

Análisis crítico del amparo de buen manejo de anticipo, de cara a las Facultades exorbitantes de la Administración en Colombia*

PAULA BERNAL SANINT**

LUIS MIGUEL CUBILLOS RODRÍGUEZ***

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2013
Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2013

Resumen

Dados los innumerables problemas que en la realidad práctica se han registrado con el manejo e inversión de los anticipos en los contratos estatales, y los efectos perjudiciales que ello apareja para el patrimonio del Estado, el presente artículo explora la relación jurídica y práctica que se presenta entre dicha figura contractual, y dos de las instituciones más connotadas del derecho de la contratación estatal colombiano, como lo son la póliza de seguros como garantía única de cumplimiento, y las potestades exorbitantes de la Administración; bajo el entendido que,

* Investigación realizada como trabajo de grado presentado en la Especialización de Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, que analiza la problemática que genera el manejo del anticipo en la contratación estatal en Colombia y los cambios que generó el Estatuto Anticorrupción en la materia.

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, graduada en el año 2010. Obtuvo la distinción "Orden al Mérito Académico Javeriano" y mención de honor por tener uno de los mejores promedios de la carrera. Especialista en Derecho de Seguros de la misma universidad, graduada en el 2012 con la distinción "Orden al Mérito Académico Javeriano" por el promedio obtenido en dicha especialización. Desde el año 2011 se desempeña como abogada de la firma Barrios Vélez Gutiérrez Abogados, en el área de Litigios, Seguros y Transporte, y como profesora auxiliar de la cátedra de Derecho Romano II en la Pontificia Universidad Javeriana.

*** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Obtuvo la "Orden al Mérito Académico Javeriano" por su desempeño académico en el pregrado, además del segundo mejor puntaje a nivel nacional en los Exámenes de Estado de Calidad de la Educación Superior

a través de ambas, el Estado cuenta con herramientas jurídicas idóneas para superar las contingencias derivadas de los inconvenientes acaecidos respecto de tales anticipos. De esta forma, el siguiente artículo, partiendo de delinear las notas características de los anticipos contractuales y el seguro de cumplimiento de contratos estatales, procede a estudiar la configuración del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en función de cada uno de los escenarios que ofrecen todas y cada de las potestades exorbitantes contempladas en las normas legales que integran el Estatuto General de Contratación Pública, así como en contextos adicionales, como el proceso de responsabilidad fiscal, y la novedosa administración del anticipo mediante el contrato de fiducia; con el objeto de determinar la funcionalidad del amparo correspondiente de la garantía única de cumplimiento, dentro de un análisis que interrelaciona elementos de derecho público y de derecho privado.

Palabras clave: anticipo contractual, garantía única de cumplimiento, siniestro, potestades exorbitantes, contratación estatal.

Abstract

Due to the countless troubles that have been arising related to the management and investment of the cash advances in the public contracts, and the injurious effects that it has caused for the equity of the State, the present article explored the legal and practical relationship among such cash advances, and two of the most connoted institutions of the Colombian public contractual law, as they are the insurance policy as a the unique warrant for the compliance with the contract, and the exorbitant powers of the Administration; taking into account that, by both of them, the State can count with suitable legal tools to overcome the contingencies generated by the inconveniences occurred regarding such cash advances. Thus, the following article, starting by delineating the characteristic features of the contractual cash advanced and the insurance policy for the compliance of public contracts, proceeds to study the configuration of the sinister of good management and correct investment of the cash advances, according to every one of the scenarios which are offered by each and every one of the exorbitant powers that are enacted by the General Statue for the public contracts, and in additional contexts, such as the fiscal liability process, and the new management of the cash advances by a trust, with the purpose to determine the functionality of the correspondent insurance coverage of the unique warrant for the compliance with the contract, analyzing both public and private law.

Keywords: contractual cash advances, unique warrant for the compliance with the contract, sinister, exorbitant powers, public contracts.

2008. Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho de Seguros de la misma universidad; habiendo accedido a la Orden al Mérito Javeriano en cuanto a su primera especialización. Actualmente se desempeña como abogado en el área de Litigios en la firma Barrios Vélez Gutiérrez Abogados, desde el año 2008, y como profesor auxiliar de la cátedra de Derecho Administrativo II, en la Pontificia Universidad Javeriana.

INTRODUCCIÓN

Dada la naturaleza pública de los recursos que conforman el llamado anticipo contractual en los contratos estatales, cuya esencia no varía a pesar de su entrega preliminar al contratista, resultaría casi que inane entrar a debatir respecto a la necesidad de incluir las contingencias atinentes a su manejo e inversión dentro de los amparos contemplados para la operatividad del seguro de cumplimiento de los convenios contractuales celebrados por las entidades estatales sometidas a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias. Mas, teniendo en cuenta las connotaciones específicas que revisten el tratamiento jurídico brindado a los actos jurídicos gobernados por el Estatuto General de Contratación Pública (arts. 2¹ y 32² Ley 80 de 1993), caracterizados fundamentalmente

1 “1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

2 “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”.

por un marcado poder de imperio fijado a favor de una de las partes contractuales, y las novedades normativas existentes sobre la materia, sí resulta absolutamente trascendente el proceder a examinar los mecanismos existentes para materializar la cobertura asegurativa mencionada, así como el acaecimiento mismo del siniestro asegurado, en la medida en que la intervención de un ente público como beneficiario del seguro de cumplimiento, y como director y supervisor del contrato estatal, implican, de suyo, la configuración de un escenario sustancialmente diverso a aquel que se registra cuando el negocio jurídico afianzado se rige, absolutamente, por las reglas que son propias del derecho privado, forzando al intérprete a mirar el contrato de seguro desde una perspectiva iuspublicista que, en principio, parecer ser ajena a su configuración netamente comercial.

Así entonces, con miras a contribuir a un mejor entendimiento del ámbito al cual deben enfrentarse todos los interesados (Estado, contratistas, aseguradoras, funcionarios públicos, Jueces etc.) cuando de analizar la cobertura de los anticipos contractuales se trate, el objeto del presente escrito es acometer una visión crítica del estado del arte legal, doctrinario y jurisprudencial existente frente a la materia, con el ánimo de plantear soluciones prácticas e ideas que permitan acompasar la estructura que le es reconocida desde las normas comerciales al contrato de seguro, con el muy particular contexto normativo dentro del cual el Estado ejerce sus facultades y potestades contractuales y administrativas, al cual no es extraño la vigilancia y control que éste concreta en punto del manejo brindado a los recursos constitutivos del anticipo.

1. PRECISIONES INICIALES

1.1. Los anticipos en los contratos estatales. Definición y obligatoriedad de su aseguramiento por vía de la garantía única de cumplimiento

Como punto de partida obligatorio dentro del presente estudio, es necesario sentar de entrada las premisas conceptuales concernientes a la institución de los anticipos contractuales, cuya consagración legal se encuentra en el tenor del parágrafo³ del artículo 40 de la Ley 80 de 1993; la cual, antes que definir el alcance y contenido de la figura, únicamente determina la existencia de un límite porcentual al monto que es dable reconocer al contratista (cincuenta por ciento del valor del contrato)⁴.

3 “En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

4 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, Exp. No. 17935, CP. Dr. Mauricio Fajardo: “De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que cualquier acuerdo que celebren las partes y que se incluya en una cláusula contractual, en virtud del cual se establezca una suma superior al “cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato” a título de pago anticipado o anticipo, constituye una violación del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993

Así las cosas, a efectos de establecer los linderos ontológicos de los anticipos, se hace menester recurrir a la concepción que frente a esta figura han manejado la doctrina⁵ y la jurisprudencia, las cuales, al unísono, han señalado como características distintivas de estos, el (1) erigirse su entrega en un verdadero préstamo por parte de la entidad contratante al contratista, (2) necesario en ciertos contratos para que el particular cuente con el estatus financiero requerido para dar inicio a la ejecución del objeto contractual, (3) el cual mantiene su naturaleza pública (a diferencia de los pagos anticipados⁶), y (4) que se amortiza paulatinamente en función de los pagos que a favor del contratista se vayan causando:

–“En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato.

Ya la Sala en sentencia del 13 de septiembre de 1999 (Exp. No. 10.607) en relación con el anticipo expresó:

y, por consiguiente, en el caso concreto sometido a conocimiento de la Sala la inclusión en la cláusula segunda del contrato relacionada con un anticipo del setenta y cinco por ciento (75%), evidentemente contraría la limitación normativa referida”.

5 Así por ejemplo, ha señalado el Profesor Ernesto Matallana: “Para el Consejo de Estado el anticipo es una retribución que se otorga en contratos de tracto sucesivo antes o paralelamente a la iniciación del contrato, y que va con destinación a cubrir sus costos iniciales. Son recursos que deberán amortizarse en proporción a la ejecución del contrato pues se trata de una especie muy particular de préstamo. Lo anterior tiene consecuencias muy importantes, porque se trata de recursos públicos administrados por un particular (contratista), y en esa medida cualquier desviación de estos recursos a fines distintos a los contemplados dentro del contrato podrá propiciar las correspondientes acciones de carácter penal”. v. MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2 ed., 2009, p. 854 y ss.

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. No. 13436, CP. Dr. Ricardo Hoyos Duque: “La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. La más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato; de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada”.

“no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro”.

En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo.

Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato”⁷⁷ (resaltado no original).

En tal virtud, según se destaca el aparte resaltado de la anterior cita jurisprudencial, ante la permanencia de la titularidad estatal en torno a los recursos desembolsados por conceptos de anticipo, el legislador y el Ejecutivo Nacional contemplaron la evidente necesidad de que el buen manejo y correcta inversión de tales erogaciones fueran incluidas dentro de la garantía única de cumplimiento diseñada para afianzar el buen devenir del contrato estatal, tal cual se preveía en el hoy derogado artículo 17⁸ del Decreto 679 de 1994, y acorde se prescribe en la actualidad, con carácter imperativo, en el artículo 4.2.1⁹ del Decreto 4828 de 2008; siendo la aprobación de

7 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. No. 13436, CP. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

8 “La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas.

Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa. (...)”.

9 “La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

4.2.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos

la garantía por parte de la entidad estatal, valga la pena anotar, un requisito indispensable para proceder a la ejecución del contrato estatal regido por el Estatuto de Contratación Pública (segundo inciso¹⁰ del art. 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23¹¹ de la Ley 1150 de 2007).

Ahora bien, en relación con la garantía única de cumplimiento conviene precisar, acorde lo enseñan los artículos 7¹² de la Ley 1150 de 2007 y 3¹³ del Decreto 4828 de 2008, que las pólizas de seguros no son los únicos mecanismos autorizados jurídicamente para fungir de garantía de la observancia de las obligaciones legales y contractuales surgidas en cabeza del contratista, más allá de que por diversas razones de orden práctico y hasta consuetudinario el recurso al tipo contractual del negocio jurídico del seguro parece ser el de mayor frecuencia entre las garantías autorizadas, encontrándose caracterizada esta especie asegurativa, por los siguientes ítems principales:

-
- con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato”.
- 10 Texto original: “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”.
- 11 “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. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. (...)”.
- 12 “(...) Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales. (...)”
- 13 “En los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías:
- 3.1 Póliza de seguros
 - 3.2 Fiducia mercantil en garantía
 - 3.3 Garantía bancaria a primer requerimiento
 - 3.4 Endoso en garantía de títulos valores
 - 3.5 Depósito de dinero en garantía.
- Lo anterior, sin perjuicio de que la responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas sólo puede ser amparada mediante póliza de seguro (...)”.

1.2. Cualidades principales del contrato de seguro de cumplimiento de los contratos estatales

A manera de síntesis, el seguro de cumplimiento de los contratos estatales puede definirse como el negocio jurídico de acuerdo al cual el tomador de la póliza, "(...) que desde otro punto de vista es el contratista de la Administración, es quien traslada los riesgos al Asegurador para indemnizar [a la entidad estatal contratante], hasta el monto asegurado, si se presentan en el futuro siniestros imputables a él, por su incumplimiento en el contrato celebrado con la Administración"¹⁴.

Por su carácter concreto e ilustrativo, y con el único de ánimo de ambientar el desarrollo del objeto del presente estudio, también resulta plausible transcribir el siguiente aparte jurisprudencial, aclarando, de antemano, que a partir de la sentencia proferida por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado el pasado 30 de enero de 2008, se ha reafirmado la connotación estatal del contrato de seguro de cumplimiento relativo a contratos estatales, independientemente de que en su convención, como tal, no intervenga la voluntad de una entidad estatal (lo celebran el contratista y la Aseguradora), aunque ello no ha implicado un abandono del tradicional criterio orgánico¹⁵ empleado por la jurisprudencia para identificar la calidad "estatal" de un acto jurídico bilateral, en la medida en que la operatividad de la Póliza pende de la aprobación de la entidad contratante, según se verá más adelante:

"Porque la estructura legal de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, impone concluir que aquellos son especiales y participan de la naturaleza de éstos, como quiera que resultan totalmente diferentes de los demás contratos normales o corrientes de seguros que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio, de conformidad con las siguientes anotaciones:

a).- En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; de ello se infiere, necesariamente, que en estos contratos especiales de seguros tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado o

14 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, Exp. No. 22511, CP. Dra. María Elena Giraldo.

15 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 7 de octubre de 2004, Exp. 27052, CP. Dr. Alier Hernández Henríquez: "Al respecto ha dicho la sala que "son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales", los cuales son objeto de control por parte del juez administrativo, sin que incida en nada, para ello, la normatividad sustantiva que se les aplique".

al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro, a la aseguradora, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer (artículo 1075 C. de Co.), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal .

En el caso de los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales, la que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones -como ocurre en el derecho privado con la objeción con que se responde la reclamación del asegurado-, pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye a favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro (artículo 77 Ley 80; artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62, 63, 64, 66, 68 y demás concordantes C.C.A.).

b).- Como ya se indicó, en los contratos especiales de seguros, el siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80).

Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio, según la cual el sólo aspecto fáctico acerca de la realización del riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, resultará suficiente para la configuración del siniestro; ello sin perjuicio de añadir para estos casos, como lo ha precisado la Jurisprudencia, que en cuanto esta clase de seguros de cumplimiento tienen un propósito eminentemente indemnizatorio (artículo 1089 C. de Co.), para que resulten viables las pretensiones del asegurado y se concrete la obligación a cargo de la compañía aseguradora, será necesario, en los términos del artículo 1077 del estatuto mercantil, que el asegurado, además del incumplimiento del contratista afianzado (siniestro), demuestre también los perjuicios que tal incumplimiento le hubiere ocasionado (cuantía de la pérdida) .

c).- El riesgo que debe amparar el contrato de seguro lo determina la entidad estatal contratante, de manera unilateral, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia, sin que su alcance pueda ser libre y voluntariamente convenido entre el contratista particular y la correspondiente aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).

d).- El término de vigencia del respectivo contrato de seguro, así como el de sus diferentes amparos, también obedece a decisiones que adopta de manera unilateral la entidad estatal contratante, sin que ese aspecto pueda ser definido de manera libre y voluntaria entre el contratista particular y la compañía aseguradora. (Artículo 25-19, Ley 80).

e).- La cuantía de cada amparo es impuesta unilateralmente por la entidad estatal contratante, sin que su monto pueda responder al libre y voluntario convenio entre el contratista particular y la aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).

f).- Aquellas características o cláusulas que deba contener la respectiva póliza y que la entidad estatal contratante hubiere señalado o exigido como obligatorias en el pliego de condiciones o términos de referencia, en modo alguno podrán ser variadas, discutidas o negociadas por el contratista particular o por la aseguradora. (Artículo 30-6, Ley 80).

g).- El correspondiente contrato de seguro se celebra de manera obligatoria, por mandato de la ley, en los términos que establezca la respectiva entidad estatal contratante, sin que el contratista particular o la aseguradora tengan la opción de discutir o negociar si hay lugar, o no, a su celebración o a la expedición de la respectiva póliza. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).

h).- La ejecución de los contratos estatales se encuentra supeditada, por expreso mandato legal, a la previa aprobación que la entidad estatal contratante debe impartir respecto del correspondiente contrato de seguro mediante el cual se garantice el cumplimiento de aquellos. (Artículo 41, Ley 80).

Ese mismo mandato legal impone el requisito consistente en que el contrato de seguro deba someterse a la revisión y aprobación expresa de la entidad estatal contratante, acerca de cuyos efectos se realizará un desarrollo específico más adelante.

i).- En cuanto el objetivo del contrato de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que ambos contratos participan de una misma y común finalidad, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales¹⁶.

16 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2008, Exp. 32867, CP. Dr. Mauricio Fajardo.

2. El siniestro bajo el amparo de manejo y correcta inversión del anticipo

Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones conceptuales, resulta ineludible, en aras de dimensionar la verdadera entidad y relevancia del amparo de manejo y correcta inversión del anticipo, el proceder a examinar las circunstancias modales y temporales que son necesarias para la configuración de los riesgos jurídicos y pecuniarios que dicho mecanismo de garantía pretende soslayar o aminorar; entendiéndose, de antemano, que la función económica y social del contrato de seguro en cualquiera de sus especies, incluida la atinente al seguro de cumplimiento de contratos estatales, no es otra que atemperar, rígida (principio indemnizatorio) o ampliamente, las consecuencias patrimoniales derivadas de acontecimientos perjudiciales que, inclusive, apartándose parcialmente del principio general del artículo 1055¹⁷ del Código Comercial, y en tratándose de los seguros de cumplimiento, pueden obedecer a actuaciones dolosas y/o gravemente culposas del tomador-contratista estatal.

2.1. Decreto 4828 de 2008 y su carácter imperativo

De entrada, *prima facie*, bajo el estado actual de la normatividad imperante, gran parte de la respuesta al cuestionamiento planteado se encuentra inserta en las disposiciones relevantes del ya nombrado Decreto 4828 de 2008, el cual, por expresa remisión del tercer inciso del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, se encarga de precisar, en el terreno de la potestad reglamentaria que le asiste al Ejecutivo Nacional, “(...) *los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato*” (art. 7 Ley 1150).

Así, tomando en consideración el que, por regla general, los mecanismos de garantía son indivisibles¹⁸, de forma tal que extienden su cobertura durante toda la vida del acto jurídico contractual, incluso hasta la etapa de su liquidación y el posterior cumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma¹⁹, el artículo 4.2.1 del men-

17 “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

18 Art. 2 Decreto 4828 de 2008: “(...)El mecanismo de cobertura del riesgo es por regla general indivisible, y sólo en los eventos previstos en el presente decreto, la garantía otorgada podrá ser dividida por etapas contractuales”.

19 Art. 2 Decreto 4828 de 2008: “Se entiende por mecanismo de cobertura del riesgo el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación (...)”.

Art. 60 inciso final Ley 80 de 1993: “Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la

tado acto reglamentario prescribe el alcance del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, señalando aquellos eventos o riesgos asegurables que deben encontrarse inmersos en la garantía respectiva, empleando para el efecto un lenguaje que no es limitativo en su enumeración, pero sí obligatorio frente a los riesgos indicados; aunque, a decir verdad, se hace uso de expresiones abstractas y omnicomprensivas, que engloban en su seno la amalgama de situaciones imaginables que pueden atentar contra la integridad y teleología del anticipo contractual:

“El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato”.

En este sentido, de manera preliminar puede aseverarse que el amparo concerniente al buen manejo y correcta inversión del anticipo, por expreso mandato normativo, se circunscribe, en cuanto a riesgos asegurados, a la (i) no inversión, (ii) uso indebido y (iii) la apropiación indebida de los recursos por parte del contratista, mediante la extensión de una suma asegurada que debe corresponder a la totalidad del anticipo entregado (art. 7.2 Decreto 4828), y por el tiempo que transcurra entre el inicio de la vida del contrato, la concreción de su posterior liquidación y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ésta.

De esta forma, podría suponerse, entonces, que las instrucciones impartidas por el Decreto Reglamentario constituyen verdaderas normas imperativas, no sólo por lo ya manifestado en cita anterior de la sentencia del 30 de enero de 2008 del H. Consejo de Estado, sino además, porque de no reunirse todos los ítems arriba referenciados, en la forma exigida por el Decreto 4828, no sólo en cuanto al amparo en comento, sino además en torno a todos los demás demandados por la norma en su artículo cuarto (devolución del pago anticipado, pago de multas, cláusula penal pecuniaria; pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; estabilidad y calidad de la obra; calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados; calidad del servicio; y los demás eventos que la entidad contratante crea deban ser amparados), no podrá iniciarse el desarrollo del objeto contractual, habida cuenta que tanto el segundo inciso²⁰ del

calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”. Art. 7.2 Decreto 4828 de 2008: “Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato”.

20 “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

artículo 40 de la Ley 80 como el artículo 11²¹ del Decreto 4828 son tajantes en erigir a la aprobación de la garantía única de cumplimiento en un requisito de ejecución del contrato estatal.

Empero, no obstante que la anterior conclusión reviste toda la lógica jurídica del caso, máxime por cuanto se trata, ni más ni menos, que de la protección de la integridad patrimonial del Estado colombiano, el H. Consejo de Estado consintió, en un pronunciamiento del 13 de septiembre de 2001, la afectación de pólizas de cumplimiento que no se acomodan, en su totalidad, al molde predispuesto por las normas que rigen la contratación pública, bajo la idea de que el Estado, al aceptar el seguro en las condiciones que le fueron puestas de presente, no le puede trasladar cualquier falencia relativa a dicha decisión a la Aseguradora, sino que asume, voluntariamente, los riesgos derivados de la insuficiencia de la póliza²².

Al respecto, respetuosamente se considera que es factible apartarse de la postura arriba transcrita, ya que analizando la misma desde una perspectiva netamente jurídica, que no de estricta conveniencia patrimonial, no queda más remedio que colegir, ante la imposibilidad de que las partes del contrato de seguro se sustraigan de las condiciones administrativas predeterminadas para los amparos de las pólizas de cumplimiento, que se está en presencia de verdaderas normas con carácter imperativo, cuyo desconocimiento, a la letra de la legislación administrativa y comercial que manda en los contratos de seguro, inclusive en los estatales, no es otra que la nulidad absoluta de las cláusulas contractuales violatorias (arts. 44²³ de la Ley 80 y 899²⁴ del Código de Comercio), la cual debe ser declarada de oficio por parte del Juez de lo contencioso administrativo, con la consecuente anulación de la cláusula respectiva, siempre que en el litigio correspondiente se conozcan aspectos del contrato de seguro, e intervengan todas las partes involucradas en su celebración (art. 306 CPC)²⁵; incluyendo dentro de

del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda”.

21 “Antes del inicio de la ejecución del contrato, la entidad contratante aprobará la garantía, siempre y cuando reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para cada caso”.

22 Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp. No. 17952, CP. Dra. María Elena Giraldo.

23 “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. (...)”.

24 “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa (...)”.

25 Art. 306 del Código de Procedimiento Civil: “(...) Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales

éstas a la entidad contratante, por virtud de la aprobación que imparte a la garantía única de cumplimiento²⁶.

En todo caso, lo que si no puede admitirse es que, so pretexto de conservar una garantía patrimonial para el Estado, así sea menor en comparación con aquellas que son exigidas normativamente, el Juez contencioso administrativo permita la producción de efectos jurídicos a cláusulas contractuales de negocios asegurativos que no se avienen a los estrictos requisitos demandados en el Decreto 4828 de 2008, permitiendo cierta desidia administrativa a la hora de aceptar las herramientas de salvaguarda del cumplimiento que debe esperarse por parte de los contratistas estatales.

2.2. Escenarios en lo que pueden registrarse los siniestros amparados por la cobertura de buen manejo y correcta inversión del anticipo

De acuerdo a lo ya expuesto, respondiendo a la naturaleza pública de los recursos entregados a título de anticipo, el amparo de buen manejo y correcta inversión de este concepto, como su nombre lo indica, pretende asegurar a la entidad estatal contratante contra los riesgos de la (i) no inversión, (ii) uso indebido y (iii) la apropiación indebida de estos recursos por parte del contratista.

2.2.1. Sistema de ocurrencia. Así las cosas, con el fin de determinar cómo y cuándo se entienden registrados los siniestros antes mencionados, que no es otra cosa que clarificar el contexto en el que puede generarse la obligación indemnizatoria de garantía establecida en cabeza de la Aseguradora, como primera medida es forzoso partir de la base de que se está en presencia de un contrato de seguro que opera bajo el **sistema de ocurrencia**, en donde se hace necesario que el riesgo asegurado se estructure dentro del periodo de vigencia fijado legalmente para la póliza; el que, valga la pena recordarlo, respecto del amparo en comento, perdura hasta la liquidación del contrato estatal.

figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción”.

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de septiembre de 2001, Exp. No. 5961, MP. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, citada por Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Exp. No. 25560, CP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar: “Y, finalmente, aun cuando no hubiesen comparecido al litigio todas las partes que intervinieron en la formación del negocio jurídico, si el demandado no propone las excepciones de nulidad o simulación, no obstante lo cual alguna de ellas aparece acreditada en el proceso, incumbe al juez declararla probada de oficio -a menos, claro está, que se refiera a una nulidad relativa, pues ésta siempre debe ser alegada por el demandado-, pero absteniéndose de hacer pronunciamientos distintos a ese, salvo, obviamente, cuando se refiere a una nulidad absoluta que reúna los requisitos previstos en el artículo 2º de la ley 50 de 1936, hipótesis a la que ya se aludió. Se pretende entonces, evitar que el negocio nulo o fraudulento pueda producir efectos, o que alguno de los contratantes pueda sacar provecho de él.”

En efecto, no obstante que bajo los términos del último inciso²⁷ del artículo 1127 del Código de Comercio se pudiese llegar a pesar que los seguros de cumplimiento de contratos estatales son verídicos seguros de responsabilidad civil, en tanto hacen referencia a un tema concerniente a la responsabilidad civil contractual atribuible al contratista, lo cierto es que en los seguros de cumplimiento en general, acorde lo tiene sentado el ordenamiento (v. art. 4.2.1²⁸ Decreto 4828) y la jurisprudencia patria, y a diferencia de lo que acontece en los seguros de responsabilidad civil, el verdadero asegurado no es el contratista incumplido, en quien reside la génesis de los perjuicios patrimoniales, sino el contratante cuyo patrimonio puede verse menoscabado a raíz de la inobservancia obligacional en la que incurre su contraparte contractual:

“Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor –llamado tradicionalmente “afianzado”-, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor –o en general de una causa extraña-, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.

Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura “...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil” (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670).

En el seguro de cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, “...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico” (art. 1083 C.C.), [cas.

27 “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

28 “Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo **cubre a la entidad estatal contratante**, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato” (resaltado no original).

civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo “consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’ (cas. civ. 15 de marzo de 1983” (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se itera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles”²⁹.

Por su parte, en los mismos términos se ha manifestado la doctrina de la Superintendencia Bancaria³⁰ (hoy Superintendencia Financiera), quien a partir de la distinción de la persona que ocupa la posición jurídica del asegurado, marca la diferencia entre los seguros de cumplimiento y de responsabilidad civil:

“Respecto de su última inquietud referida a la posibilidad de amparar bajo un seguro de responsabilidad civil la obligación del contratista, se debe precisar que si bien es cierto, tanto en este seguro como en el de cumplimiento, el objeto lo constituye el cubrimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales imputable al contratista incumplido, esto es, al tomador del seguro, desde el punto de vista del interés asegurable que se protege difiere un seguro respecto del otro.

En efecto, en el seguro de cumplimiento se protege el interés del acreedor, quien ostenta la condición de asegurado, de mantener su integridad patrimonial para el caso en que el deudor (tomador) no satisfaga la obligación; mientras que en el seguro de responsabilidad civil se protege el interés patrimonial del propio tomador en quien recae la condición de asegurado.

En síntesis, el seguro de cumplimiento se emplea como garantía que se otorga a terceros, lo que explica que quien lo contrata por lo general sea el deudor de la obligación en favor de su acreedor; mientras que el de responsabilidad civil es tomado por el mismo acreedor que busca la protección de su patrimonio.

Lo anterior traduciría que en cada caso se imponen los efectos de la contratación de acuerdo con la naturaleza de cada seguro. En tanto que en el seguro de cumplimiento opera la subrogación en favor del asegurador por ministerio de la ley, en el seguro de responsabilidad civil, en la medida en que la indemnización a cargo del asegurador provendría de la responsabilidad directa del asegurado, la subrogación sería inoperante” (v. art. 1099³¹ C.Co).

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2006, Exp. No. 00191, MP. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

30 Superintendencia Bancaria. Concepto No. 2000085295-2 del 30 de mayo de 2001.

31 “El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea

Por consiguiente, no lográndose compaginar el contenido de los tipos aseguraticios de cumplimiento con el de responsabilidad civil, resulta diáfano que al primero de ellos no le es dable extenderle la aplicación de las fórmulas *claims made* (sistema de siniestro ocurrencia junto con reclamación) que el artículo 4³² de la Ley 389 de 1997 contempla para los segundos, de forma tal que, jurídicamente, siguiendo la regla general de los artículos 1054³³ y 1072 C.Co, los seguros de cumplimiento deben acomodarse a los estándares propios del sistema de ocurrencia de los siniestros (se amparan los siniestros acaecidos en vigencia de la póliza y sus renovaciones y modificaciones), máxime cuando, a partir de una interpretación sistemática y finalística de la labor que los anticipos están llamados a cumplir (facilitar el inicio de la ejecución contractual mediante su inversión en este tiempo), junto con las normas que exigen una vigencia de las garantías únicas de cumplimiento hasta la etapa de liquidación de los contratos, resulta razonable prever que las eventualidades relativas a los anticipos, están llamadas a acaecer dentro del periodo vital del acto jurídico bilateral estatal, incluyendo el término atinente a la liquidación de sus cuentas, e, inclusive, el periodo necesario para la observancia de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato; máxime cuando, como se verá con profundidad en los acápite que siguen, los actos administrativos que elevan al mundo jurídico los siniestros son netamente declarativos de los problemas registrados con el anticipo, que no constitutivos, no obstante la denominación legal de Ley 80 de 1993.

2.2.2. El sistema de aseguramiento por ocurrencia frente a los poderes exorbitantes del Estado en la contratación estatal. Pues bien, de acuerdo con la línea

directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado.

Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato”.

- 32 “En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten”.

- 33 “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

argumentativa que se viene trabajando, si la problemática se mirara solamente desde un punto de vista iusprivatista, para el surgimiento de la obligación condicional resarcitoria que posiblemente debe cubrir la Compañía Aseguradora que ha prestado la garantía única de cumplimiento, solamente sería necesario el acaecimiento de cualquiera de los tres riesgos ya mencionados dentro del lapso de vigencia del contrato de seguro.

Sin embargo, el asunto no es tan sencillo como aparenta, pues amén de las dificultades prácticas y probatorias que aparecen a la hora de verificar el momento y las condiciones en las que el contratista no invirtió correctamente el anticipo, o acometió un indebido uso, o se apropió del mismo, debe tenerse muy presente, tal y como se había advertido en los prolegómenos de este documento, que el contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales, sin perder la esencia que le inyecta la regulación comercial, siempre debe leerse en clave de las connotaciones que le son intrínsecas al Estatuto General de Contratación Pública y sus normas complementarias, una de las cuales la constituye, sin duda alguna, la existencia, en varios contratos estatales, muchos de ellos de frecuente utilización, de facultades administrativas unilaterales de dirección, control, vigilancia e intervención del contrato estatal en cabeza del organismo estatal contratante, que muchas veces pueden traducirse en potestades de carácter sancionatorio; todas ellas productoras de un desequilibrio contractual marcadamente favorable para los intereses generales por los que debe propender el Estado (arts. 3³⁴ y 26-1³⁵ Ley 80 de 1993).

En este sentido se manifiesta el Dr. Ramiro Borja Ávila:

“Además de las facultades y las acciones que el derecho común ofrece a los contratantes para asegurarles el cumplimiento de los acuerdos de voluntades, el legislador ha provisto al Estado de otros diversos mecanismos para procurar el cumplimiento de los contratos, en razón de que en estos está involucrado el interés general. Estos medios pueden ser *facultades* o pueden ser *potestades*. Es decir, los mecanismos ofrecidos por el legislador a veces son posibilidades de actuar, o sea constituyen *derechos*, que las entidades estatales tienen la facultad de ejercer o abstenerse de hacerlo; pero en ocasiones tales facultades se presentan como *potestades*, o sea son *derechos* que pueden ejercer pero que al mismo tiempo también son *deberes* (...) En general, el Estado está en el deber y en

34 “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

35 “Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio: 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”.

su derecho de hacer cumplir el objeto contractual y en tal sentido esta es una verdadera potestad de cada entidad. (...)

La dirección general es la facultad que autoriza a la entidad estatal para tener el mejor manejo del contrato, que le permite dar órdenes al contratista todas las veces que lo considere necesario para el mejor suceso del objeto contractual. Lógicamente, el contratista está en el deber de acatarlas. Ambos, Estado y particular contratista, al impartir y acatar las órdenes, respectivamente, deben tener en cuenta los fines de la contratación pública (...) lo cual significa que uno y otro son legalmente responsables de sus actuaciones. (...)

El control sobre la ejecución del contrato consiste en la facultad que tiene la entidad estatal de verificar las condiciones de ejecución, de toda índole, para comprobar que con el cumplimiento del objeto ciertamente quedarán satisfechas las necesidades que se pretendía atender al momento de su celebración. (...) De igual modo, en ejercicio de la facultad de control la entidad tiene la posibilidad de verificar la inadecuada ejecución del contrato y adoptar otro tipo de correctivos, como “*intervenir*” directamente en la ejecución del contrato, para tomar determinadas medidas que tiendan a garantizar la debida ejecución de las obligaciones contractuales. (...)

La facultad de vigilancia le permite a la administración verificar la forma como se ejecuta el contrato, con el fin de establecer si en su desarrollo se está dando cabal cumplimiento, cualitativo y cuantitativo, a las obligaciones contractuales; si la apreciación objetiva de las circunstancias permite deducir que continuará su desarrollo normal; si ha habido incumplimiento; si se han aplicado los correctivos correspondientes; si se han tomado las medidas necesarias para evitar la paralización del contrato. (...)”³⁶.

En este orden de ideas, en desarrollo de las facultades arriba mencionadas, es dable sostener que la entidad estatal contratante cuenta con las herramientas necesarias para detectar, *motu proprio*, las anormalidades que posiblemente puedan registrarse en relación con la gestión que el contratista desarrolle en punto del anticipo entregado, de suerte que, en teoría, no debe ser una problemática desconocida para la Administración la materialización de cualquiera de los tres riesgos amparados bajo la cobertura del buen manejo y correcta inversión del anticipo, menos cuando puede contratar a un tercero que coadyuve en la comentada tarea de vigilancia (contrato de interventoría)³⁷,

36 BORJA ÁVILA, Ramiro. Estudios Jurídicos sobre Contratación Estatal. Biblioteca Jurídica Fernando Hincapié Vol. 1. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, Club de Abogados y Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009, p. 95 y ss.

37 “La entidad puede también contratar los servicios de un particular para realizar la interventoría del contrato, bien, porque la ley así se lo exija, -para los contratos de obra que se hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso (art 32-1 de la Ley 80), bien por decisión de la entidad, -luego de que se certifique la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretenden

y sobre todo cuando, por virtud de las anotadas facultades, puede incluso proceder, de manera unilateral, a la declaratoria de ciertos siniestros asegurados bajo la garantía única de cumplimiento.

2.2.2.1. Competencia de la Administración para la configuración unilateral del siniestro. Ciertamente, sobre el particular es pertinente anotar que la máxima expresión de los poderes estatales indicados, y por ende del decidido favorecimiento a los intereses estatales en las normas de contratación, se encuentra en las llamadas **cláusulas exorbitantes** que se encuentran consagradas en los artículos 14 y 60 de la Ley 80, junto con el 11 y 17 de la Ley 1150, y el 86 de la Ley 1474 de 2011, en punto de las cuales existe una íntima relación con la operatividad de la garantía única de cumplimiento, como quiera que todas ellas se concretan en la expedición de declaraciones de voluntad estatal que, eventualmente, pueden, como efecto jurídico correlativo, elevar al mundo del derecho la cristalización de varios de los siniestros contractuales amparados mediante la mentada garantía. Así se pronuncian las normas referenciadas en los acápites pertinentes.

-Art. 14 de la Ley 80 de 1993: “De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. (...)

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan 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, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios”.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

contratar (parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80)”. Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, MP: Dr. Álvaro Tafur Galvis, citado por BORJA ÁVILA, Op. cit., p. 105.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

-Art. 60 de la Ley 80 de 1993: “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

-Art. 11 de la Ley 1150 de 2007: “La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

-Art. 17 de la Ley 1150 de 2007: “Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de 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. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener 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 podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”.

-Art. 86 Ley 1474 de 2011: “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. 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”.

Siguiendo las anteriores premisas, para entender correctamente la dimensión de estas cláusulas o poderes exorbitantes, y su influjo respecto del funcionamiento del seguro de cumplimiento de contratos estatales, es importante considerar que se está en presencia de competencias administrativas de producción normativa, no sólo por cuanto configuran un poder de imperio³⁸ del Estado frente a los particulares, sino también porque, invariablemente, al tratarse de decisiones unilaterales de la Administración, cuyas consecuencias jurídicas repercuten respecto de la relación contractual estatal, y en frente de sus relaciones accesorias de garantía, siempre van a discurrir por vía de actos administrativos de contenido particular y concreto:

“La entidad contratante, como autoridad administrativa (establecimiento público) es titular de deberes, privilegios y potestades que le otorga el ordenamiento positivo, para asegurar la realización del interés público. Dentro de aquellos está el de proferir decisiones unilaterales mediante las cuales hace efectivos

38 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. No. 21574, CP. Dr. Enrique Gil Botero: “Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces, un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) **que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad**” (resaltado fuera de texto).

derechos derivados de la ley sin necesidad de acudir al juez administrativo y sin perjuicio de que el particular los controvierta por vía gubernativa o ante el juez del contrato. Tal potestad se presenta en desarrollo del privilegio de la decisión previa y de la ejecución de oficio que caracteriza la expresión de voluntad del Estado o de los particulares en ejercicio de función administrativa. Consiste en la facultad de proferir actos jurídicos con el objeto de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sin tener que asistir al juez para ello. El privilegio de la decisión previa permite que la Administración declare sus derechos sin necesidad de dirigirse previamente al juez. El privilegio de la ejecución de oficio nace para la Administración cuando un acto administrativo suyo está en firme y no está sujeto a plazo ni condición, para hacerlo cumplir directamente contra el particular que se resiste”³⁹.

Por consiguiente, por tratarse del ejercicio de poderes estatales, la hermenéutica de las facultades excepcionales contractuales siempre debe tener como norte el consabido principio constitucional de legalidad (arts. 6⁴⁰, 121⁴¹ y 122⁴² CN), institución fundante del Estado Social de Derecho, el cual exige que las actuaciones de los funcionarios públicos discurren, exclusivamente, dentro de los estrictos y precisos parámetros determinados previamente por la Constitución, la ley y el reglamento, de tal forma que por vía de dicha consagración normativa expresa no sólo se consagre un límite negativo a la actuación estatal, so pena de incurrir en una conducta constitutiva de abuso de poder, sino, así mismo, una senda de obligatorio trascurrir para toda manifestación de la actuación estatal, tal cual lo ha dicho la H. Corte Constitucional⁴³.

Ahora, como consecuencia lógica y necesaria del reconocimiento del principio de legalidad, tanto la doctrina, como la ley y la jurisprudencia, han previsto, desde antaño, la existencia de un consabido concepto de primerísima importancia para la materialización del principio constitucional en comento, cual es la llamada **compe-**

39 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2000, Exp. No. 12723, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

40 “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

41 “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

42 “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”

43 Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 2001. MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño: “El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas. (...)”.

tencia, que en palabras del H. Consejo de Estado, parafraseando al Profesor Enrique Sayagués Laso, puede definirse

“(…) como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos; ella determina los límites dentro de los cuales han de moverse unas y otros. En nuestro caso, la competencia de las autoridades administrativas colombianas está delimitada por principios generales de orden constitucional y por disposiciones legales que desarrollan los primeros. En este último caso pueden presentarse dos eventualidades a saber: si la ley indica con exactitud las previsiones que el funcionario o autoridad debe tomar en una situación concreta, se habla de competencia reglada, pero si ella tan solo traza un derrotero general, dejando un margen que permita al organismo o autoridad actuar de forma más o menos libre, entonces la competencia es discrecional”⁴⁴.

En este sentido, con fundamento en lo señalado, y sin necesidad de ahondar más en la extensa jurisprudencia que sobre el tema se elaborado, resulta evidente que el principio de legalidad exige invariablemente que toda expresión del accionar estatal, incluidas obviamente sus manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos (actos administrativos)⁴⁵, imperiosamente deben encontrar su causa y sustento en el preciso tenor en el que las normas positivas han fijado el marco de acción de los funcionarios estatales (competencia), y que de acuerdo a la jurisprudencia contencioso administrativa, para el caso de las autoridades administrativas, puede determinarse a partir de los elementos concurrentes que a continuación se señalan:

“(…) la competencia de los órganos y funcionarios públicos está señalada tanto en la ley como en la constitución. Y ese señalamiento o adscripción de competencias se hace en el ordenamiento jurídico en razón **del asunto o materia, el lugar o el tiempo**; dándose así, como lo precisa la doctrina, la competencia *ratione materiae*, *ratione loci* o *ratione temporis*” (resaltado fuera de texto)⁴⁶.

De ahí entonces que, en el evento en que el funcionario público profiera un acto administrativo sin que concurren coetáneamente los tres factores elementos señalados, el mismo estará ejerciendo la autoridad estatal que le ha sido atribuida en contravía del principio constitucional de legalidad, por cuanto en el escenario propuesto carecerá de competencia para la expedición del respectivo acto, lo cual, sin perjuicio de la responsabilidad jurídica individual que pueda caberle, en los términos del artículo 84 CCA⁴⁷, generará la nulidad del susodicho acto administrativo, y su consecuente

44 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto C-239 del 22 de junio de 1994, CP. Dr. Miguel Viana Patiño.

45 VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Bogotá: Legis, 2004. p. 239.

46 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta (Sala de Conjuces). Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Exp. No. 3033, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

47 “Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

retiro del ordenamiento jurídico. Así se ha pronunciado sobre el punto el H. Consejo de Estado:

“Es claro que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultado para ello y se configura dicha causal de nulidad cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando éste no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)”⁴⁸.

Así las cosas, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, las únicas cláusulas exorbitantes que es dable pactar y aplicar son aquellas que se encuentran taxativa y expresamente señaladas en los artículos 14 y 60 de la Ley 80 de 1993, y hoy en día además en el 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007, y 86 de la Ley 1474 de 2011, lo cual reviste una particular relevancia para el análisis que ocupa la atención de este escrito, en la medida en que se determina, definitiva y taxativamente, las oportunidades con las que cuenta el Estado para intervenir, directamente, en el devenir de la relación contractual asegurada, es decir, en la materia del contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales, así como el contexto dentro del cual puede hacerlo, contrariando aquellas posturas primigenias que defendieron la posibilidad de aceptar la consagración genérica de facultades de intervención estatal en los convenios contractuales⁴⁹.

De ahí entonces, que el escenario en el cual las pólizas de cumplimiento puedan verse afectadas por gracia del ejercicio de los poderes excepciones, debe ser estudiado bajo un prisma interpretativo sumamente estricto, de conformidad con el cual no resulten plausibles, de ningún modo, manifestaciones volitivas del Estado contratante que, por fuera de los linderos trazados por el ordenamiento jurídico, pretendan por sí y ante sí, valiéndose de la presunción de legalidad y del carácter ejecutivo del gozan

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.

48 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 1 de marzo de 2007, Exp. No. 4807-04, CP. Dr. Alberto Arango Mantilla.

49 V.gr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2000, Exp. No. 12723, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2004, Expediente No. 25154, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

los actos administrativos⁵⁰, soslayar la facultad de objeción (art. 1053⁵¹ C.Co) que, de ordinario, les asiste a las Aseguradoras cuando consideran que las reclamaciones presentadas no satisfacen la carga probatoria predeterminada en el artículo 1077⁵² del Estatuto Comercial, cual es una posibilidad permitida para los pronunciamientos administrativos que sí se enmarquen dentro de los parámetros competenciales de las cláusulas excepcionales:

“En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado, ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza. La que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye en favor de la entidad estatal contratante”⁵³.

De esta forma, revisando detenidamente la normatividad atinente a las cláusulas excepcionales, es factible encontrar que sólo cinco de ellas, en su configuración legislativa, merecen un análisis particular, en aras de establecer si por virtud las mismas el ente público contratante, a la par que hace uso de la potestad exorbitante, también,

50 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 22 de febrero de 2002, Exp. No. 12541, CP. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié: “Estando vigente la norma del Acuerdo, a cuyo amparo se adelantó la actuación acusada, la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos mientras no sean suspendidos o anulados por esta jurisdicción competente, impone su consecuente obligatoriedad, puesto que si el administrado estima que ella es violatoria de un ordenamiento superior puede adelantar en su contra la correspondiente acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A”.

51 “La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: (...) 3) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

52 “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

53 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2009, Exp. No. 24609, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

como consecuencia de ello, pueda estructurar, directa, obligatoria y coactivamente, como lo haría en Juez de la República en las polémicas civiles y comerciales, la existencia de los siniestros amparados por virtud del seguro de cumplimiento, y particularmente, del amparo de la garantía y buen manejo del anticipo: (i) la caducidad administrativa, (ii) las multas contractuales, (iii) la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la (iv) liquidación unilateral de los contratos, y (v) la facultad de declarar incumplimientos y tasar sus perjuicios.

2.2.2.2. En relación con las multas contractuales y la cláusula penal pecuniaria, plasmadas en el ya citado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, de entrada es válido sostener que al amparo de las potestades excepcionales que abren la puerta para su imposición unilateral no resulta válido afectar, paralelamente, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues aunque las eventualidades cobijadas por esta cobertura pueden encontrar asidero en los supuestos fácticos contemplados para la procedibilidad de las multas⁵⁴ (sanciones monetarias al contratista) y la cláusula penal pecuniaria (como estimación anticipada de perjuicios⁵⁵), toda vez que un mal manejo o una apropiación indebida del anticipo sin duda repercute en un incumplimiento contractual, lo cierto es que la garantía única de cumplimiento, al tenor de lo dispuesto por el Decreto 4828, prevé en su artículo 4.2.3⁵⁶ un amparo diferenciado y único para asegurar los montos concernientes al pago de las multas y de la cláusula penal, cuyo contenido y operatividad no puede confundirse con ningún otro amparo, incluyendo, claro está, el relativo a los anticipos contractuales, respecto

54 V. art. 17 Ley 1150 de 2007 y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de octubre de 2005, Exp. No. 15011, CP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar: “De tal providencia se extrae entonces, que la multa es la previsión contractual según la cual, en el evento de incumplimiento parcial o de mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, acaecidas dentro del plazo previsto para la ejecución del contrato, éste se hará acreedor a una sanción de tipo pecuniario por parte de la administración, con miras a constreñirlo o conminarlo, hasta que cumpla”.

55 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Exp. No. 17009, CP. Dr. Enrique Gil Botero: “No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio”.

56 “Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá 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 son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado”.

del cual no puede existir afectación para sufragar los valores que ya fueron garantizados mediante los restantes amparos (art. 15.1⁵⁷ Decreto 4828).

2.2.2.3. Facultad de declarar los incumplimientos y cuantificar sus perjuicios.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dentro de las varias novedades introducidas por este nuevo cuerpo normativo, conocido coloquialmente como “Estatuto Anticorrupción”, establece un nuevo mecanismo para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, el cual constituye el procedimiento oral y expedito⁵⁸ bajo el que, en teoría, y a partir de la vigencia de dicha ley, se declararía el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro, haciéndose efectivo el amparo de anticipo.

Pues bien, a manera de síntesis, vale la pena destacar los principales elementos de esta norma, así:

1. Implementa la realización de una audiencia, a la que se cita al contratista y al garante cuando se evidencia un posible incumplimiento.
2. La audiencia se realiza ante la misma entidad contratante.
3. En desarrollo de la audiencia, la entidad contratante puede declarar el incumplimiento del contrato, y por lo mismo afectar la póliza de cumplimiento y en especial el amparo de buen manejo del anticipo.
4. Así mismo, la entidad puede imponer sanciones y multas al contratista.
5. Además, la entidad cuantifica en ese mismo momento los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato.
6. El contratista y el garante pueden intervenir en la audiencia, presentar descargos y solicitar la práctica de pruebas.

57 “Amparos. El objeto de cada uno de los amparos deberá corresponder a aquel definido en el artículo 4° del presente decreto.

Los amparos de la póliza serán independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal contratante asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros. Estos no son acumulables y son excluyentes entre sí”.

58 Secretaría del Senado. Gaceta del Congreso No. 607, del 7 de septiembre de 2010, Proyecto de Ley No. 142 de 2010 -Senado de la República, presentado por el Ministerio del Interior y de Justicia, p. 23: “B. En segundo lugar, no existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento” (<http://www.secretariasenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>).

7. Contra la decisión que tome la entidad durante la audiencia, sólo procede el recurso de reposición ante la misma entidad, y se resuelve de manea inmediata.

Así entonces, de entrada se hace necesario destacar que, reiterando la sana postura cristalizada con la consagración legal en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, del debido proceso administrativo como principio rector de la actividad sancionatoria contractual del Estado –lo cual igual podía colegirse de la sola redacción del artículo 29⁵⁹ constitucional⁶⁰- la norma arriba transcrita permite, desde el mismo momento en que se da inicio al trámite oral, la participación de la Aseguradora que ha otorgado la garantía única de cumplimiento, con plenas facultades de intervención y contradicción; cual es una modificación que resulta de la mayor importancia, si se tiene en cuenta que, en la práctica administrativa, no obstante la claridad del texto constitucional, el garante no era vinculado oficiosamente por el ente estatal, al proceso de declaratoria de incumplimiento, antes de que se expidiera el acto administrativo en el que la entidad declaraba el quebrantamiento obligacional contractual, y ordenaba hacer efectiva la Póliza correspondiente.

Por otra parte, es importante hacer énfasis en que la norma en comentario establece una nueva facultad exorbitante para la Administración, puesto que le otorga competencia material a la misma entidad contratante, para declarar el incumplimiento del contrato y cuantificar de manera unilateral los perjuicios causados por dicho incumplimiento, **sin que necesariamente el supuesto fáctico de la inobservancia**

59 “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

60 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011, Exp. No. 20917, CP. Dr. Enrique Gil Botero: “En conclusión, se reitera que el debido proceso rige en las actuaciones administrativas contractuales por disposición constitucional –art. 29-, de allí que el art. 17 debe apreciarse como un impulso, exhortación y respaldo que el legislador le ofrece para que, sin más demora, se introduzca con toda la fuerza en este ámbito del derecho administrativo, que históricamente ha sido reacio a protegerlo sin condiciones especiales. Así, las dudas que injustificadamente mantienen algunos, sobre la necesidad de aplicar este derecho en materia contractual, quedaron despejadas. (...) es indiscutible que el debido proceso también aplicaba a la actuación que adelantó la administración para declarar el siniestro de la póliza”.

contractual imputable al contratista deba enmarcarse en las hipótesis previstas para la viabilidad de las multas, caducidad y efectividad de la cláusula penal; a través de una decisión que, dicho sea de paso, no tiene recurso de alzada, sino únicamente recurso de reposición, que, acorde al texto legal, es decidido por la misma entidad y durante la misma audiencia.

Es decir, para que la Administración, *motu proprio*, con la fuerza vinculante propia de un verdadero acto administrativo, pueda, por sí y ante sí, darle vida jurídica a una situación constitutiva de responsabilidad contractual atribuible al contratista, ya no es menester que el haz fáctico que estructura el incumplimiento revista la gravedad propia que caracteriza a la caducidad contractual, o amerite la imposición de multas o contractuales, o se pondere con el exclusivo propósito de materializar la cláusula penal convenida, habida cuenta que la redacción general y abierta que ofrece el mentado artículo 86, permite inferir que cualquier incumplimiento pueda ser decretado y tasado directamente, conforme los parámetros sustanciales y procesales de dicha norma; lo cual, en principio, cobija las eventualidades amparadas en relación con el manejo e inversión del anticipo entregado.

Ahora bien, sobre el particular, resulta pertinente aclarar que, aunque desde el punto de vista de la cuantificación del perjuicio, la norma no parecer ofrecer mayores criterios para su concreción, el tenor de los literales b)⁶¹ y d)⁶² del artículo, parecen insinuar que la entidad debe manifestar los supuestos fácticos que sustentan el perjuicio que alega causado, lo cual implica poner de presente los elementos de juicio que determinan su cuantificación, y que el contratista y el garante pueden probar en contrario.

En esta medida, la nueva regulación podría generar una conveniente oposición a la jurisprudencia que, en épocas pretéritas, ha desarrollado el H. Consejo de Estado, bajo la cual se ha dicho que la entidad estatal no tiene la carga de probar la ocurrencia o cuantía del perjuicio, por la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo. Al respecto, se ha dicho, por ejemplo, lo siguiente:

61 “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;”.

62 “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”.

“No puede olvidarse que la liquidación unilateral de un contrato conforma un acto administrativo que, como tal, está amparado con las presunciones de legalidad y veracidad; precisiones que le imponen al interesado en su nulidad la alegación de la violación legal y la carga de la prueba de que dicho acto no se ajusta a la realidad”⁶³.

Así las cosas, si bien la presunción de legalidad del acto que declare la causación y cuantificación de los perjuicios seguirá incólume, una vez quede ejecutoriado, la implementación de un procedimiento en el cual se debaten los fundamentos de hecho de tales perjuicios, y se le permite al contratista y al garante debatirlos, necesariamente implica mayores límites a la libertad de la Administración en este aspecto, en tanto una interpretación del texto legal examinado, bajo la égida de la configuración constitucional del debido proceso administrativo, encierra la insoslayable necesidad de que el Estado funde debidamente, mediante pruebas conducentes e idóneas, la valoración del daño antijurídico que le ha sido irrogado, brindando la oportunidad suficiente al contratista y a la Aseguradora para que controviertan dichos medios de convicción; de tal suerte que el sentido final que, en punto de la valoración del perjuicio, emita la entidad estatal correspondiente no resulte siendo fruto de su íntima convicción o de su mera posición jurídica privilegiada, sino, por el contrario, de un estudio y debates juiciosos sobre el tópico.

Sin embargo, no obstante las innegables bondades que la norma apareja para todos los involucrados en el tema contractual estatal, según acaba de verse, a la hora de aterrizar la cristalización de la institución en comento, en punto del buen manejo y debida inversión del anticipo, la norma, a menos que la Administración cuente con medios de convicción que indiquen indubitablemente la existencia y cuantía del siniestro, se puede topar con un obstáculo de orden práctico, que puede impedir su ejecución antes de pasar a la etapa de liquidación del contrato.

En efecto, salvo aquellos eventos en los que la Entidad estatal acceda a elementos de juicio que permitan colegir la existencia y magnitud del daño causado por el contratista que ha incumplido con el manejo y buena inversión del anticipo, dado que uno de los caracteres esenciales del anticipo, tal cual se ha explicado en párrafos anteriores, es la amortización que debe registrarse del mismo, a medida que el contratista vaya desarrollando el objeto contractual y generando créditos a su favor, materialmente será difícil para la Administración establecer el monto del anticipo que se ha amortizado o no, que es lo mismo que fijar la entidad del siniestro, hasta tanto se tenga certeza de dicha circunstancia (aun así existan indicios desde antes); lo cual sólo se logra cuando, una vez finiquitado el periodo contractual, se procede a realizar un corte de cuentas entre las obligaciones recíprocas existentes entre las partes contractuales, cual es una circunstancia que se materializa, acorde a lo que se explica en el capítulo siguiente, con la liquidación del contrato.

63 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 1990, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

En tal virtud, aunque la normatividad que gobierna la materia no lo prescriba de manera explícita, el orden lógico y razonable de la cuestión, así como la imperiosa necesidad de que la Administración garantice el derecho de contradicción, y establezca seriamente los fundamentos de hecho de sus decisiones, inexorablemente fuerzan al ente estatal contratante –se insiste, a menos que milite prueba certera en contrario–, a aguardar la etapa de liquidación del contrato, con miras a estructurar una base fáctica plausible del tamaño que, en tratándose del anticipo, el contratista le ha irrogado al patrimonio público.

Por supuesto, si dentro del caso concreto, aún antes del periodo de liquidación contractual, ya la Administración, dentro de labor de supervisión del contrato, logra determinar los incumplimientos contractuales amparados relativos al anticipo, y la entidad del detrimento al patrimonio público, nada obsta para que, sometidos tales medios probatorios a la controversia de los interesados (preferentemente contratista y garante), se proceda directamente a declarar el incumplimiento, y a afectar la garantía única de cumplimiento.

2.2.2.4. Frente a la liquidación unilateral de los contratos. Incluso si finiquitando las cuentas del contrato, después de su finalización, se detecta que el contratista debe restituir el valor del anticipo no amortizado, tampoco resultaría viable recurrir a la figura exorbitante de la liquidación unilateral para que, existiendo dicha obligación y registrándose su posterior incumplimiento, se proceda directamente, vía acto administrativo, a la afectación del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, más allá de que en algunas oportunidades el H. Consejo de Estado, la Administración Pública y algún sector de la doctrina no le hayan encontrado mayores reparos a esta común práctica administrativa⁶⁴:

Sobre el particular, es importante acotar que la liquidación de los contratos, ora entendida como facultad unilateral del Estado, ora en su faceta de acto jurídico bilateral, e incluso como facultad judicial⁶⁵, se circunscribe, en pocas palabras, al establecimiento

64 Véase por ejemplo: MALLANA, Op. cit., p. 856; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2003, Exp. No. 16718, CP. Dr. Germán Rodríguez; y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 5 de noviembre de 1998, Exp. No. 14367, CP. Dr. Daniel Suárez Hernández.

65 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. No. 15239, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez: “Como es bien sabido, la liquidación de los contratos de la Administración pueden revestir alguna de las siguientes modalidades: bilateral, unilateral o judicial. Liquidación bilateral, corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional. (...) . Liquidación unilateral, la cual, como su nombre lo indica, no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para

del "(...) *balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto*"⁶⁶. Por consiguiente, con base en el ya comentado principio de legalidad de la función pública, si se habla de la liquidación unilateral, y en todo caso teniendo presente la esencia de la figura, para los demás casos de liquidaciones contractuales, la concreción de la figura en cuestión por los sujetos contractuales pertinentes, se limita a la fijación de las obligaciones insolutas que quedan a cargo de las partes después de fenecido el vínculo contractual que las unía.

Así entonces, independientemente de si el contratista incurrió en alguna de las conductas amparadas por el amparo asegurador concerniente al anticipo, o de si sencillamente debe retornar la porción no amortizada del mismo, lo máximo que puede consagrarse en el acta de liquidación es la existencia de la obligación de devolución de las sumas correspondientes, sin que, bajo la sombra de este documento, y so pena de atentar contra la legalidad de la declaración de voluntad liquidataria, se pueda declarar incumplimiento contractual alguno, ni menos determinar cargas obligacionales en cabeza de quienes no fueron parte integrante del contrato estatal, tal y como acontece con la Aseguradora que ha expedido la garantía única de cumplimiento.

Ahora bien, considerando que las liquidaciones contractuales prestan mérito ejecutivo⁶⁷, dado el carácter de ejecutividad de los actos administrativos⁶⁸, cuando se configure la firmeza del acta de liquidación unilateral o judicial, o cuando se cristalice

esos casos por la ley; (...) Liquidación judicial, es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas".

66 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. No. 15239, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

67 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. No. 25021, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez: "En desarrollo de esta segunda alternativa, la ley no limita de manera alguna a la Administración para que, según sus propias previsiones y cálculos contables, se pronuncie y resuelva sobre todos aquellos aspectos tendientes a liquidar el contrato y por consiguiente finiquitar con ello la relación negocial existente entre las partes. Entre esos aspectos a liquidar estará contenido, si la Administración lo considera procedente, el del restablecimiento del equilibrio económico en la forma que crea que se ajusta a la realidad, en un intento por desatar todos los conceptos por definir entre los contratantes.

Y esta decisión, que proviene de la voluntad unilateralmente manifestada por la Administración y que tiende a extinguir una situación jurídica creada, es un acto administrativo, susceptible de impugnación tanto en sede administrativa a través del recurso de reposición, como ante esta jurisdicción mediante la acción de controversias contractuales, pero que mientras esté vigente se halla investido de la presunción de legalidad y es obligatorio, al punto que de contemplar obligaciones económicas a cargo del contratista, presta mérito ejecutivo para su cobro".

68 "Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".

el convenio sobre la materia, se entiende, salvo que las partes hayan pactado plazos, que se estructura la exigibilidad de las prestaciones reconocidas a cargo del contratista, sin que, por virtud de la naturaleza ejecutiva de la liquidación, sea necesaria la constitución en mora de éste.

Empero, si el contratista, en la etapa subsiguiente a la liquidación, no cancela el préstamo otorgado a título de anticipo, lo cual materializa un clarísimo incumplimiento al contenido del corte del balance de cuentas, el Estado, a partir del advenimiento de la Ley 1474 de 2011, podrá declarar la existencia de dicha situación mediante la expedición de un acto administrativo que verse sobre el particular, ya que, sin duda alguna, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del acta de liquidación configura una evidencia responsabilidad contractual imputable al contratista, conllevando al nacimiento de la obligación indemnizatoria surgida a cargo de la Compañía Aseguradora correspondiente que ha extendido la vigencia del seguro para cubrir las obligaciones *post contractuales*⁶⁹, en razón a que, ante la existencia de una norma legal expresa que lo autorice para ello (art. 86 Ley 1474 de 2011), se encuentra ahora dotado de competencia material para revestir a la existencia de esta problemática con el carácter coercible, obligatorio y la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos.

Por este motivo, y contrario a lo acontecía antes de las novedades introducidas por la Ley 1474, se disipa cualquier duda en torno a la juridicidad del art. 14.3 del Decreto 4828 de 2008, pues siendo ésta una norma de estirpe reglamentaria, no podía haber consentido, sin la otrora inexistente posibilidad de declarar los incumplimientos reconocida en la Ley 1474, que, por fuera de los casos de quebrantamiento contractual relativos a las multas, la caducidad administrativa, y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, que eran los taxativos casos de inobservancia obligacional permitidos por las leyes 80 y 1150 para el ejercicio de potestades exorbitantes que impliquen el reconocimiento unilateral de un incumplimiento del contratista, y la consecuente afectación directa del seguro de cumplimiento, el ente estatal contratante profiera “(...) *el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida*⁷⁰ *o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. (...)*”.

En este sentido, con base en el denominado “Estatuto Anticorrupción”, podrá nacer al mundo jurídico un acto administrativo que establezca, con posterioridad a la fijación del carácter definitivo de la liquidación contractual, y ante la mora del contratista en retornar los montos atinentes al anticipo que fueron reconocidos en el corte

69 Art. 60 inciso final Ley 80 de 1993: “Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

70 Aquí cabe el monto no recuperado de los anticipos contractuales

de cuentas, cualquiera de los siniestros asegurados bajo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y la subsiguiente obligación de indemnizar para la Compañía Aseguradora; lo cual necesariamente debe traducirse en la construcción de un título ejecutivo complejo que permita la ejecución de las obligaciones resarcitorias a las que se ha comprometido la Compañía de Seguros.

En efecto, si por su misma naturaleza, en el acta de liquidación no puede incluirse ninguna prestación referente a la Aseguradora (menos en tratándose de obligaciones posteriores a la liquidación que se encuentren amparadas), necesariamente se requiere que, ante la no satisfacción de las prestaciones contractuales reconocidas en la liquidación, la Administración declare el incumplimiento del contratista y el nacimiento de las obligaciones derivadas de la póliza, echando mano de la facultad general consagrada en el varias veces mencionado art. 86 de la Ley 1474 de 2011; de tal suerte que, mediante el pronunciamiento administrativo allí previsto, se entrone a los ojos del derecho el incumplimiento del contratista estatal, y se estructure correctamente el título ejecutivo complejo contenido de la obligación de pago a cargo del asegurador; el cual, por las razones anotadas, y en tratándose de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, no podrá derivarse de la mera liquidación y la Póliza, como lo dispone el primer inciso del artículo 68⁷¹ del Código Contencioso Administrativo, en su cuarto numeral.

2.2.2.5. En cuanto a la caducidad. Esta institución encuentra su sustento legal en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, el cual reza:

“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual **si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.**”

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

71 “Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible los siguientes documentos: (...) 4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso”.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento” (resaltado no original).

Pues bien, si los incumplimientos contractuales relativos al anticipo revisten una entidad y gravedad tales que pueden atentar contra el correcto devenir del objeto contractual, nada obsta para que la entidad estatal contratante, si así lo considera necesario, proceda a la declaratoria de caducidad del contrato por estos motivos, lo cual, según las voces del inciso final de la norma ya citada, y del artículo 14.2⁷² del Decreto 4828 de 2008, constituye el siniestro de incumplimiento amparado por la Póliza, no obstante que, existiendo este acto administrativo que definitivamente sí vincula a la Aseguradora, pueda igualmente ser menester aguardar hasta la liquidación del contrato para conocer la verdadera magnitud de la pérdida patrimonial tocante al anticipo entregado.

2.2.2.6. Naturaleza constitutiva de los actos administrativos que pueden declarar los siniestros atinentes al anticipo y el sistema de ocurrencia de la póliza de cumplimiento. Observando lo señalado en punto de la caducidad administrativa, resulta válido cuestionar si la estirpe constitutiva del acto administrativo, en lo que al siniestro asegurado se refiere, implica que, operando el seguro de cumplimiento de contratos estatales bajo el sistema de ocurrencia, el nacimiento y ejecutoriedad de dicho acto debe aclararse en vigencia de la póliza, en la medida en que este sistema propende, exactamente, por la operatividad de la cobertura en torno de siniestros acaecidos al interior del tiempo vital del seguro.

Frente a este tema, la posición del H. Consejo de Estado en varias de sus providencias ha sido la de considerar que no basta, simplemente, con la configuración fáctica del riesgo amparado para que pueda entenderse, jurídicamente, que se ha estructurado el siniestro del cual pende la prestación pecuniaria que, con fines de indemnización, debe asumir la Aseguradora. Para que a la luz del seguro de cumplimiento de contratos estatales pueda hablarse certeramente de la realización del siniestro, al artículo 1072 del Estatuto Comercial debe aunarse las previsiones propias de las normas de contratación públicas, las cuales son diáfanas al contemplar una relación existencial indisoluble entre el acaecimiento del siniestro pertinente y su inclusión dentro del pronunciamiento administrativo que así lo declara, cuya producción de efectos jurídicos se encuentra condicionada a la firmeza de su contenido⁷³.

72 “En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro”.

73 Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. No. 24609, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

En consecuencia, si se aplicaran desprevenidamente estas formulaciones jurisdiccionales, forzosamente habría que concluir, bajo la égida del sistema de ocurrencia, que como el acto administrativo que declara la caducidad constituye el siniestro, toda vez que su firmeza se erige en la condición suspensiva de las obligaciones de pago del Asegurador, inexorablemente la decisión administrativa debe quedar consolidada, en sede gubernativa, dentro del término de vigencia del contrato de seguro, so pena de que el mismo no cobije la situación jurídica creada por el Estado.

Sin embargo, en relación a esta postura, resulta plausible anotar que, en punto de los siniestros, el carácter constitutivo del acto administrativo reviste toda la razonabilidad y lógica del caso, si y solo si se tiene en cuenta que, precisamente, la exorbitancia prescrita a favor de la Administración reside en la posibilidad de **afirmar jurídicamente** la materialización del riesgo amparado, sin necesidad de acudir a la autoridad jurisdiccional competente, y mediante una expresión volitiva respecto de la que se presume su conformidad con el ordenamiento jurídico y su connotación ejecutiva⁷⁴, de manera tal que sus alegaciones gozarán de la misma presunción de veracidad que le puede dar un Juez a sus decisiones.

Es decir, cuando el ordenamiento contractual estatal emplea la expresión “constitutivo”, contrario a lo sentado por las sentencias antes transcritas, no se pretende invitar a una confusión entre los supuestos edificantes del incumplimiento contractual y el pronunciamiento de la Administración, sino destacar que ésta, por virtud de la comentada exorbitancia, unilateralmente puede considerar que es jurídicamente cierto, sin que pueda oponérsele la opinión de un tercero, que se ha registrado una inobservancia obligacional imputable al contratista, y que la misma se encuentra asegurada por la garantía única de cumplimiento; lo que no podría acontecer si se tratara de sujetos particulares, habida cuenta que éstos, por más que insistan en que se ha cristalizado el siniestro, no pueden dotar a sus alegatos del carácter constitutivo que sólo es dable reconocer, en un escenario gobernado por el derecho privado, a un Juez de la República.

Por ello, no puede perderse de vista, acorde lo ha aseverado la misma jurisprudencia contencioso administrativa, que los supuestos fácticos que dan vida al siniestro deben ser claramente diferenciados de la firmeza del acto administrativo que en clave del mundo del derecho los eleva a la categoría de verdaderos (los constituye jurídicamente); de

74 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, Exp. No. 22511, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez: “Y cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, está previsto en la ley que como ella está privilegiada con la decisión previa, es decir que para el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador, puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria. Es por esto que cuando el Estado declara la obligación de indemnización del asegurador, ello equivale a la reclamación extrajudicial por vía administrativa”.

suerte que sólo los primeros, en tanto son los elementos fácticos integrantes de los riesgos asegurados (pérdida patrimonial), que es lo que verdaderamente se ampara (no si la Administración opta o no por hacer uso de las cláusulas exorbitantes), deben acaecer en vigencia de la póliza, así el acto administrativo se expida y adquiera firmeza por fuera del lapso vital del contrato asegurativo:

“La vigencia de la póliza es el período dentro del cual el asegurador si ocurre o se da el riesgo o hecho garantizado debe responder, si es que surge su responsabilidad del contrato de seguro; la vigencia de la póliza, marca entonces el tiempo dentro del cual si ocurre el hecho garantizado podría ocasionarle a aquel, responsabilidad de indemnizar. Podría decirse de otro modo, si el hecho o el riesgo asegurado ocurre o se da, dentro del primero o último minuto de vigencia de la garantía, en principio, el asegurador debe responder. Cuando la administración declara la existencia del siniestro u ocurrencia del riesgo asegurado, concluye que se dio o ocurrieron antecedentes precavidos en el contrato de seguro del que es beneficiario; no significa que el acto jurídico que declara la existencia del siniestro hace que en la vida jurídica el siniestro sé dé en ese momento; lo que ocurre es, que previo a proferir ese acto jurídico, el riesgo asegurado ha acaecido; la ocurrencia del siniestro es en lógica, anterior al acto que reconoce su ocurrencia. Recuérdesse, por otra parte, que el riesgo es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurador o beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador (art 1.054 C. de Co.) y que se entiende ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado (art 1.131 *ibídem*)”⁷⁵.

2.2.2.7. Responsabilidad Fiscal. Ahora bien, considerando que la doctrina ha indicado que el contratista, en lo referente a la administración del anticipo contractual, desarrolla una tarea propia de la denominada gestión fiscal⁷⁶, dada la naturaleza pública de los recursos entregados por el ente estatal contratante, resulta factible imaginar que ante cualquier eventualidad sobre la materia, la Contraloría General de la República o las Contralorías Departamentales o Distritales, según el caso, puedan iniciar en contra del particular contratista un proceso de responsabilidad fiscal en los términos de las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 (arts. 97 y ss, procedimiento oral); al cual, por

75 *Ibídem*.

76 Art. 3 de la Ley 610 de 2000: “Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

causa del artículo 44⁷⁷ de este cuerpo normativo, pueden vincular a la Aseguradora que ha prestado la garantía única de cumplimiento, a efectos de afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, con miras a la restitución del pecunio público.

Al respecto así se expresa el Doctor Uriel Alberto Amaya:

“La característica fundamental del anticipo es que este es un recurso público (...) En este caso, se trata de un recurso público administrado contractualmente por un particular contratista, dentro de las específicas condiciones contractuales pactadas y sujeto a vigilancia por parte de la Administración, la cual implica la supervisión y autorización de los gastos con cargo a él; su disposición en una cuenta especial para cuya disposición debe injerir normalmente el interventor; y además debe estar amparado por una garantía que cubra su buen manejo.

Si el contratista llegare a apropiarse de tales recursos quedaría incurso en una responsabilidad fiscal, dada la naturaleza del *anticipo* como *recurso público*, y la condición de *administrador* que sobre tales recursos tiene el contratista (gestión fiscal). Claro está, si la entidad pública reclama la reparación a través de la póliza de seguros, el daño se subsana y desaparece la responsabilidad fiscal de este particular-contratista, trasladándose a favor de la compañía de seguros que adquiere la facultad de repetir por vía civil en contra de aquél”⁷⁸.

2.2.2.8. Posibilidad de acudir a la jurisdicción coactiva cuando es posible constituir el siniestro relativo al anticipo vía acto administrativo. Por virtud del advenimiento del artículo 75⁷⁹ de la Ley 80 de 1993, el H. Consejo de Estado ha considerado que, no obstante los poderes exorbitantes establecidos en el Estatuto General de Contratación Pública, el ente estatal contratante no puede ejecutar directamente los actos administrativos y demás documentos (contrato estatal, póliza, etc.) integrantes del título ejecutivo complejo, bajo el entendido que la norma legal mencionada le atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en todos los casos, el conocimiento exclusivo de los trámites ejecutivos concernientes a los contratos estatales gobernados por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias:

77 “Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella”.

78 AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 254-255.

79 “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo. (...)”.

“De modo que la derogatoria ocurrida [refiriéndose al numeral 4 del artículo 68 CCA], según lo entendió entonces la Sala, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4° del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la Ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que sí quedó derogado fue el hecho de que dicho acto preste mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la Ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa”⁸⁰.

Sin embargo, con base en lo consagrado en el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, puede asegurarse que, hoy en día, se ha reinstalado la posibilidad de acudir a la jurisdicción coactiva para el cobro de los títulos ejecutivos contractuales, habida cuenta que esta norma dispuso la competencia general sobre la materia a todas las entidades del Estado que deban recaudar cartera, salvo las excepciones señaladas en la norma⁸¹.

80 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2005, Exp. No. 13599, CP. Dr. Alier Hernández Enríquez.

81 “Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

Parágrafo 1°. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad.

Parágrafo 2°. Los representantes legales de las entidades a que hace referencia el presente artículo, para efectos de dar por terminados los procesos de cobro coactivo y proceder a su archivo, quedan facultados para dar aplicación a los incisos 1° y 2° del artículo 820 del Estatuto Tributario.

Parágrafo 3°. Las Administradoras de Régimen de Prima Media con Prestación Definida seguirán ejerciendo la facultad de cobro coactivo que les fue otorgada por la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias”.

3. LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO FRENTE AL MECANISMO DE GARANTÍA FIDUCIARIA DEL ANTICIPO

El nuevo Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, introdujo cambios de gran relevancia en la aplicación práctica del amparo de anticipo en los seguros de cumplimiento de contratos estatales, que ofrecen soluciones en algunos aspectos que solían ser problemáticos, pero que también ponen en duda la utilidad de dicho amparo.

En efecto, a través de la implementación de un nuevo mecanismo para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011), y mediante la institucionalización de la figura de fiducias o patrimonios autónomos irrevocables para el manejo de los recursos que el contratista reciba como anticipo (Artículo 91 de la Ley 1474 de 2011), la ley en mención permite, por una parte, que la Aseguradora adquiera un papel de mayor relevancia frente a la declaratoria de incumplimiento e imposición de sanciones, mientras que, por otra parte, establece una carga para el contratista de transferir el dominio sobre los dineros que se le entregan como anticipo, disminuyendo o prácticamente eliminando los riesgos propios del manejo de tal anticipo y, por lo mismo, minando la necesidad de trasladar dichos riesgos mediante la adquisición de una cobertura aseguradora.

Habiendo ya examinado lo pertinente a la declaratoria de cumplimiento, se hace ahora necesario evaluar lo pertinente al nuevo mecanismo de garantía fiduciario, establecido legalmente para el buen manejo y correcta inversión del anticipo:

Dice el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, que

“En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía”.

Dicha disposición parecería implicar que, bajo el nuevo régimen, el contratista está obligado a transferir el dominio y la administración de los dineros que el Estado le entrega a manera de anticipo. Sin embargo, ello contrariaría la naturaleza del anticipo y las normas que regulan la fiducia pública, como se pasa a explicar:

Por una parte, es importante reiterar que, tal como se dijo en un capítulo anterior anterior, bajo el régimen que rige la materia, el anticipo es un préstamo que la entidad le otorga al contratista y que, como tal, dicho rubro conserva su naturaleza de recurso público. Por consiguiente, en tratándose de fiducias públicas, en las que se ven envueltas recursos de la misma estirpe, es importante recordar lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que dispone al respecto lo siguiente:

“La fiducia que se autoriza para el sector público en esta Ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta Ley”.

Bajo los aspectos mencionados, la norma que introduce el nuevo Estatuto Anticorrupción genera varios asuntos problemáticos, que merecen análisis:

En primer lugar, es importante mencionar que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 parece referirse a un verdadero contrato de fiducia, en el que se transfiere el dominio del bien fideicomitido, teniendo en cuenta que se habla incluso de la creación de un patrimonio autónomo. Ahora, dicha norma establece que es el contratista quien debe constituir la fiducia o el patrimonio público con el dinero entregado a modo de anticipo, y esto en la práctica puede llegar a ser imposible, teniendo en cuenta que el dinero del anticipo es de propiedad del Estado, quien, como se ha venido diciendo, lo entrega en préstamo al contratista, sin transferir el dominio. Por lo mismo, no se entiende cómo pueda ser el contratista quien transfiera a un patrimonio autónomo o fiducia, un dinero cuya titularidad es de la entidad contratante, entidad que, al parecer, no hace parte del contrato de fiducia en los términos de la norma que se analiza.

Desde este punto de vista, es factible considerar, de acuerdo con lo que ha quedado establecido sobre la titularidad del dinero que constituye el anticipo, que la aplicación de la nueva norma podría resultar imposible, porque impone al contratista la celebración de un acto jurídico que no está en capacidad de celebrar, a menos que lo hiciera en nombre y representación de la entidad contratante.

Sin embargo, incluso si el contratista pudiera ejercer la representación de la entidad pública contratante, la celebración del contrato que se establece en este artículo, contraría la esencia del ya mencionado artículo 32 de la ley 80 de 1993, y los principios de transparencia y de conservación del patrimonio público que esta norma encarna, los cuales prohíben, de manera expresa, la celebración de contratos de fiducia que trasladen la propiedad sobre el bien público fideicomitido, de manera que estaría proscrita la creación de un patrimonio autónomo al que se le transfiera la propiedad del bien, que en este caso sería el dinero entregado como anticipo.

A manera de ejemplo, baste con traer a colación lo manifestado por un reconocido laudo en cuanto al contenido del artículo arriba mencionado:

“De la lectura de la disposición (...) se concluye, sin lugar a dudas, que antes que definir y señalar las diferencias entre las figuras de encargo fiduciario y de fiducia pública, lo que se hizo fue establecer restricciones y limitaciones a ambos negocios, al punto de asimilarlos materialmente (...). Al desnaturalizarse el

contrato de fiducia, **la figura consagrada por la Ley 80 de 1993 como “fiducia pública” deviene en un encargo fiduciario**⁸² (resaltado no original).

En igual sentido, el reconocido tratadista Sergio Rodríguez Azuero aseveró:

“Lo primero que puede afirmarse es que la consagración legal optó por desnaturalizar la figura al excluir la posibilidad de que por el negocio fiduciario se transfirieran bienes públicos en propiedad y, por ende, se constituyera un patrimonio autónomo. Con ello se privó a la figura de sus notas esenciales frente a la noción de la fiducia mercantil, por lo que cabe admitir que, en el fondo, solo se consagró una forma de encargo fiduciario en cuanto el fiduciario es un mero tenedor de los bienes que reciba para adelantar la gestión”⁸³.

Así las cosas, lo que se permite desde el año de 1993, en el ámbito de la contratación estatal, es la celebración de Encargos Fiduciarios o Fiducias Públicas, que constituyen esencialmente contratos de administración en los que se delega el manejo de un bien público determinado, sin transferirse su dominio, cosa diferente a la que, al parecer, se regula ahora en el Estatuto Anticorrupción.

En esta medida, es dable colegir que la norma que se analiza contiene una imprecisión, que la hace chocar abiertamente con el estado del arte relativo a la normatividad y jurisprudencia anterior, porque no puede el contratista celebrar un contrato de fiducia propiamente tal sin ser el propietario del dinero que constituye el anticipo, y porque, a la luz de la Ley 80 de 1993, está prohibido transferir la propiedad de los bienes públicos mediante la celebración de contratos de fiducia o constitución de patrimonios autónomos.

Por lo tanto, la única interpretación que permitiría darle efectos a la norma, implicaría entender, en primer lugar, que lo que debe hacer el contratista, si obra a nombre propio, es celebrar un negocio fiduciario, para delegar la administración del anticipo, sin transferir el dominio sobre éste a una sociedad fiduciaria o a un patrimonio autónomo. Si lo hace en representación de la entidad, desde una perspectiva estrictamente positivista, cabría señalar que se estaría en presencia de una norma de excepción frente al régimen general de contratación pública, que para el caso taxativo del anticipo sí permite la estructuración de patrimonios autónomos; mas ello redundaría en una afrenta directa a la naturaleza esencial del anticipo, y a la clara teleología que impregna el ordenamiento que sobre el punto se ha construido, que ha dotado a dicha institución de una serie de garantías y limitaciones, con el objetivo de preservar la intangibilidad de los principios de transparencia y conservación del erario estatal.

82 Tribunal de Arbitramento. Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana-Inurbe v. Fiducolombia S.A. Laudo del 1 de marzo de 2000. Expresando la misma postura véase Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de marzo de 1998, Radicación No. 1074, CP. César Hoyos Salazar.

83 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, segunda reimpresión 2009, p. 536).

Ahora bien, al margen de las discusiones precedentes, y en relación con el punto que nos ocupa, la celebración de dicho contrato o negocio fiduciario, debería eliminar la necesidad de contratar el amparo de buen manejo del anticipo en las Pólizas de cumplimiento de contratos estatales, ya que, al celebrar un contrato cuyo objeto y causa sea garantizar que la totalidad del anticipo se aplique exclusivamente a la ejecución del contrato, en teoría los riesgos derivados del manejo de dicho anticipo deberían desaparecer, y con ellos las ventajas propias de trasladarlos a la Compañía de Seguros.

Ciertamente los problemas derivados del manejo del anticipo, bajo la figura que ahora contempla la ley, se van a circunscribir a un asunto de incumplimiento contractual fiduciario, puesto que el mal manejo de dicho recurso constituiría ahora también un incumplimiento por parte de la fiduciaria o sociedad administradora, de sus obligaciones contractuales, mas no un riesgo atribuible al contratista, porque se esperaría, por elemental lógica, que no sea éste, sino la entidad estatal contratante, o al menos la interventoría del contrato, quien imparta las instrucciones que sean del caso a la sociedad fiduciaria (sino entonces, ¿para qué una fiducia?). Bajo este esquema, no es el contratista el que tiene que contratar una garantía para garantizar el mal manejo del anticipo, porque éste no estará a su alcance, y por lo mismo el amparo de anticipo estaría llamado al desuso bajo el nuevo Estatuto Anticorrupción; lo que obligaría a adaptarlo a la nueva realidad, mediante una necesaria y urgente reforma al Decreto 4828 de 2008.

En todo caso, es importante mencionar que la norma que ahora se analiza, delimita la aplicación de la figura de la fiducia a los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, exceptuando de dicho régimen los demás tipos de contratos estatales y además los de menor y mínima cuantía. Así las cosas, en los contratos exceptuados no se presentarían los inconvenientes ahora reseñados.

4. CONCLUSIONES

Con fundamento en todo lo expuesto en el presente documento, a manera de síntesis pueden proponerse las siguientes conclusiones:

1. Los recursos entregados a título de anticipo revisten naturaleza pública, lo cual justifica la necesidad de amparar su manejo mediante la garantía única de cumplimiento.
2. Las normas del Estatuto General de Contratación Pública y sus actos administrativos complementarios, que regulan la garantía única de cumplimiento, tienen carácter imperativo.
3. El seguro de cumplimiento de los contratos estatales operan bajo el sistema de ocurrencia.
4. Las únicas potestades exorbitantes con fundamento en la cual es dable afectar directamente el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo es la caducidad administrativa y la declaratoria de incumplimiento de la Ley 1474 de

2011. No puede decirse lo mismo en torno a las multas contractuales, la cláusula penal y la liquidación unilateral; aunque esta última es indispensable para que, en las dos facultades reseñadas, se establezca la magnitud del siniestro.

5. Si bien el acto administrativo que declara la caducidad se considera, legalmente, como elemento “constitutivo” de los siniestros asegurados por la Póliza de cumplimiento, ello no implica que la firmeza de dicho acto deba alcanzarse durante la vigencia de la póliza, lo cual sí debe predicarse de los hechos edificantes del siniestro. Es decir, cuando el ordenamiento contractual estatal emplea la expresión “constitutivo”, no se pretende invitar a una confusión entre los supuestos edificantes del incumplimiento contractual y el pronunciamiento de la Administración, sino destacar que ésta, por virtud de la comentada exorbitancia, unilateralmente puede considerar que es jurídicamente cierto, sin que pueda oponérsele la opinión de un tercero, que se ha registrado una inobservancia obligacional imputable al contratista, y que la misma se encuentra asegurada por la garantía única de cumplimiento
6. Hoy en día, si se conforma un título ejecutivo complejo mediante el contrato estatal, la póliza y el acto que declara la caducidad por cuestiones atinentes al anticipo y afecta el amparo aseguratorio correspondiente, es posible para el Estado acudir a la jurisdicción coactiva para obtener el cobro de la indemnización.
7. La obligatoriedad para manejar el anticipo vía fiducia en ciertos contratos estatales, genera serios inconvenientes de orden práctico y jurídico, en tanto su radio de acción se vería limitado a un encargo fiduciario, dados los válidos reparos que se presentan a la factibilidad de constituir patrimonios autónomos con los recursos del anticipo, y obliga a repensar el esquema del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en vista de que su configuración actual habrá caído en desuso, por virtud de un evidente traslado del riesgo del contratista a los sujetos encargados de instruir y concretar el manejo de la fiducia (sociedad fiduciaria, Administración, interventoría).

BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto C-239 del 22 de junio de 1994, CP. Dr. Miguel Viana Patiño. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de marzo de 1998, Radicación No. 1074, CP. César Hoyos Salazar. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 5 de noviembre de 1998, Exp. No. 14367, CP. Dr. Daniel Suárez Hernández. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2000, Exp. No. 12723, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. En www.consejodeestado.gov.co

- _____, Salvamento de voto del Dr. Alier Hernández. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2000, Exp. No. 12723, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. No. 13436, CP. Dr. Ricardo Hoyos Duque. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp. No. 17952, CP. Dra. María Elena Giraldo. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de diciembre de 2001, Exp. No. 18056, CP. Dr. Germán Rodríguez. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 22 de febrero de 2002, Exp. No. 12541. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, Exp. No. 22511, CP. Dra. María Elena Giraldo. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2003, Exp. No. 16718, CP. Dr. Germán Rodríguez. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta (Sala de Conjueces). Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Exp. No. 3033, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. No. 25021, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2004, Expediente No. 25154, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 7 de octubre de 2004, Exp. 27052, CP. Dr. Alier Hernández Henríquez. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Exp. No. 25560, CP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de octubre de 2005, Exp. No. 15011, CP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. No. 15239, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 1 de marzo de 2007, Exp. No. 4807-04, CP. Dr. Alberto Arango Mantilla. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2008, Exp. 32867, CP. Dr. Mauricio Fajardo. En www.consejodeestado.gov.co

- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. No. 21574, CP. Dr. Enrique Gil Botero. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2009, Exp. No. 24609, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, Exp. No. 17935, CP. Dr. Mauricio Fajardo. En www.consejodeestado.gov.co
- _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011, Exp. No. 20917, CP. Dr. Enrique Gil Botero. En www.consejodeestado.gov.co
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710 de 2001. MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño. En www.corteconstitucional.gov.co
- _____, Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis. En www.corteconstitucional.gov.co
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de septiembre de 2001, Exp. No. 5961, MP. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. En www.cortesuprema.gov.co
- _____, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2006, Exp. No. 00191, MP. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. En www.cortesuprema.gov.co
- BORJA ÁVILA, Ramiro. Estudios Jurídicos sobre Contratación Estatal. Biblioteca Jurídica Fernando Hinestroza Vol. 1. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, Club de Abogados y Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009, p. 95 y ss.
- MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2 ed., 2009, p. 854 y ss.
- COLOMBIA. Tribunal de Arbitramento. Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana-Inurbe v. Fiducolumbia S.A. Laudo del 1 de marzo de 2000. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Bogotá: Legis, 2004. p. 239.
- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. En www.secretariassenado.gov.co
- _____, Decreto 1 de 1984, por el cual se expide el Código Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 36.439, del 10 de enero de 1984. En www.secretariassenado.gov.co
- _____, Decreto 679 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. En www.alcaldiabogota.gov.co
- _____, Decreto 4828 de 2008, por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. En www.dmsjuridica.com
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. En www.secretariassenado.gov.co
- _____, Ley 389 de 1997. Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997. En www.secretariassenado.gov.co
- _____, Ley 610 de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. En www.secretariassenado.gov.co

_____, Ley 1150 de 2007. Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. En www.secretariassenado.gov.co

_____, Ley 1474 de 2011. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. En www.secretariassenado.gov.co

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Legis, 2008.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Secretaría del Senado. Gaceta del Congreso No. 607, del 7 de septiembre de 2010, Proyecto de Ley No. 142 de 2010 -Senado de la República, presentado por el Ministerio del Interior y de Justicia, p. 23. En https://docs.google.com/viewer?url=http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3?v_anog%3D2010%26v_formato%3DPDF%26v_num%3D607%26v_seleccion%3DIniciar%2BBusqueda&pli=1&chrome=true

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto No. 2000085295-2 del 30 de mayo de 2001. En www.superfinanciera.gov.co

Antecedentes de la Ley 1474 de 2011, En <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-dictan-normas-orientadas-a-fortalecer-los-mecanismos-de-prevencion-investigacion-y-sancion-de-actos-de-corrupcion-y-la-efectividad-del-control-de-la-gestion-publica/5950/#tab=2>

