

ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LOS SEGUROS DE CUMPLIMIENTO DE LAS ENTIDADES ESTATALES SUJETAS AL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LA LEY 80 DE 1993 Y DEL DECRETO 1082 DE 2015

El propósito de este documento es realizar un estudio general del estado actual de la regulación de los seguros que se expiden, en el marco de la contratación estatal, con el propósito de proteger a la Entidad Estatal contratante frente a las consecuencias a que se puede ver expuesta como consecuencia de la materialización de los riesgos a que ella se ve sometida durante los procesos de selección de los contratistas, durante la ejecución del contrato e incluso con posterioridad a que dicha ejecución ha tenido lugar.

En consecuencia, se analizarán, por una parte, los riesgos que se cubren por virtud de las garantías en la contratación estatal, explicando, por supuesto, la manera en que se conciben en el Decreto 1082 los distintos amparos, y por otra, a las disposiciones particulares que regulan el funcionamiento los seguros a que se viene haciendo referencia.

I. LOS RIESGOS QUE SE CUBREN POR VIRTUD DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Está claro, según lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.1¹, que el propósito de las garantías en materia de contratación estatal, se orienta al cubrimiento, por una parte, de riesgos relacionados con la presentación de las ofertas, así como con los contratos y su liquidación, y por otra, de los riesgos a que se encuentran sometidas las Entidades Estatales como consecuencia de la responsabilidad

¹ Este artículo es del siguiente tenor: “(...) *El cumplimiento de las obligaciones surgidas a favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, debe estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título (...)*”

extracontractual que pueda surgir por razón de hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas.

Como se verá, cuando los dos primeros tipos de riesgos se cubren por virtud de póliza de seguro, el contrato vertido en ésta corresponde a aquellos llamados “de cumplimiento”. El tercer riesgo, se ampara por virtud de pólizas de responsabilidad civil extracontractual, debiendo aclararse que este último riesgo solo puede cubrirse mediante póliza de seguro², de manera que no se pueden utilizar los otros mecanismos previstos en la Ley para proteger a la entidad de los incumplimientos de los oferentes y contratistas.

LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

Se regula esta garantía en el artículo 2.2.1.2.3.1.5. del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes términos: “(...) *La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:*

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

En el artículo transcrito se establece con claridad que el propósito de esta garantía es el cubrimiento de la sanción derivada del incumplimiento de la oferta en los eventos que en el mismo se señalan. En ese sentido, está claro que esta garantía no tiene como propósito el cobro de los perjuicios que puedan llegar a

² En el artículo 2.2.1.2.3.1.5. del Decreto 1082 de 2015, se establece que “(...) *La responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas solamente puede ser amparada con un contrato de seguro (...)*”

producirse partir de los eventos mencionados en el artículo, sino la sanción que se impone como consecuencia de la ocurrencia de los mismos.

Y eso no quiere decir que el incumplimiento de la oferta no pueda llegar a generar perjuicios para la entidad estatal; es claro que se pueden generar perjuicios a partir de los eventos mencionados; sin embargo, se ha optado por establecer una sanción a partir de los mismos, entre otras cosas dadas las dificultades que entraña la prueba del perjuicio.

Hay otras ocasiones, claro, en las que definitivamente la ocurrencia del evento no genera perjuicio alguno.

En todo caso, esta previsión en el sentido de que se cubrirá el valor de la sanción, se acompasa con la contenida en el artículo 2.2.1.2.3.2.8, en el que se establece que “(...) *En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción (...)*”

El valor de la sanción coincidirá con el valor asegurado, el cual se regula en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082: “(...) *La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento del valor de la oferta.*

El valor de la garantía de seriedad que presenten los proponentes en el Proceso de Contratación de un Acuerdo Marco de Previo debe ser de mil (1000) SMMLV.

El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes 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.

Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. Si el valor de la oferta es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2.5%) del valor de la oferta.*
- 2. Si el valor de la oferta es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor de la oferta.*
- 3. Si el valor de la oferta es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la oferta (...)"*

Como se ve, la vigencia de la garantía se extenderá desde el momento en que se presenta la oferta, hasta que se aprueba la garantía de cumplimiento. La aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato supone que la oferta fue adjudicada, el contrato celebrado y se va a iniciar su ejecución. Más allá de ese momento no podrían presentarse los eventos que la garantía de seriedad de la oferta cubre, lo que deja sin sentido que el amparo vea extendida su vigencia más allá del mismo.

Los eventos a que se hace referencia en los tres primeros ordinales de la norma que se analiza, suponen que el contrato no se ha suscrito; son situaciones todas ellas de orden precontractual. La prevista en el ordinal cuarto, relacionada con la falta de otorgamiento de la garantía de cumplimiento del contrato, puede generar algunas dudas a ese respecto, por cuanto en la práctica dicha garantía se otorga con el contrato suscrito.

La aprobación de la garantía es en estricto sentido un requisito que permite la ejecución del contrato celebrado, lo cual se deduce de lo previsto en el artículo 41 de la Ley 80, sancionada en 1993, que hoy se encuentra modificada por el artículo 23 de la Ley 1150, sancionada en 2007.

En el artículo 41 se dispone que “(...) *Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito (...)*”

A su turno, en el artículo 23 de la Ley 1150, se establece que “(...) *Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto (...)*”

Como se ve, en la norma se hace referencia a que el perfeccionamiento está sujeto a que se eleve a escrito el acuerdo sobre objeto y contraprestación, y a que para la ejecución del contrato se requerirá la aprobación de la garantía, lo que permite sostener, y en la práctica así ocurre, que esta circunstancia se produzca una vez el contrato se ha celebrado. Por ello, se insiste en que ese cuarto evento que la norma consagra tiene una particularidad frente a los demás, y es que tiene lugar una vez el contrato se ha celebrado, pero sin que el mismo se haya empezado a ejecutar.

En todo caso, en este evento habrá lugar a la imposición de la sanción a que se viene haciendo referencia, y a la afectación de la garantía de seriedad por su valor asegurado, lo que no descarta, igual que ocurre en los demás eventos, que además se causen perjuicios que no están cubiertos por la garantía de seriedad de la oferta.

LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO

Esta garantía que de manera general, como se anotó anteriormente, pretende proteger a la Entidad contratante de riesgos asociados a la ejecución del contrato y su liquidación, se conforma a partir de la conjunción de varios amparos que se

explican a continuación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015.

El amparo de anticipo.

Uno de los amparos a que se hace referencia en el Decreto 1082, que ordinariamente ha sido incluido en los decretos que han reglamentado este asunto de las garantías del contrato estatal, es el denominado “amparo de anticipo”, que tiene como propósito fundamental proteger a la entidad estatal de los incumplimientos relacionados con el manejo de los recursos que se reciben a ese título por parte del contratista.

No se puede perder de vista al estudiar este amparo particular, que este tipo de recursos tienen naturaleza pública³, lo que justifica la protección que se pretende por virtud del seguro. La finalidad primordial de los recursos que se entregan por

³ “(...) 2. El derecho a la causación de intereses de mora por el pago tardío del anticipo. En sentencia de 29 de enero de 2004 (Exp. 10.779), la Sala consideró: “... la Sala infiere que, por tratarse de una suma de dinero que se entrega anticipadamente al contratista, no constituye una suma debida a título de pago, razón por cual su falta de entrega oportuna no produce los mismos efectos que el no pago oportuno de las actas parciales de obra, esto es, no determina la indemnización de perjuicios propia de la privación del pago de una suma de dinero, los intereses moratorios. “Dicho en otras palabras, como el anticipo, tal como quedó pactado en este caso, es una suma de dinero que no se transfiere al patrimonio del contratista a título de pago, su falta de entrega oportuna no conduce a la condena de los reclamados intereses moratorios.

“Pese a lo dicho, la no entrega oportuna del anticipo podría causar perjuicios al contratista, caso en el cual estaría obligado a demostrarlos para que procediera la consecuente indemnización”.

Esta tesis ha tenido como fundamento la diferencia que tradicionalmente ha hecho la jurisprudencia de esta Corporación, entre el anticipo y el pago anticipado de sumas dinerarias al contratista desde la perspectiva de la titularidad patrimonial de esos recursos y el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato estatal.

En la primera hipótesis, se han considerado públicos u oficiales los recursos y de la exclusiva propiedad del ente estatal constituyéndose en un adelanto, avance o anticipo del precio no causado para la iniciación del objeto contractual, los trabajos o servicios, la atención de los gastos preliminares y su aplicación a los fines del contrato, que sólo se incorporan al patrimonio del contratista e implican un pago en la medida de su amortización. Por el contrario, en el pago anticipado, se ha señalado que es un pago del precio y, por tanto, se incorpora al patrimonio del contratista y es de su propiedad. Bajo estas premisas, la Sala ha desestimado el reclamo de intereses moratorios cuando la administración no cumple en la oportunidad legal con el anticipo, la procedencia de la ejecución coactiva para el pago de la prestación dineraria y se ha determinado la necesidad de solicitar y acreditar otros perjuicios, en tanto, la admite respecto del pago anticipado (...)” (negritas fuera de texto) CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SENTENCIA DEL 5 DE JULIO DE 2006, EXP. NO. 24812, CP. DR. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

la entidad estatal a título de anticipo, es lograr la adecuada financiación del contrato, de manera que su ejecución no se vea afectada, suspendida o interrumpida por razones de orden financiero. Tal finalidad, por supuesto, solo podrá cumplirse si tales recursos se invierten no solo en actividades asociadas al contrato, sino en aquellas actividades que las partes hayan acordado previamente y que ordinariamente se consideran críticas para efectos del avance de la ejecución contractual. Es por ello, que la utilización de dichos recursos, públicos como ya se anotó, se regula por medio de un plan de manejo y correcta inversión, en el que se establece con precisión, o por lo menos así debe ser, el destino de los recursos correspondientes.

Son esos perjuicios que se derivan del incumplimiento de lo previsto en dicho plan los que se pretenden cubrir por virtud del amparo en comento, lo que se advierte en el ordinal 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082, en el que se dispone que este amparo “(...) cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo (...)”

Como se ve, de una u otra forma, se consagran en la norma tres eventos que están asociados a una misma situación: el incumplimiento del plan de manejo y correcta inversión del anticipo. Así, siempre que se incurra en alguna de las situaciones previstas en la disposición citada, se estará incumpliendo el plan de manejo y correcta inversión del anticipo.

Pero a pesar de que los tres eventos consagrados en la disposición citada coinciden en que envuelven una situación de incumplimiento del plan, a nuestro juicio contienen particularidades que permiten diferenciar uno de otro, sin perjuicio de que haya situaciones que podrían encajar de manera perfecta en cualquiera de los tres.

La apropiación indebida del anticipo supone no solo incumplir el plan de manejo, sino la utilización del anticipo en la satisfacción de intereses distintos de los que se pretenden ver satisfechos mediante la ejecución contractual. Tales intereses, por supuesto, serán los propios del contratista o de algún tercero, violentándose de esa forma la finalidad de la contratación estatal, asociada de forma mediata o inmediata a la consecución de intereses de orden general.

De la misma forma, la apropiación indebida supone que el anticipo no se ha invertido y que se ha usado incorrectamente, por lo que podría decirse que cuando se presenta la situación de apropiación, al mismo tiempo se presentan los otros eventos que la norma prevé. Por el contrario, no siempre que se presenta una situación constitutiva de no inversión, o de uso indebido, necesariamente se presenta la apropiación indebida. Es posible que los recursos no se hayan invertido sin que ello haya encontrado causa en la intención del contratista de apropiárselos de manera indebida; como también es posible que los recursos se inviertan en la ejecución contractual, pero no de conformidad con lo previsto en el plan de manejo. En esos casos es claro que no podría hablarse de apropiación indebida, pero sí de incumplimiento del plan de manejo a partir de la realización de conductas violatorias del mismo.

No puede, entonces, considerarse que las tres situaciones previstas en la norma que se viene comentando, tienen las mismas características; más allá de que se trata de eventos que comparten ciertas particularidades, como es precisamente la de ser todos configuradores de incumplimiento del plan de manejo, y por ende del contrato, lo cierto es que también presentan sus diferencias, como arriba se anotó.

Esas particularidades que tiene cada uno de ellos, pueden verse reflejadas incluso en el tipo de perjuicios que pueden llegar a generar, lo cual es un aspecto de la mayor importancia por el efecto que ello produce respecto del contrato de seguro. Y es que en no pocas ocasiones se tiende a entender que la cobertura de buen manejo y correcta inversión del anticipo, necesariamente debe afectarse por el

valor del anticipo que no se ha invertido, que se ha usado indebidamente o que ha sido objeto de apropiación.

Lo anterior solo es cierto en aquellos casos en los cuales los recursos constitutivos del anticipo han sido objeto de apropiación indebida, pues los perjuicios que se ocasionan a partir de esa circunstancia, por lo menos, ascienden al valor de los recursos objeto de apropiación. En efecto, ese valor objeto de apropiación sale de la esfera del contratante y ocasiona un detrimento patrimonial en ese valor específico, lo que no significa que no se ocasionen o no se puedan ocasionar perjuicios adicionales a dicho valor.

Sin embargo, en aquellos eventos en los que lo que ocurre es que el anticipo no se ha invertido, o se ha invertido en el contrato, pero en contravía de lo dispuesto en el plan de manejo, no podría asegurarse que los perjuicios sufridos por la entidad estatal contratante coincidirán con el valor de los recursos no invertidos o invertidos en el contrato de manera contraria a las previsiones del plan de manejo.

Es claro que tales situaciones también podrán ser generadoras de perjuicios para la entidad estatal, pero no coincidirán los mismos con el valor del anticipo no invertido, o invertido en el contrato de forma distinta a la prevista en el plan, entre otras cosas, por cuanto los recursos no salen de la esfera de influencia patrimonial del Estado. El valor no invertido, pero del cual no se ha apropiado de manera indebida el contratista, sigue siendo un recurso público que hace parte del patrimonio del Estado; y el valor invertido en el contrato, definitivamente va a redundar en beneficio de la entidad estatal. Ahora bien, lo anterior no significa que no se pueda causar un perjuicio por razón de aquellas circunstancias; si el anticipo no se invierte puede verse atrasada, suspendida o paralizada la ejecución contractual; y lo mismo puede ocurrir si los recursos se invierten en el contrato solo que en actividades o elementos distintos de los establecidos en el plan de manejo.

Ese retraso, suspensión o paralización de la ejecución contractual pueden llegar a causar perjuicios, pero es necesario tener en consideración que el valor de los mismos habrá de calcularse conforme a las reglas generales, y no simplemente teniendo en cuenta el valor del anticipo no invertido o invertido de manera incorrecta.

Dejando de lado el objeto de la cobertura, es importante tener en consideración la suficiencia de la misma, regulada por el artículo 2.2.1.2.3.1.10 del Decreto 1082 de 2015, en el cual se establece que dicha cobertura “(...) *debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie (...)*”

Tal vez la circunstancia de que el valor asegurado fijado por la norma en comento coincida con el valor del anticipo entregado, influye en que se cometa comúnmente el error de considerar que el valor de los perjuicios corresponde al anticipo no invertido o usado indebidamente, lo cual, como se vio, no es correcto desde el punto de vista jurídico.

Pero por otra parte, huelga llamar la atención sobre el hecho de que la cobertura debe estar vigente hasta el momento de liquidación del contrato, o hasta la amortización del anticipo, lo que de alguna manera permite suponer que luego de que tengan lugar esas situaciones, no podría presentarse un evento con virtualidad para afectar esta cobertura particular. En efecto, no se requiere que la cobertura se extienda más allá de la ocurrencia de los eventos anteriores por la sencilla razón de que luego de que los mismos acaecen no habría riesgo asegurable, al volverse cierto el hecho de la correcta inversión y buen manejo del anticipo.

Está claro que la liquidación del contrato, que representa un corte de cuentas entre contratante y contratista, y que cuando tiene lugar por mutuo acuerdo tiene efecto transaccional, debe contener los efectos patrimoniales que la falta de inversión, el uso indebido o la apropiación indebida del anticipo produjeron en la entidad contratante. Esas circunstancias debieron haber tenido lugar mientras el contrato se encontraba en ejecución, que es precisamente la época en que el plan de manejo debe cumplirse, lo que deriva en que cuando se realiza la liquidación, de forma bilateral o unilateral, lo cual tiene lugar una vez el contrato se encuentra terminado, los efectos del incumplimiento del plan de manejo se encuentran consumados, de forma que han debido ser advertidos para ese momento. De hecho, lo ordinario es que esos efectos se hallen reflejados en un acto administrativo declarativo del incumplimiento del contratista, y que se incluyan en el acto de liquidación del contrato como rubro a cargo del contratista.

Lo anterior explica que no exista razón para que la cobertura de buen manejo del anticipo se extienda más allá de la liquidación del contrato.

De la misma forma, al establecerse que no es necesario que la cobertura se extienda más allá de la amortización del anticipo, lo que la norma pretende hacer ver, es que una vez ello haya ocurrido no podría materializarse el riesgo amparado, pues la amortización supone que el anticipo se ha invertido. Habiéndose invertido por completo, ya no podría materializarse el riesgo de la ausencia de inversión, como tampoco el del uso indebido, pues ya todo el anticipo se habría agotado para ese momento, como tampoco el de la apropiación indebida, por obvias razones.

No sobra aclarar que la cobertura, si bien puede extenderse, en razón de que la norma en comento así lo permite, hasta el momento de la amortización del anticipo, su afectación no se halla indefectiblemente ligada a dicha amortización. Con esto se quiere decir que definitivamente la cobertura no tiene como propósito cubrir la ausencia o falta de amortización, sino los efectos perjudiciales de las tres

situaciones que se han descrito anteriormente. Cosa distinta es que aquellas situaciones puedan derivar en que el anticipo no se amortice.

Así, es posible que la amortización no haya tenido lugar aún, y que sin embargo, no se afecte la cobertura.

Es de común ocurrencia que algunas entidades contratantes, pretendan afectar esta cobertura con base en el hecho de la no amortización, cuando lo cierto es que la afectación dependerá de la ocurrencia de las situaciones varias veces mencionadas. Y es que no se puede perder de vista que en algunas ocasiones estando el anticipo debidamente invertido, la amortización no ha tenido lugar. En ese evento, la falta de amortización no podrá derivar, válidamente, en la afectación de la cobertura.

No puede confundirse, en consecuencia, el valor no amortizado con el valor de los perjuicios sufridos por la entidad a partir de las situaciones objeto de cobertura.

Dejando de lado el objeto y suficiencia de la cobertura, vale la pena hacer un comentario final sobre el hecho de que de conformidad con el artículo 91 de la Ley 1474, sancionada en 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, “(...) **En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista (...)**”

Obsérvese que la norma tiende a garantizar que, en los contratos a que ella se refiere, los recursos recibidos a título de anticipo, realmente se inviertan en la ejecución de aquellos. En ese sentido, por virtud de la misma se pretende

precaer buena parte de las circunstancias que desembocan en la afectación de esta cobertura en particular. Por una parte, evitar la apropiación indebida, en la medida en que invirtiéndose los dineros en el contrato aquella se descarta, y por otra, impedir el uso indebido.

Aunque se podría decir que el uso indebido no necesariamente se impide, por cuanto en la norma se hace referencia a que debe garantizarse la inversión en la ejecución del contrato correspondiente, lo que no descarta que esa inversión pueda hacerse en el contrato pero en actividades distintas de las indicadas en el plan de manejo, realmente no tiene sentido que se establezca un mecanismo como el que la norma prevé sin que se indique con precisión la manera en que la ejecución de los recursos debe tener lugar. El mecanismo previsto es apropiado no solo para garantizar que los dineros se invertirán en la ejecución contractual, sino que se invertirán en la forma pactada por contratante y contratista, y siendo apropiado no se observa razón de peso que justifique omitir garantizar aquello.

Garantizándose de esa forma que las circunstancias constitutivas del siniestro de la cobertura de buen manejo y correcta inversión del anticipo no se van a presentar, vale la pena preguntarse sobre la utilidad de mantener dicho mecanismo de protección en los contratos en los que se exigen el mecanismo que se ha explicado, que no son pocos dada la regla general de la utilización de la licitación pública como modalidad de selección del contratista, según lo previsto en el artículo 2 de la Ley 1150 , sancionada en 2007. Máxime si se tiene en cuenta que la utilización de estos mecanismos adicionales redundaría en el aumento de los costos que el contrato demanda.

El amparo de pago anticipado.

En el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, ordinal 2, se reglamenta el amparo denominado “devolución del pago anticipado”, indicándose que “(...) *Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución*

total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar (...)”

Se vio anteriormente, en una nota al pie, cómo el Consejo de Estado ha encontrado diferencias conceptuales entre el anticipo y el pago anticipado, indicando que mientras los recursos que se reciben a título de anticipo tienen naturaleza pública, los que se reciben a título de pago anticipado son de propiedad del contratista. En esa medida, estos últimos no son recibidos para ser ejecutados conforme a un plan de manejo y correcta inversión, como sí ocurre en relación con los primeros.

En ese sentido, la cobertura a que se viene haciendo referencia, tiene como propósito amparar a la entidad estatal en relación con los perjuicios que ella pueda llegar a sufrir como consecuencia de la no devolución total o parcial del dinero que se entrega a título de pago anticipado.

Supone la manera en que la cobertura se extiende, que existen situaciones que dan origen a la devolución o restitución, podría decirse también, de los recursos entregados a título de pago anticipado. Y está claro que podrían encontrarse algunas situaciones en que ello podría tener lugar, para lo cual habría de acudirse a normas de derecho civil y comercial, aplicables a los contratos estatales por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80, sancionada en 1993.

Ahora bien, esa situación de la restitución o devolución del pago anticipado puede encontrar origen en el incumplimiento del contrato, cuando este tiene efecto resolutorio, según lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, como también puede tener un origen distinto. En efecto, un caso típico en el que sin que se presente incumplimiento contractual se dan restituciones mutuas, lo que en el caso que nos ocupa incluiría la restitución del pago anticipado, sería la declaratoria de nulidad del contrato estatal, como también podría llegar a

presentarse el mismo efecto en caso de disolución del vínculo contractual por acuerdo de las partes.

A nuestro juicio, el objeto general del seguro de cumplimiento está asociado a la protección del patrimonio de la Entidad Estatal frente al incumplimiento de su contratista de obligaciones establecidas contractualmente; de manera que los amparos solo podrían afectarse como consecuencia de los incumplimientos de aquellas.

En ese orden de ideas, la devolución o restitución de los recursos recibidos a título de pago anticipado, por razones que no tienen como causa primigenia el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, no estaría amparada por la cobertura bajo examen. Así, la devolución del pago que encuentra origen en la declaratoria de nulidad, o en el acuerdo de las partes, no estaría cubierto bajo el amparo que se viene analizando.

La situación que a nuestro juicio cubre este amparo es la de no devolución del pago anticipado luego de que se ha producido un incumplimiento contractual con efecto resolutorio. En efecto, la resolución del contrato genera la extinción del vínculo, y por regla general se ha entendido que en cierto tipo de contratos produce efectos retroactivos⁴, lo que derivarían en la restitución del pago anticipado dado que el mismo se quedaría sin causa una vez extinto el vínculo contractual.

Sin embargo, en materia de contratos de ejecución sucesiva, cuando han sido cumplidos parcialmente, se tiende a entender que, tal como ocurre en materia de

⁴“(…) Tratándose de contratos de ejecución instantánea, la resolución surtirá efectos para el futuro y para el pasado, (ex nunc y ex tunc) es decir, retroactivamente, haciendo volver las cosas a su estado anterior, como si el contrato nunca hubiese existido. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa, la resolución se puede presentar por el no pago del precio en el plazo convenido, caso en el cual el comprador deberá restituir la cosa adquirida y el vendedor la parte del precio que hubiese recibido como consecuencia del contrato (art. 1930 del C.C.) (...)” CANOSA TORRADO FERNANDO, LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS – Incumplimiento y mutuo disenso, quinta edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C. 2005, página 68.

nulidades, no se pueden producir efectos retroactivos⁵, entre otras cosas por cuanto la restitución de las cosas al estado anterior no es posible.

En esa medida, vale la pena preguntarse si realmente la resolución en esos casos deriva, en estricto sentido, en una devolución “parcial” de los recursos recibidos a título de pago anticipado.

Es evidente que si no se producen efectos retroactivos, el contrato tendría que mantenerse en cuanto su existencia se refiere, pues es ella la que da causa a los efectos que permanecerán en firme. Y siendo ello así, no parece claro que realmente en esos casos se produce una restitución en estricto sentido, pues precisamente ésta encuentra sustento en la situación opuesta.

Pero más allá de las discusiones que a ese respecto puede presentarse, es importante tener en cuenta, para resolverlas, lo previsto en los condicionados correspondientes, que pretenden dejar en claro el correcto entendimiento del amparo.

Lo que se encuentra por regla general en los clausulados de las pólizas correspondientes, es que la obligación de la aseguradora está determinada por la diferencia entre el valor del pago anticipado y las sumas correspondientes a la porción ejecutada del contrato. Ello significa que se parte de la base, y ese parece ser el espíritu del amparo, de que el valor entregado a título de pago anticipado debe reflejarse tarde o temprano en la ejecución contractual, de manera que si se termina el contrato sin que ello haya ocurrido, la compañía aseguradora se verá obligada a pagar la diferencia correspondiente. Si nada se ha ejecutado por

⁵ “(...) Cuando se decreta la resolución de un contrato de ejecución sucesiva, no es posible admitir la retroactividad, por la misma razón referente a la nulidad. Sin duda, si las obligaciones creadas de una y otra parte por el contrato no se ejecutan, no hay problema. En este caso, se considerará que el contrato nunca ha existido y que no hay motivo para proceder a restituciones. Pero si el contrario se ha ejecutado en parte o totalmente, no es posible borrar ciertas obligaciones, tales como la del arrendador que ha procurado el goce del bien al arrendatario hasta la sentencia de la resolución (...)” LARROUMET, CHRISTIAN, TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO VOLUMEN II, reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis S.A., Bogotá 1999, página 157.

parte del contratista, es decir, siendo posible que se generen efectos retroactivos, habrá que devolver la totalidad del pago anticipado.

En cuanto a la suficiencia de la cobertura del pago anticipado, se dispone en el artículo 2.2.1.2.3.1.11 que “(...) *La garantía de pago anticipado 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. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado de forma anticipada, ya sea este en dinero o en especie (...)*”

Al igual que ocurre con la cobertura de buen manejo y correcta inversión del anticipo, coincide el valor del amparo con el monto que se recibe a título de pago anticipado. Y en cuanto a la vigencia, se dispone que ella debe extenderse hasta el momento en que se realicen todas las actividades o se entreguen todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado.

Esto último puede generar alguna confusión, pues en estricto sentido no hay bienes, actividades o servicios asociados al pago anticipado, como sí ocurre en relación con los recursos que se entregan a título de anticipo, cuya ejecución, como se vio anteriormente, está regulada en un plan de manejo que hace parte del contrato. En esa medida, y teniendo en cuenta lo expuesto en relación con este amparo, debe entenderse esta mención en el sentido de que debe estar vigente el amparo hasta el momento en que no haya diferencia entre el valor recibido a título de pago anticipado y las sumas correspondientes a la porción ejecutada del contrato. En ese momento ya no habría lugar al mantenimiento de la cobertura, por obvias razones.

El amparo de cumplimiento del contrato.

Se hace referencia igualmente en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, ordinal 3, a la cobertura de cumplimiento del contrato, indicando que por virtud de ésta se cubre a la entidad estatal de los perjuicios derivados de “(...) 3.1. *El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;*
3.2. *El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;*
3.3. *Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y*
3.4. *El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria (...)*”

El hecho que detona el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora, por cuenta de este preciso amparo, no es otro que el incumplimiento obligacional, generador de perjuicios, o motivante de la imposición de una sanción a título de multa.

Todas las situaciones previstas en los ordinales 3.1. a 3.3. reflejan a no dudarlo el incumplimiento del contratista, que puede ser total o parcial; que puede darse como consecuencia de que se cumplió tardía o defectuosamente el contrato; o cuando se hicieron entregas parciales no habiéndose previsto las mismas en el contrato. En el ordinal 3.4. más que establecerse el hecho generador de las consecuencias nocivas, esto es el incumplimiento obligacional, las que se establecen son estas últimas, indicándose con precisión que por virtud del seguro se ampara el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

En ese orden de ideas, la lectura integral de la norma refleja, por una parte, que se cubren los efectos patrimoniales que se siguen del incumplimiento obligacional, y por otra, que tales efectos se encuentran representados en las multas que llegaren a imponerse; en la cláusula penal pecuniaria a que hubiere lugar; y en los perjuicios sufridos a partir del mencionado incumplimiento.

Se aclara que dicha conclusión brota de una lectura integral de la norma en la medida en que en los ordinales 3.1. a 3.4. no se menciona como posible consecuencia nociva el sufrimiento de perjuicios por parte de la entidad contratante, más allá de que la cláusula penal pecuniaria en esta materia funge como estimación anticipada de los perjuicios sufridos por aquella. Es decir, si nos basáramos únicamente en lo previsto en los ordinales 3.1. a 3.4 podría llegar a indicarse que el seguro de cumplimiento tiene como propósito cubrir los perjuicios que se estimen de manera anticipada a partir del pacto de una cláusula penal pecuniaria, lo que conllevaría una restricción del objeto del seguro que no se compadece con su propósito y finalidad.

Cosa distinta es que haya sido tradicional en derecho colombiano que los efectos establecidos en los actos administrativos por virtud de los cuales se declara el incumplimiento del contratista, hayan sido los pagos de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, lo cual encuentra explicación en el hecho de que legalmente no era admisible la cuantificación de perjuicios mediante acto administrativo dictado por la entidad contratante sino hasta la entrada en vigencia de la Ley 1474, sancionada en 2011, en cuyo artículo 86 se estableció que “(...) *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 (...)*”

Por ello es que, antes de la entrada en vigencia de esa Ley, las garantías se hacían efectivas por el valor de las multas o de la cláusula penal pecuniaria, según el caso, pues no existía habilitación legal para que la Administración cuantificara perjuicios distintos de los que la cláusula reflejaba.

Por esa misma razón, esto es, la ausencia de competencia para cuantificar perjuicios, que ordinariamente el valor asegurado en este tipo de pólizas se ha hecho coincidir con el de la cláusula penal pecuniaria, de lo cual existe reflejo hoy

en día, como también ha existido en el pasado, en la norma que regula la suficiencia del amparo, artículo 2.2.1.2.3.1.12, en el que se establece que “(...) *La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato. 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 un millón (1.000.000) de SMMLV, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas (...)*”

Obsérvese que la garantía debe estar vigente por lo menos hasta la liquidación del contrato, pues es evidente que suponiendo la liquidación, que el contrato ha terminado, luego de que aquella se realiza no podrían existir incumplimientos contractuales, más allá de que en caso de que se asuma cualquier tipo de obligación a cumplirse luego de la extinción del contrato, exista la necesidad de ampliar las garantías que correspondan, según lo prevé el artículo 217 del Decreto Ley 19 de 2012.

Se advierte igualmente, que se establece como regla general que el valor de la garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento del valor del contrato, lo cual se acompasa con lo afirmado anteriormente en el sentido de que ordinariamente se ha hecho coincidir el valor asegurado de la cobertura de cumplimiento con el valor de la cláusula penal pecuniaria. En efecto, lo común es que en los contratos estatales el valor de la cláusula penal pecuniaria sea del diez por ciento del valor del contrato.

Se establecen en todo caso en la norma que se acaba de citar, una serie de reglas de determinación del valor asegurado mínimo en aquellos eventos en los que el valor del contrato supera el millón de salarios mínimos mensuales legales vigentes; reglas en las que se establece la posibilidad de que el valor asegurado corresponda a un menor porcentaje del valor del contrato que el establecido en la regla general.

Esta reciente potestad otorgada a las entidades estatales sometidas al Estatuto de Contratación Pública, relativa a la posibilidad de cuantificar perjuicios, lo que supone que la condena impuesta al contratista y a la aseguradora del cumplimiento del contrato pueda ser superior al valor de la cláusula penal pecuniaria, puede llevar a las entidades estatales a evaluar la posibilidad de exigir valores asegurados en materia de cobertura de cumplimiento por un valor superior al de la cláusula penal.

El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, ordinal 4, “(...) *Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.*

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 bajo un régimen jurídico distinto al colombiano (...)”

Se trata de una cobertura bien particular, en la medida en que se funda en que el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista puede derivar en la responsabilidad de la entidad estatal frente a los empleados de este último. Es decir, la cobertura de alguna manera se funda en la responsabilidad de la entidad estatal por hechos del contratista, sin perjuicio de que evidentemente el contratista será responsable frente a la entidad como consecuencia de haber incumplido sus obligaciones laborales.

En otras palabras, aunque claramente el incumplimiento de las obligaciones del contratista frente a su personal puede ser catalogado como una situación de incumplimiento, la afectación que sufre la entidad estatal por cuenta de ese

incumplimiento particular se contrae al surgimiento de una deuda de responsabilidad en su patrimonio, como consecuencia de la solidaridad que eventualmente puede llegar a existir entre ella y el contratista en relación con el pago de aquellas obligaciones.

Sin responsabilidad de la entidad estatal frente al empleado del contratista, no puede haber afectación de esta cobertura, lo que definitivamente marca una nota distintiva frente a otros amparos en los que la afectación patrimonial de la entidad estatal no está determinada por el surgimiento de una deuda de responsabilidad en su patrimonio.

En materia de suficiencia de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, en el artículo 2.2.1.2.3.1.13 del Decreto 1082 de 2015 se dispone: “(...) *Esta garantía debe estar vigente por el plazo del contrato y tres (3) años más. El valor de la garantía no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato (...)*”. Previsión que se acompasa de manera perfecta con la particularidad antes mencionada, y que refleja que la cobertura se basa en la responsabilidad de la entidad contratante, al punto que para la fijación de la vigencia temporal del seguro se tiene en cuenta el término de prescripción de las acciones laborales.

En este orden de ideas, dentro de los tres años siguientes a la finalización del contrato, pueden seguir presentándose reclamaciones de orden laboral, como consecuencia de obligaciones incumplidas en vigencia del contrato amparado, lo que indica que la vigencia del seguro se extiende en función del momento en que las reclamaciones pueden llegar a tener lugar, lo que refuerza el hecho de que la cobertura está asociada a la responsabilidad de la entidad estatal, con todo lo que ello conlleva.

El amparo de estabilidad y calidad de la obra.

De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, ordinal 5, “(...) *Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción (...)*”

Se mantiene la estructura general de la garantía única, en el sentido de que la afectación de esta cobertura particular está sujeta al incumplimiento del contratista, lo que se advierte de manera clara cuando se prevé que se cubre cualquier tipo de daño o deterioro imputable al contratista.

Lo particular de este amparo, es que el daño o deterioro cubierto es aquel que sufre la obra entregada a satisfacción, lo que se deriva no solo de la norma que se ha citado, sino de lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.14, relacionado con la suficiencia de esta cobertura: “(...) *Esta 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. 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 Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato (...)*”

En consecuencia, precisamente porque el daño o deterioro amparado es el que sufre la obra recibida a satisfacción, es a partir del recibo de la obra que se inicia la vigencia temporal de esta cobertura y se extiende por cinco años, en razón a que se considera un término razonable para que se manifiesten esos daños o deterioro imputables al contratista.

Los deterioros o daños imputables al contratista, que se manifiesten en vigencia del contrato, tendrán la virtualidad el amparo de cumplimiento del contrato; los que

se manifiesten luego de la recepción de la obra a satisfacción, tendrán la virtualidad de afectar esta cobertura de estabilidad y calidad de la obra.

Esta cobertura se otorga teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 2060 del Código Civil, entre otras cosas en relación con que “(...) *El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que el inciso precedente le impone (...)*”. Y en el ordinal 3 del mismo artículo, inmediatamente anterior al citado, se dispone que “(...) *Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario: si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad con el artículo 2041, inciso final (...)*”

En efecto, la cobertura se funda en la responsabilidad de quien ha sido encargado para la confección de una obra material; el surgimiento de la responsabilidad del contratista en los términos antes señalados, supone, como se dispone en la norma que se ha citado, que el simple recibo a satisfacción realmente no redundaría en la ausencia de responsabilidad del empresario, pues solo es reflejo de que la obra se ha recibido como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte.

El amparo de calidad del servicio.

De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, ordinal 6, “(...) *Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado (...)*”

Al igual que ocurre en relación con el amparo de estabilidad y calidad de la obra, que está orientado a cierto tipo de contratos específicos, que tienen por objeto la confección de una obra material, este amparo va de la mano de cierto tipo de contratos, que tienen por objeto la prestación de servicios de cualquier tipo. Ello significa que el amparo no se extendería en relación con contratos que tengan un objeto distinto, por sustracción de materia. En efecto, en relación con contratos cuyo objeto no esté asociado a la prestación de servicios, no habría razón para extender la cobertura.

Ha sido tradicional que se entienda que el propósito de este amparo, y así se refleja en los clausulados, es cubrir perjuicios que se pueden causar con posterioridad a la terminación del contrato como consecuencia de una deficiente calidad en el servicio contratado.

Y es que en ocasiones, las manifestaciones de un servicio prestado de forma deficiente pueden materializarse con posterioridad a la terminación del contrato. Por ejemplo, en materia de consultoría ello es de común ocurrencia; es posible que las consecuencias de una mala asesoría tengan lugar luego de que el contrato correspondiente se encuentra terminado.

En todo caso, debería redactarse de mejor manera el amparo para evitar confusiones a este respecto.

En cuanto a la suficiencia del amparo, ella se halla reglamentada en el artículo 2.2.1.2.3.1.15, en el que se establece que “(...) *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 (...)*”

Obsérvese que la norma antes citada refuerza lo que se ha dicho en el sentido de que se trata de un amparo diseñado para cubrir perjuicios que se manifiestan con posterioridad a la terminación del contrato. En esta norma se deja claro que evidentemente el amparo está asociado a cierto tipo de contratos, que es lo mismo que ocurre con el amparo de estabilidad de la obra. Se ve, en consecuencia, que el amparo, en relación con contratos de interventoría, estará vigente durante el mismo tiempo que el de estabilidad de la obra. Así, el amparo de estabilidad cubre a la entidad en relación con el contrato de obra, mientras que el de calidad del servicio la cubrirá en relación con el contrato de interventoría; y así como el amparo de estabilidad supone que la manifestación del daño tenga lugar luego de recibida la obra, el de calidad del servicio, en ese preciso caso, parte de esa misma base.

El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, ordinal 7, “(...) *Este amparo, debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato (...)*”

En este caso, se pretende cubrir el adecuado funcionamiento de los bienes que recibe la entidad en ejecución de un contrato, lo que permite entender que se trata de un amparo diseñado para cubrir perjuicios derivados de contratos que tienen como objeto la entrega o suministro de bienes a la Entidad Estatal.

Así, luego de que los bienes se han recibido, y el objeto contractual se halla cumplido en apariencia, es posible que se advierta que esos bienes presentan un mal funcionamiento, cuyas consecuencias son las que pretenden amparar por virtud de esta cobertura.

Para advertir lo anterior, es decir, el mal funcionamiento o la deficiencia técnica, de ordinario se debe hacer una comparación con las especificaciones técnicas establecidas contractualmente, o con las normas técnicas correspondientes. En efecto, así como ocurre en relación con el amparo de estabilidad de la obra, que puede haberse recibido a satisfacción, ello también puede ocurrir en relación con los bienes objeto del contrato; es posible que se hayan recibido sin advertir la deficiencia técnica, lo que no impide el surgimiento de la responsabilidad del afianzado, lo que le da justificación a la cobertura.

En cuanto a la suficiencia de este amparo, en el artículo 2.2.1.2.3.1.16 , se dispone: “(...) *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 (...)*”

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Como se anticipó, en adición a los riesgos derivados de la presentación de la oferta, así como los relacionados con la ejecución del contrato y su liquidación, se ha previsto cubrir a la entidad en relación con los riesgos asociados a la posible responsabilidad extracontractual que pueda surgir como consecuencia de los hechos y omisiones de sus contratistas y subcontratistas.

Mientras los dos primeros riesgos se cubren mediante seguros de cumplimiento, el tercero se pretende cubrir mediante un seguro que tiene una estructura absolutamente diferente, el de responsabilidad civil extracontractual.

En el artículo 2.2.1.2.3.1.8 se establece que “(...) *La Entidad Estatal debe exigir en los contratos de obra, y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario con ocasión de los Riesgos del contrato, el otorgamiento de una póliza de responsabilidad civil extracontractual que la proteja de eventuales*

reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

La Entidad Estatal debe exigir que la póliza de responsabilidad extracontractual cubra también los perjuicios ocasionados por eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surjan de las actuaciones, hechos u omisiones de los subcontratistas autorizados o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguros propio con el mismo objeto y que la Entidad Estatal sea el asegurado (...)"

En materia de suficiencia del seguro, hay que decir que en el artículo 2.2.1.2.3.1.17⁶ se reglamenta esta situación particular, indicando el valor asegurado mínimo que debe tener esta póliza dependiendo del valor del contrato y determinando que la vigencia del seguro debe extenderse mientras dure la ejecución contractual

Como se observa en las normas mencionadas, debe tomarse este seguro en los contratos de obra así como en los contratos en los que la contratante lo considere necesario. Así, no se circunscribe la posibilidad de que se ordene tomar el seguro de responsabilidad civil extracontractual a los contratos de obra; la Entidad Estatal evaluará lo necesario con miras a verificar si se requiere un seguro de esta naturaleza o no.

Por otra parte, se pretende proteger a la entidad del riesgo del surgimiento de una deuda de responsabilidad en su patrimonio, por razón de hechos de sus

⁶ El texto del artículo es el siguiente: "(...) *El valor asegurado por los contratos de seguro que amparan la responsabilidad civil extracontractual no debe ser inferior a:*

- 1. Doscientos (200) SMMLV para contratos cuyo valor sea inferior o igual a (1500) SMMLV.*
- 2. Trescientos (300) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a mil quinientos (1500) SMMLV e inferior o igual a dos mil quinientos (2500) SMMLV.*
- 3. Cuatrocientos (400) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a dos mil quinientos (2500) SMMLV e inferior o igual a cinco mil (5000) SMMLV.*
- 4. Quinientos (500) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a cinco mil (5.000) SMMLV e inferior o igual a diez mil (10.000) SMMLV.*
- 5. El cinco por ciento (5%) del valor del contrato cuando este sea superior a diez mil (10.000) SMMLV, caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo setenta y cinco mil (75.000) SMMLV.*

La vigencia de esta garantía deberá ser igual a la ejecución del contrato) (...)"

contratistas y subcontratistas, no por razón de sus propios hechos. Y es natural que sea así, pues no habría justificación para que el costo del seguro debiere asumirlo el contratista si su propósito fuera amparar el patrimonio de la Entidad por razón de los hechos de ésta.

II. ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN APLICABLE A LOS SEGUROS QUE SE OTORGAN POR RAZÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Corresponde ahora analizar los principales aspectos del régimen que resulta aplicable a los seguros contratados en el marco de la contratación estatal, que se encuentra establecido a partir del artículo 2.2.1.2.3.2.1 del Decreto 1082 de 2015.

Los amparos otorgados por virtud del seguro son excluyentes.

En ese primer artículo se hace referencia a que “(...) *El objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 2.2.1.2.3.1.6, 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.8 del presente decreto.*

Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus Riesgos y de sus valores asegurados. La Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular (...)”

La norma es clara en establecer que los amparos consignados en los artículos a que ella se refiere, son excluyentes. Es decir, por una parte, son excluyentes la garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta, la garantía de cumplimiento y el cubrimiento de la responsabilidad civil extracontractual; pero por otra, también lo son los amparos que constituyen en conjunto la garantía de cumplimiento.

Hay amparos que se pueden diferenciar claramente entre ellos por razón de su objeto, de manera que no habría posibilidad alguna de que se pretendiera la acumulación, con lo que aun en ausencia de la norma, esta no sería posible. Es decir, un único evento no podría encajar en aquellos amparos al mismo tiempo, lo que evidentemente derivaría en la imposibilidad de afectación simultánea de los mismos, por obvias razones.

Por ejemplo, los riesgos a que se hace referencia en el artículo 2.2.1.2.3.1.6., relativos al incumplimiento de la oferta, en particular los relacionados en los tres primeros ordinales, pues el señalado en el ordinal cuarto podría admitir alguna discusión, no tendrían la virtualidad de generar la afectación de la garantía de cumplimiento del contrato, como tampoco el amparo de responsabilidad civil extracontractual. Existiendo o no una norma como la que se viene analizando, que dispone la imposibilidad de acumulación, ella no sería posible por razón de las notables diferencias que existen entre los objetos de cada una de esas coberturas.

En efecto, los eventos previstos en los tres primeros ordinales del artículo 2.2.1.2.3.1.6. corresponden a circunstancias que tienen lugar antes de la celebración del contrato, por lo que de ninguna manera se podrían catalogar como incumplimientos contractuales. En ningún caso, en consecuencia, podrían llegar a afectar la cobertura de cumplimiento, que pretende cubrir los efectos nocivos de los incumplimientos contractuales. Por razón de los mismos eventos, jamás se afectaría la cobertura de responsabilidad civil extracontractual, lo cual es absolutamente evidente. Es más, cuando aquellos eventos se presentan, no se ha otorgado la garantía de cumplimiento, como tampoco se ha expedido la póliza de responsabilidad extracontractual.

Y en el mismo sentido, eventos generadores de responsabilidad extracontractual frente a terceros, o constitutivos de incumplimiento contractual, no tendrían la posibilidad de afectar la cobertura de garantía de seriedad de la oferta. Esos eventos no encajan de ninguna manera en las situaciones descritas en el artículo

2.2.1.2.3.1.6. Es más, cuando dichos eventos se presentan, la vigencia de la garantía de seriedad ha finalizado, lo que hace imposible la afectación simultánea.

Cosa distinta ocurre en relación con los amparos que constituyen la garantía de cumplimiento del contrato. En efecto, todos los amparos a que se refiere dicha garantía de uno u otro modo se hallan fundados en el incumplimiento contractual, más allá de que como se explicó antes, el amparo de salarios y prestaciones supone en cualquier caso el surgimiento de una deuda de responsabilidad en el patrimonio de la Entidad Estatal.

Esa circunstancia, relativa a que todas las cuestiones a que se refieren tales amparos pueden catalogarse como incumplimientos contractuales, podría derivar en que cualquiera de esos eventos podría encajar no solo en el amparo especialmente diseñado para cubrirlo sino en el amparo de cumplimiento, salvo aquellos eventos que corresponden a coberturas que tienen una vigencia temporal distinta de la de cumplimiento.

En efecto, si el anticipo no se invierte, se usa indebidamente o es objeto de apropiación, el contrato se incumple. Si no se pagan las obligaciones laborales el contrato se incumple, máxime cuando es de común ocurrencia que se pacte como obligación del contrato proceder a dichos pagos. Lo mismo ocurre cuando la calidad del servicio que se presta es deficiente, o cuando hay lugar a la devolución del pago anticipado. Todas esas circunstancias, cuyos efectos perjudiciales se hallan cubiertos por virtud de los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo, de salarios y prestaciones, de pago anticipado, y de calidad del servicio, se constituyen también como un incumplimiento parcial o total del contrato, según el caso, que es uno de los eventos que se cubre por virtud del amparo de cumplimiento.

Hay eventos que encajan, entonces, tanto en una cobertura específica diseñada para ese evento particular, como en la cobertura de cumplimiento, la cual es más general en cuanto a su propósito se refiere.

Se ha anticipado que hay casos que a pesar de que pueden catalogarse como incumplimientos contractuales, ellos no podrían desde el punto de vista temporal, bajo ninguna circunstancia, encajar en la cobertura de cumplimiento. Tal es el caso de la inestabilidad de la obra por circunstancias imputables al contratistas; a pesar de que ella pueda encontrar origen en un incumplimiento del contrato, la cobertura está diseñada, desde el punto de vista temporal, en función del momento en que se manifiesta el daño o deterioro correspondiente, de forma que si ello ocurre luego del recibo a satisfacción, solo podría llegar a afectarse la cobertura de estabilidad de la obra, cuya vigencia inicia con el recibo a satisfacción de la misma. Lo mismo ocurre con la cobertura de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, en la que se parte de la base de que los bienes han sido recibidos por la entidad correspondiente.

En suma, hay eventos respecto de los cuales no existe posibilidad que encajen en dos coberturas distintas; mientras que hay otros respecto de los cuales esa situación habrá de presentarse. En relación con los primeros, no es necesario aclarar que los amparos son excluyentes; aún sin decirlo, la manera en que los amparos se estructuran redundan en el mismo efecto. En relación con los segundos, sí tiene sentido que se establezca tal circunstancia, pues no estableciéndola, podría llegar a entenderse que dos amparos distintos pueden ser objeto de afectación simultánea.

Solo en relación con esos eventos la norma produce un efecto útil, que se refleja en el hecho de que al mismo tiempo no podrían afectarse los amparos que se mencionaron anteriormente y el de cumplimiento. Aunque se verá cómo existen situaciones en las cuales se impone la posibilidad de afectar dos amparos

simultáneamente, no obstante no se haya consagrado de manera expresa una excepción a la norma que se viene comentando.

Así, el uso indebido del anticipo, por ejemplo, se constituye como un incumplimiento del contrato, pero los perjuicios derivados de aquella circunstancia no podrían pagarse con cargo a la cobertura de cumplimiento del contrato, sino con cargo a la cobertura de buen manejo y correcta inversión del anticipo, que es el amparo diseñado de manera específica para cubrir los perjuicios derivados de la no inversión. De la misma forma, no cumplir con la obligación de pagar los salarios de sus empleados, se constituye como un incumplimiento contractual, pero los perjuicios sufridos por la entidad a partir de dicha circunstancia, asociados a la deuda que surge en su patrimonio por cuenta de la solidaridad que la ata a su contratista, serán cubiertos por el amparo de salarios y prestaciones.

Por ello, agotado el valor asegurado por cada uno de esos amparos específicos, no se abrirá la posibilidad de acudir al amparo de cumplimiento para cubrir los perjuicios sufridos en exceso de aquellos.

Sin embargo, a pesar de lo que se ha esbozado, y de que no existe norma que específicamente prevea excepción frente al hecho de que los amparos son excluyentes, podría concluirse que pueden presentarse situaciones en las que se amerita la afectación de dos amparos simultáneamente.

A nuestro juicio ello puede ocurrir cuando de un único hecho se derivan consecuencias jurídicas que pueden entenderse cubiertas por amparos distintos. El caso en el que típicamente se presenta dicha situación es aquel en el que alguno de los incumplimientos específicos, generador de perjuicios que se cubren por virtud de amparos distintos del de cumplimiento, motive la imposición de una multa por parte de la entidad contratante.

Así, por ejemplo, la entidad estatal podría proceder a imponer una multa a un contratista que no ha invertido el anticipo a pesar de que de acuerdo con el cronograma previsto en el plan de manejo ha debido invertirlo parcial o totalmente. Y esa situación de no inversión puede haber generado perjuicios a la entidad estatal.

Siguiendo la orientación que se ha trazado en este escrito que, se cree, es la que se deriva de la manera en que se han estructurado los amparos analizados, habría que concluir que los perjuicios sufridos como consecuencia de la falta de inversión estarían cubiertos por la cobertura de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Y el valor de la multa estaría cubierto por la cobertura de cumplimiento. Y ello, por supuesto, impondría la necesidad de afectar los dos amparos al mismo tiempo.

Definitivamente el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo no cubre el valor de la multa, por cuanto éste se orienta al cubrimiento de los perjuicios sufridos, y la multa no tiene la connotación de perjuicio. Siendo ello así, ¿podría decirse entonces que el valor de la multa no tendría cómo cubrirse dado que no podrían afectarse los dos amparos simultáneamente? La respuesta a este interrogante debe ser negativa; el espíritu de la reglamentación en materia de garantía es que no queden estas consecuencias sin cobertura.

Esta última situación es fruto básicamente de que al redactarse los eventos cubiertos mediante el amparo de cumplimiento, por una parte se indicaron situaciones constitutivas de incumplimiento, y por otra, se señalaron las consecuencias que se producen en caso de incumplimiento, es decir, la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria. Ello, como si las otras situaciones constitutivas de incumplimiento no pudieran generar esas mismas consecuencias.

A nuestro juicio, la reglamentación en este punto particular debería estar planteada indicándose las situaciones constitutivas de incumplimiento, y estableciéndose que cada amparo cubre todas las consecuencias que se deriven de aquellas, bien sea que se trate de perjuicios debidamente acreditados por la entidad, bien sea que se trate del valor de la cláusula penal pecuniaria en los casos en que ella sea procedente o bien sea que se trate del valor de las multas correspondientes.

Sin embargo, dada la forma en que se ha establecido la misma, se sugiere la conclusión antes propuesta.

Exclusiones

Existe precisa reglamentación en relación con las exclusiones admisibles en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos estatales, al punto que se indica con toda precisión en la norma correspondiente, que cualquier tipo de estipulación que introduzca exclusiones distintas de las expresamente permitidas, no producirá efecto alguno.

Así se establece en el artículo 2.2.1.2.3.2.3: “(...) *La Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:*

- 1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.*
- 2. Daños causados por el contratista a los bienes de la Entidad Estatal no destinados al contrato.*
- 3. Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la Entidad Estatal.*

4. *El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo (...)*”

No se puede perder de vista que la afectación del seguro de cumplimiento depende de la responsabilidad del contratista, al punto que si el contratista no es responsable, la obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora jamás surgirá. En esa medida, cualquier circunstancia que derive en la ausencia de responsabilidad del contratista, redundará en que el seguro de cumplimiento no se afectará.

Los eventos que se consagran como exclusiones corresponden a situaciones a partir de las cuales no surge la responsabilidad del contratista, lo que de acuerdo con lo expuesto, en cualquier caso, derivaría en la no afectación de la póliza. Esto, más allá de que alguna discusión podría presentarse en relación con la circunstancia prevista en el ordinal 2 de la norma antes citada.

En efecto, si se presenta una situación de causa extraña, la responsabilidad del contratista no se vería comprometida por ausencia de uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, el nexo causal. De la misma manera, si el daño sufrido por la entidad estatal proviene de un uso indebido o inadecuado por parte de la Entidad, o de la falta de mantenimiento a que la Entidad está obligada, es obvio que tal daño no podría ser imputable al contratista sino a la propia Entidad. Y cosa parecida ocurre en relación con aquellos daños asociados al deterioro normal que sufran los bienes entregados por el transcurso del tiempo; se trata de daños no imputables al contratista y por ende no generadores de responsabilidad civil.

Alguna discusión podría haber en relación con los daños que se causan a los bienes de la Entidad no destinados al contrato, relacionada con el tipo de responsabilidad que surge a partir de dicha situación. Sin embargo, admitiéndose

la exclusión, cualquier discusión al respecto queda zanjada en la medida en que será una situación que no afectará la garantía de cumplimiento.

En cualquier caso, por una parte se consagra la exclusión, con el efecto antes indicado; sin embargo, por otra, se establece en el artículo 2.2.1.2.3.2.11, que “(...) *La Entidad Estatal debe exigir a su contratista un contrato de seguro que ampare la responsabilidad cuando con ocasión de la ejecución del contrato existe Riesgo de daño de los bienes de la Entidad Estatal. La Entidad debe definir el valor asegurado en los pliegos de condiciones (...)*”

La inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad.

Se dispone en el artículo 2.2.1.2.3.2.4. que “(...) *En el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno (...)*”

Estas cláusulas denominadas “de proporcionalidad”, cuya validez en materia de seguro de cumplimiento en favor de particulares ha suscitado discusiones, derivan en la disminución del valor asegurado a medida que el contrato se ejecuta. Así, el valor asegurado se reduce en la misma proporción en que el contrato se va ejecutando. Un contrato que se haya ejecutado en un 80% verá reducido el valor del seguro correspondiente en un 80%, de manera que la aseguradora no pagará un valor superior al 20% del valor asegurado, lo que evidentemente genera cierta desprotección del asegurado, máxime si se tiene en cuenta que el valor asegurado corresponde a un porcentaje del valor del contrato.

Como se ve en la norma que se ha citado, la posibilidad de pactar cláusulas que produzcan efectos como el que se acaba de describir, está descartada.

Esta circunstancia no excluye la posibilidad de que se apliquen, al momento de determinar la responsabilidad del contratista y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, en los que se establece la reducción de la pena, indicándose en el primero que “(...) *Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal (...)*”; y en el segundo, en el aparte pertinente, que: “(...) *Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte (...)*”

No se puede perder de vista que el seguro de cumplimiento está asociado a la responsabilidad contractual del afianzado, por lo que la indemnización a cargo de la compañía aseguradora jamás podría tener un valor superior al de la deuda de responsabilidad del afianzado. Así, si este se ve favorecido por razón de la aplicación de las normas antes citadas, y ve reducido el valor de la pena a su cargo, la compañía aseguradora se afectará de manera positiva por la misma razón.

Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación unilateral.

En el artículo 2.2.1.2.3.2.5 se dispone con absoluta claridad que “(...) *La garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente (...)*”

La previsión anterior, deja sin aplicación, en materia de seguro de cumplimiento de contratos estatales, los artículos 1068 del Código de Comercio, en el que se consagra a terminación por mora en el pago de la prima, y 1071 del mismo cuerpo normativo, en relación con la revocación unilateral del contrato de seguro, lo cual tiene sentido si se tiene en cuenta la función económica que cumple este seguro.

Al tener como propósito servir de garantía del cumplimiento de un contrato, no parecería tener sentido que se pudiera dejar sin efecto dicha garantía por la simple voluntad del contratista garantizado o del garante mismo. Se desnaturalizaría la función antes mencionada si se admitiera dicha posibilidad.

Tan cierto es lo anterior que en nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esas normas tampoco tienen aplicación en materia de seguro de cumplimiento en favor de particulares, no obstante no haya norma del tenor de la que se ha analizado en el presente acápite.

Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros.

Por virtud del artículo 2.2.1.1.3.2.6 “(...) *La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista (...)*”

Por virtud de esta disposición se excluye, por lo menos parcialmente, la aplicación, a este tipo de seguros, del artículo 1044 del Código de Comercio, en el que se establece que “(...) *Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser estos distintos de aquel, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador (...)*”

Se establece en el artículo 1044 del Código de Comercio, la denominada “comunicabilidad de excepciones”, que permite que el asegurador pueda oponer al beneficiario excepciones alegables contra el tomador o asegurado, cuando éstos son distintos de aquel, y al asegurado las que hubiere podido oponer contra el tomador, cuando sean personas distintas.

El tercero obtiene su derecho del contrato, de manera que cualquier circunstancia que se establezca en éste, o que lo afecte de alguna manera, tendrá la virtualidad de impactar el derecho que nace de él⁷. Es lógico entonces, que la compañía aseguradora pueda oponerle como excepciones al titular del derecho, cualquier hecho relacionado con el contrato fuente del mismo. Sin embargo, en materia de seguro de cumplimiento de contratos estatales se restringe dicha posibilidad, haciéndose especial énfasis en que no podrá oponerse ninguna circunstancia originada en la conducta del tomador, particularmente inexactitudes y reticencias.

La aseguradora sigue respondiendo conforme al contrato; sin embargo, las cuestiones que afectan la validez del mismo, originadas en la conducta del tomador, así como aquellas que se presentan durante su vigencia, y que teniendo el mismo origen afectan el contrato, no le resultarán oponibles a la entidad estatal.

Entre ellas se cuenta la nulidad relativa del contrato por razón de la reticencia o inexactitud del tomador, lo que a nuestro juicio no descarta que haya casos en los cuales el seguro se toma como instrumento necesario para celebrar contratos en

⁷ El profesor EFRÉN OSSA lo explica así: “(...) *El tercero deriva su derecho –un derecho propio, directo- de un contrato en que no ha intervenido como “parte”. Por definición, en “el seguro por cuenta, el tomador es persona distinta del asegurado” (el tercero), sujeto activo de las obligaciones, el primero, titular, el segundo, del derecho a la prestación asegurada (art. 1039), beneficiario, en síntesis, del seguro. Es lógico, entonces, como lo dispone la ley (art. 1044) que el asegurador puede oponerle “las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador”, entendiendo por tales, claro está, las relativas al contrato en su gestación y en su ejecución. Es esta una norma legal que no solo rige para “los seguros por cuenta de tercero”, a los cuales sin duda es aplicable, sino también para los que el “el tomador” celebra por su propia cuenta, como “asegurado”, y en los cuales se ha instituido un “beneficiario”, un acreedor hipotecario, por ejemplo (...)*” (OSSA EFRÉN, TEORÍA GENERAL DEL SEGURO – EL CONTRATO, Segunda Edición Actualizada, Editorial Temis, Bogotá 1991, página 23.

contravía del orden jurídico, lo cual tiene lugar en muchas ocasiones mediando la participación de personal de la Administración que actúa con plena conciencia del ilícito.

Es bien distinto que el tomador sea reticente o inexacto frente a la compañía aseguradora, sin que en ello medie intervención alguna de la Administración, que por ende no tendría que verse afectada, a que la póliza no sea sino un instrumento que permite adelantar un proceso de contratación en contravía de los preceptos que regulan la materia. No son pocos los casos en los cuales hay funcionarios de la propia Administración, incluso con posibilidad de comprometerla, que con plena conciencia adelantan procesos de contratación con el propósito de satisfacer sus propios intereses y los de terceros, para lo cual requieren contar con una póliza de seguro de cumplimiento sin la cual no podrían cumplir sus objetivos ilícitos.

Pareciera que el objeto del seguro de cumplimiento no está orientado a cubrir ese tipo de situaciones, y que esos eventos no son de aquellos inoponibles a la entidad estatal por virtud de la norma que se analiza.

Hay aquí un punto de reflexión importante, si se tiene en cuenta la frecuencia con la que se presentan situaciones como la descrita.

Requisitos del seguro de responsabilidad civil.

En el Decreto 1082 de 2015 se establecen una serie de condiciones con las que debe cumplir el seguro de responsabilidad civil, en los casos en que se considere necesaria su contratación.

Tales requisitos están establecidos en el artículo 2.2.1.2.3.2.9 del Decreto, de la siguiente manera: “(...) *El amparo de responsabilidad civil extracontractual debe cumplir los siguientes requisitos:*

1. *Modalidad de ocurrencia. La Compañía de seguros debe expedir el amparo en la modalidad de ocurrencia. En consecuencia, el contrato de seguro no puede establecer términos para presentar la reclamación, inferiores a los términos de prescripción previstos en la ley para la acción de responsabilidad correspondiente.*
2. *Intervinientes. La Entidad Estatal y el contratista deben tener la calidad de asegurado respecto de los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la Entidad Estatal como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad del contratista o sus subcontratistas.*
3. *Amparos. El amparo de responsabilidad civil extracontractual debe contener además de la cobertura básica de predios, labores y operaciones, mínimo los siguientes amparos.*
 - 3.1. *Cobertura expresa de perjuicios por daño emergente y lucro cesante.*
 - 3.2. *Cobertura expresa de perjuicios extrapatrimoniales.*
 - 3.3. *Cobertura de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.*
 - 3.4. *Cobertura expresa de amparo patronal.*
 - 3.5. *Cobertura expresa de vehículos propios y no propios (...)*

Como se ve, se dispone con toda claridad que el seguro debe contratarse bajo la modalidad de ocurrencia. Pero más allá de eso, llama la atención que se disponga que la Entidad Estatal tendrá la calidad de asegurado y de beneficiario en la póliza.

Esa condición de asegurado se traduce en que verá protegido su patrimonio en los términos de la póliza. Así, podrá dirigirse de manera directa a la compañía aseguradora cuando su patrimonio se vea amenazado como consecuencia de las reclamaciones de las víctimas de un hecho u omisión del contratista.

Y la condición de beneficiario indica que la Entidad Estatal puede llegar a ser víctima en estricto sentido, por razón de un hecho u omisión del contratista. Así, con esta cobertura se completa la protección requerida por la Entidad Estatal, en la medida en que verá amparadas las consecuencias de la responsabilidad tanto contractual como extracontractual del contratista, evidentemente en los términos de las pólizas correspondientes.

Elaborado por: Armando Gutiérrez Villalba