
- Superintendencia Financiera. Concepto N° 2004001530-1 de febrero 19 de 2004

Fuentes legislativas (Colombia)

- Decreto 1510 de 2013
- Decreto 4828 de 2008
- Decreto 734 de 2012
- Ley 80 de 1993. Estatuto de la contratación administrativa. Octubre 28 de 1993
- Ley 270 de 1996. Estatutaria de la administración de justicia. Marzo 7 de 1996
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para eficiencia y la transparencia de la Ley 80 de 1993 y se dicten otras disposiciones generales sobre la contratación con servicios públicos. Julio 16 de 2007
- Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Enero 18 de 2014
- Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Junio 14 de 2011
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de control de la gestión pública. Julio 12 de 2011