

ESTABILIDAD DE LA OBRA Y CALIDAD DE LOS BIENES: PERSPICACIA SOBRE AMPAROS DE LA GARANTÍA ÚNICA¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. En virtud de los amparos de calidad de los bienes y estabilidad de la obra, la Administración encuentra protección en los eventos donde evidencia que, luego de la entrega de lo contratado, se evidencian defectos que desconocen su causa contractual. En ese sentido, determinar con precisión la noción, sentido y alcance de estos amparos de la garantía única resulta, más que relevante, necesario, ya que con ello se establecen los presupuestos y límites requeridos para una eventual ejecución. El texto asume este análisis, destacando el detalle de la regulación vigente, en especial la conferida por el reglamento del EGCAP. Además, se plantean las vicisitudes propias de cada uno, con relación a otro tipo de amparos o, inclusive, con las *garantías* existentes en el régimen de los particulares.

Introducción

Ordoñez Ordoñez propone entender por «garantía única» aquella que *cubre* todos los riesgos que se identifican en la contratación estatal, al margen de que puedan existir varios garantes y que existan distintos contratos³. De ahí qué, acogiendo lo sostenido por Morandi, no solo en cuanto al contrato de seguro, sino aplicándolo al concepto de garantía, el riesgo es uno de los elementos fundantes de la relación de amparo⁴. Esto supone que las circunstancias garantizadas o amparadas constituyen un aspecto trascendental en lo referente al estudio y análisis de los mecanismos de cobertura del riesgo, especialmente si se consideran los intereses que representa la Administración.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 30 de septiembre de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Cristian Díaz Díez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo, que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal– sino también para el beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Garantías, dirigida por el Profesor-Investigador Principal Richard Ramírez Grisales.

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

³ Por lo anterior, sostiene: «La prioridad de la ley en este punto es que no haya garantías separadas para los diferentes riesgos, aunque existan varias garantías para diferentes proporciones del interés asegurado» (ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 44).

⁴ MORANDI, Juan Carlos F. El riesgo en el contrato de seguro. Buenos Aires: Astrea, 1974. p. 34.

De esa forma, identificar los límites y contornos de los riesgos, así como los presupuestos de su reclamación, permite valorar la eficacia de un instrumento ideado con el fin de asegurar patrimonialmente al Estado ante la configuración de un daño o perjuicio previsible. Vista desde esta perspectiva, la comprensión perspicaz de los distintos riesgos amparados actualmente en la contratación pública implica asumir una postura dogmática preventiva, en tanto surge la posibilidad de plantear los vacíos, problemáticas e insuficiencias de los que son considerados como sus instrumentos de protección ante la configuración de un riesgo. En consecuencia, en los acápite siguientes se analizan profundamente el «amparo de calidad de los bienes» y el «amparo de estabilidad de la obra», como aristas de la garantía única de cumplimiento, con el propósito de validar las virtudes y defectos de la regulación vigente.

1. Amparo de calidad del bien o producto

Adicional a la obligación de ampliar el amparo de calidad del bien entregado, como se profundiza en el siguiente acápite con relación al de estabilidad de la obra, el amparo también se menciona en la norma que establece la obligación de los contratistas de responder por la calidad de los bienes entregados a las entidades⁵. Si bien este es el fundamento originario del amparo en el EGCAP, el sentido y alcance es definido por el reglamento, debido a que el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 lo incluye entre la cobertura de la garantía única de cumplimiento:

«Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

[...]

»7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato».

El amparo, actualmente, representa una evolución no solo nominal respecto a lo dispuesto en los anteriores estatutos contractuales de la Administración. En efecto, los artículos 55 de los Decretos-Leyes 1670 de 1975 y 150 de 1975, así como el 222 de 1983, prescribían sobre el amparo de «correcto funcionamiento de los equipos», mientras que la regulación vigente se refiere al «correcto funcionamiento

⁵ En ese sentido lo prescribe el artículo 5, numeral 4, de la Ley 80 de 1993: «Artículo 5o. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

[...]

»4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello».

de los bienes»⁶. Circunscribiéndose a la acepción usual de «equipos», puede sostenerse que los estatutos anteriores prescribían el amparo sobre la «Colección de utensilios, instrumentos y aparatos especiales para un fin determinado» o el «Conjunto de aparatos constituido por una computadora y sus periféricos»⁷. En cambio, la noción de *bien* es mucho más amplia, pues el artículo 653 del Código Civil incluye a *todas las cosas*, incluso hasta las que no tienen corporeidad⁸.

La virtud de la modificación radica en que existe una protección mayor para la Administración respecto a los objetos amparados por esta cobertura. Bajo esta óptica, mientras anteriormente se amparaba la compraventa de computadores, ahora no solo se ampara esto, sino, también, alguna escultura contratada para

⁶ Extrañamente, los artículos 55 de los estatutos más antiguos tienen tres diferencias, algo que no se evidencia con la mayoría de ambos cuerpos normativos. Se distinguen en que: *i)* el de 1976 establecía –de forma antitécnica, al parecer– la obligación de garantizar *al contratante*, *ii)* este precisaba una condición para imponer el amparo de calidad del servicio y *iii)* el Decreto 150 de 1976 incluía una precisión en lo referente al amparo de los equipos. En lo que nos interesa en esta ocasión, los artículos prescribían del siguiente modo: «Artículo 55. De la obligación de garantizar el contrato. En todo contrato se pactará expresamente la obligación de garantizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratante.

»Cuando en virtud del contrato, se hicieren anticipos al contratista, se estipulará también que éste previamente otorgue garantía para responder por el valor de los mismos. Igualmente deberá otorgarse garantía para responder *por la estabilidad de la obra* o la calidad del servicio, por el pago de los salarios y prestaciones sociales, si el contratista utiliza su propio personal *y por el correcto funcionamiento de los equipos*.

[...]; «Artículo 55. De la obligación de garantizar el contrato. En todo contrato se pactará expresamente la obligación de garantizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista.

»Cuando en virtud del contrato, se hicieren anticipos al contratista, se estipulará también que éste previamente otorgue garantía para responder por el valor de los mismos. Igualmente deberá otorgarse garantía para responder *por la estabilidad de la obra* o la calidad del servicio, por el pago de los salarios y prestaciones sociales *y por el correcto funcionamiento de los equipos* que deban suministrarse o instalarse.

[...]; «Artículo 67. De la obligación de garantizar el contrato. En todo contrato se pactará expresamente la obligación del contratista de garantizar:

[...]

»c) La estabilidad de la obra o la calidad del servicio.

[...]

»e) El correcto funcionamiento de los equipos que deba suministrar o instalar» (énfasis añadido).

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Equipo [En línea]. Recuperado de [Consultado el 23 de septiembre de 2023]: <<https://dle.rae.es/equipo>>.

⁸ El artículo 653 del Código Civil preceptúa: «Artículo 653. Concepto de bienes. Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

»Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

»Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas».

conmemorar una situación histórica, como el conflicto armado. Pese a que el espíritu del amparo es el mismo, y la realidad demuestra que la Administración resulta amparada por los mismos «equipos» cubiertos en las normativas derogadas, el hecho es que actualmente existe un aumento de la posibilidad de garantizar todos los bienes que se le entreguen a una entidad en ejecución de un contrato.

De acuerdo con la Sentencia del 27 de noviembre de 2013, el amparo de calidad de los bienes protege a las entidades ante la identificación de vicios redhibitorios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que no se notaron en la entrega⁹. En ese sentido, constituye una precaución indispensable en los contratos que tienen por objeto principal o accesorio la entrega de cosas, ya que protege a la Administración ante los imperfectos evidenciados con posterioridad a la entrega, en especial cuando se ha terminado la relación.

Podría existir cierta confusión entre el amparo de *cumplimiento de contrato* y el de *calidad de los bienes*, porque podría pensarse que los defectos identificados en la entrega de los equipos supondrían la concurrencia entre los dos tipos de amparo. Enhorabuena, la Sentencia del 27 de julio del 2005, donde la Sección Tercera resolvió la demanda en contra de unos actos de la Empresa de Energía de Bogotá, precisó que la identificación de defectos en la entrega configura el siniestro de cumplimiento del contrato, mientras que si se evidencia luego de dicho momento habrá que ejecutar el amparo de calidad de los bienes. Así lo concluyó al encontrar probado que los defectos identificados de los medidores de energía que debía entregar el contratista se registraron en la entrega, al realizarse las pruebas ordenadas en el pliego de condiciones¹⁰. Por consiguiente, el momento donde se configura el siniestro es determinante para distinguir amparos que *a priori* podrían confundirse.

Ahora, para la determinación del valor y el plazo amparado, el artículo 2.2.1.2.3.1.16 impone tener en cuenta el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos¹¹. De ese modo, existe una potestad discrecional con cierta limitación, lo

⁹ En esa ocasión, la Subsección A resolvió la controversia planteada con ocasión de la contratación de unos estudios técnicos y realización de las obras de restauración y adecuación de un inmueble, celebrado en 1994 por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores. La Subsección revocó la Sentencia apelada, al considerar que el Ministerio declaró la ocurrencia del siniestro sin el sustento técnico suficiente (CONSEJO DE ESTADO. Subsección A. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Exp. 25742. C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de julio de 2005. Exp. 12.394. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹¹ El artículo lo consagra de la siguiente manera: «Artículo 2.2.1.2.3.1.16. Suficiencia de la garantía de calidad de bienes. La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos».

que significa que las entidades deben motivar suficientemente la adopción de determinado monto explicando su relación con los aspectos mencionados. En todo caso, y de conformidad con los numerales 3 y 4 del artículo 2.2.1.2.3.2.3, el reglamento reconoce que se excluye del amparo los defectos ocasionados por el uso inadecuado, la falta de mantenimiento preventivo o el deterioro normal por el paso del tiempo¹².

2. Amparo de estabilidad de la obra

2.1. *Noción y sentido del amparo por defectos constructivos*

El artículo 60, inciso cuarto, de la Ley 80 de 1993 dispone que para la liquidación del contrato se exigirá al contratista la extensión o ampliación «de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra»¹³. Esta norma, en armonía con las que fundamentan las garantías –concretamente la Ley 1150 de 2007, artículo 7–, establece la *base legal* del amparo de estabilidad de la obra. El hecho de que se mencione entre las reglas concernientes a la liquidación del contrato evidencia la falta de desarrollo y extensión en este nivel de la jerarquía normativa. Esto ha permitido que, como se señala en seguida, sus contornos estén lineados sobre todo a nivel reglamentario.

Al margen de esto, se trata de un amparo *clásico*, en el sentido de que existe en la contratación pública desde la expedición del primer «estatuto» de contratación. En efecto, tanto los artículos 55 de los Decretos-Leyes 1670 de 1975

¹² Los numerales disponen en el siguiente sentido: «Artículo 2.2.1.2.3.2.3. Exclusiones. La Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:

[...]

»3. Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la Entidad Estatal.

»4. El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo».

¹³ Vale mencionar que así lo dispone el artículo, incluso, desde antes de la modificación del Decreto-Ley 19 de 2012. La versión vigente prescribe del siguiente modo: «Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. 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.

[...]

»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.

»La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión».

y 150 de 1976, así como el artículo 67 del Decreto-Ley 222 de 1983, dispusieron la obligación de garantizar los contratos con el Estado en cuanto a la estabilidad de la obra. Esto demuestra la relevancia de este amparo para la contratación pública, en la medida en que el legislador, históricamente, ha prescrito la obligación de garantizar en este sentido específico el contrato estatal.

No obstante, se trata de una materia –al igual que los demás amparos– que, aunque clásico, se ha caracterizado por ser *maleable*. La relación desproporcionada entre la regulación existente a nivel legal, en comparación con la del nivel reglamentario, ha permitido que sea una materia modificada, inclusive de forma mínima, por los distintos reglamentos que han regido la contratación pública. En ese sentido, la historiografía que pudiese realizarse del amparo a nivel legal resulta insuficiente, debido a que el legislador se ha ocupado simplemente de mencionar lo mínimo requerido para permitir al Gobierno la configuración del subsistema. Esta decisión supone, desde luego, asumir que es un aspecto que puede modificarse con facilidad, en tanto la potestad reglamentaria a la que se refiere es evidentemente más sencilla y celer de ejercer que la potestad legal.

Aun cuando a lo anterior subyace una de las problemáticas más diagnosticadas de la contratación pública, por cuanto demuestra la falta de consistencia del régimen, en el asunto específico de las garantías existe una continuidad medianamente excepcional, de una década. En efecto, el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, íntegramente igual al artículo 146 del Decreto 1510 de 2013, dispone que el amparo de estabilidad de la obra constituye un aspecto que debe ser cubierto por la garantía única de cumplimiento:

«Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

[...]

»5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción».

El régimen del amparo de estabilidad y calidad de la obra se conforma, además del artículo transcrito, por el 2.2.1.2.3.1.14, que dispone que debe estar vigente por un término no inferior a cinco años, contados a partir del recibo a satisfacción de la obra, que puede reducirse, previa justificación técnica de un experto. Además, que el valor asegurado de la garantía se determina con base en el objeto, la cuantía y la naturaleza de las obligaciones.

La *disección* del artículo 2.2.1.2.3.7 concluye en dos elementos principales: *i)* es un amparo que cubre los perjuicios ocasionados y *ii)* por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista y sufrido por la obra entregada a satisfacción.

El alcance de cada uno determina, en principio, los contornos de la cobertura del riesgo de colapso o daño de la obra. Y se expresa que «en principio», ya que la costumbre mercantil y la autonomía de la voluntad han complementado la regulación de las garantías a través del clausulado que se suscribe con las aseguradoras o con las entidades financieras, obligando a asumir con agudeza el contenido de dichos documentos.

i) Es un amparo que cubre los perjuicios ocasionados. En la sección de respuestas a preguntas frecuentes de su página web, Colombia Compra Eficiente indica que el concepto *amparo* es equivalente al de *cobertura*, puesto que refiere los eventos en los cuales el garante está obligado a indemnizar la realización de un riesgo transferido¹⁴. Desde sus acepciones comunes, amparar se entiende como «Favorece, proteger», y cobertura como «Cantidad o porcentaje abarcado por una cosa o una actividad»¹⁵. Recuérdese que, por definición legal en el contrato de seguro, el asegurador asume los riesgos del tomador o del beneficiario y, ante la realización del siniestro, se obliga a indemnizar la suma acordada¹⁶. Aunque el régimen de las garantías, o de los mecanismos de cobertura del riesgo, sea mucho más amplio que el del contrato de seguro, la noción que inspira el esquema en la contratación pública proviene de esta regulación, de manera que representa el baremo común y usual para entenderlo. En consecuencia, los garantes *favorecen y protegen* las circunstancias *abarcadas* en la garantía, con el propósito de

¹⁴ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Preguntas frecuentes. Seguro de responsabilidad civil extracontractual [En línea]. Tomado de [consultado el 24 de septiembre de 2023]: <<https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/seguro-de-responsabilidad-civil-extracontractual#:~:text=Los%20amparos%20o%20coberturas%20definen,a%20la%20compa%C3%B1%C3%ADa%20de%20seguros>>.

¹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Amparar [En línea]. Recuperado de [Consultado el 24 de septiembre de 2023]: <<https://dle.rae.es/amparar>>; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Cobertura [En línea]. Recuperado de [Consultado el 24 de septiembre de 2023]: <<https://dle.rae.es/cobertura?m=form>>.

¹⁶ Esto se deduce de una interpretación sistemática de, principalmente, los artículos 1037, 1072 y 1080 del Código de Comercio, que consagran: «Artículo 1037. Partes en el contrato de seguro. Son partes del contrato de seguro:

»1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y

»2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos»; «Artículo 1072. Definición de siniestro. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado»; «Artículo 1080. Plazo para el pago de la indemnización e intereses moratorios. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún [sic] extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

[...].».

indemnizar a la Administración –en calidad de beneficiaria– ante la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra.

ii) Por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista y sufrido por la obra entregada a satisfacción. La estructura del segundo segmento de la definición del amparo es parcialmente determinante: por un lado, es claro que cubre *cualquier* tipo de daño o deterioro. Esto significa que, ante la identificación de la más mínima pérdida de calidad de la obra entregada, el garante tendría la obligación de responder por la indemnización correspondiente. Ahora, esto debe modularse, en el entendido de que la razonabilidad y proporcionalidad, así como la incidencia del contratista en el defecto evidenciado, constituyen límites ante la aparente amplia cobertura de la garantía.

Si bien la razonabilidad y la proporcionalidad no impiden que se ejecute la garantía, porque la regla es clara en establecer que comprende cualquier clase de deterioro o daño, lo cierto es que la Administración debe ser cautelosa sobre la trascendencia de los eventos por los cuales ejercería su facultad unilateral. En otras palabras, si los desperfectos o daños no son significativos, en términos de cuantía específicamente, resultaría irrazonable y desproporcional ejecutar la garantía. Primero debería requerir al contratista con el propósito de conminarlo a reparar o enmendar los defectos, antes de cobrar algún monto amparado. Esta consideración tiene cierto sustento jurídico, en los principios generales del derecho –y del derecho administrativo–, porque materializa el debido proceso, la buena fe y la consensualidad, ínsitos en la relación contractual; pero es más propia de razonamientos de oportunidad y conveniencia, así como de una buena administración, porque no existe una *regla jurídica* que imponga requerir al contratista antes que a la aseguradora, al menos no tratándose de actos que no constituyen incumplimientos.

A propósito, el segundo límite a la aparente amplitud del amparo exige que el defecto sea imputable al contratista. ¿Esto supone que necesariamente debe hacerse un juicio subjetivo a las conductas ejecutadas por este? Responder afirmativamente la cuestión implica reducir la posibilidad de ejecutar la garantía ante circunstancias imputables jurídicamente, mediante el análisis del dolo o la culpa del contratista que pudo haber causado el siniestro. Se está de acuerdo con esta interpretación, porque se armoniza con lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil y en el primero de la Ley 95 de 1890, en virtud de los cuales solo se está ante caso fortuito o fuerza mayor ante los *imprevistos imposibles de resistir*¹⁷.

¹⁷ Los artículos lo preceptúan en el siguiente sentido –con diferencias mínimas, por lo que solo se cita la regla del Código Civil–: «Artículo 64. Fuerza mayor o caso fortuito. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o [sic] que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc».

A *contrario sensu*, todo lo previsible y resistible, por parte del contratista, indica que es imputable a su intención o al desconocimiento de su deber de cuidado.

Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce que existen casos límites, donde bien podría argumentarse que no se configuró una fuerza mayor o un caso fortuito, pero que tampoco resulta clara la imputación a título de dolo o culpa del contratista, que problematizarían la procedencia de la ejecución de la garantía. Piénsese que se utilizaron algunos materiales novedosos en la construcción, respecto a los cuales no se tenía una experticia suficiente para prever que se podrían degradar en determinado tiempo o al tener contacto con otros. Desde cierta perspectiva es imputable al contratista, porque decide usarlos, pero, a su vez, sería un asunto de algún modo técnicamente imprevisible e irresistible.

Al margen de lo anterior, la existencia del amparo de estabilidad y calidad de la obra tiene una relevancia indiscutible. Tanto así que existe desde los albores de la contratación pública, y que tiene antecedentes en el régimen de los particulares incluso más antiguos. La complejidad de muchas construcciones hace que el contrato de obra contenga, del mismo modo, la misma complejidad, lo que justifica garantizar lo entregado ante desperfectos que puedan presentarse con posterioridad a la entrega. Si a esto se añade la destinación que tienen por regla general las obras del Estado, mediante las cuales se materializan intereses superiores, la existencia del amparo de estabilidad y calidad de la obra se justifica en mayor medida, puesto que le subyace la protección del interés general y la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

2.2. Problemática relación con la garantía del Código Civil

El amparo de estabilidad y calidad de la obra presenta una tensión con el numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil, en virtud del cual, en los contratos de obra a precio único, si lo construido se pierde o amenaza su ruina, en los diez años siguientes a la entrega, responde quien se le encargó la construcción:

«Artículo 2060. Construcción de edificios por precio único. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

[...]

»3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final.

[...].»

Dávila Vinueza, al respecto, sostiene que esta norma aplica de forma supletiva a la vigencia del amparo, argumentando que si las partes no estipulan una vigencia específica habrá de acudir a esta disposición para concluir que la cobertura se extiende hasta por diez años¹⁸. Expósito Vélez, por su parte, comparte esta interpretación, reproduciendo *in extenso* los planteamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en las Sentencias del 10 de julio de 1997 y del 18 de marzo de 2001¹⁹. En aquella, el Consejo resolvió la apelación de una controversia donde se demandaron unos actos que declararon la ocurrencia del siniestro de estabilidad y calidad de la obra, en un contrato regido por el derecho privado, contratado por el Fondo Nacional del Ahorro en 1985. El demandante argumentó que la liquidación lo liberó de cualquier responsabilidad, frente a lo cual, con apoyo en el artículo 2060, la Sección explicó que se trata de una norma supletiva, que aplica siempre que las partes no acuerden un término especial de vigencia del amparo²⁰.

En la Sentencia del 18 de marzo de 2010 la Sección Tercera resolvió la acción de grupo interpuesta por unos afectados de los defectos notados con posterioridad a las viviendas entregadas por una constructora, avalados por las licencias otorgadas por el Departamento Administrativo de Planeación del Distrito de Bogotá. La constructora argumentaba que las pretensiones fundadas en el artículo 2060 no debían prosperar, dado que la relación entre ella y los afectados mediaba por un contrato de compraventa, no de obra. Al respecto, la Sección precisó, reproduciendo planteamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que lo dispuesto en el artículo se extendía a los contratos de compraventa de edificaciones, debido a que en esos casos concurren las condiciones de vendedor-constructor²¹.

¹⁸ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 557.

¹⁹ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. pp. 151-155.

²⁰ La providencia consideró lo siguiente: «En tal sentido, si la obligación de estabilidad, de rango legal y supletiva de la voluntad de las partes (art 2060 antecitado), opera entre particulares, no se entiende cómo pueda alegarse su inoperancia en el campo de las obras públicas que interesan a toda la comunidad. Se habla de norma supletiva porque los contratantes podrán convenir plazos diferentes para exigir esa estabilidad»; Aparte de este asunto, cabe mencionar que no se comparte otro de los temas centrales de la providencia –pacíficos en la jurisprudencia de la época–, conforme a la cual en el artículo 68, numeral 5, del Código Contencioso Administrativo existía la competencia para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 1997. Exp. 9.286. C.P. Carlos Betancur Jaramillo).

²¹ Así lo manifestó: «En consecuencia, no es acertado lo dicho por la Constructora Colmena S.A., hoy Prourbanismo S.A. en el sentido de que en desarrollo del contrato de

Esta referencia a los planteamientos de las providencias citadas por Expósito Vélez obedece a un contraste no advertido por los doctrinantes, y desde luego tampoco por la Sentencia del 10 de julio de 1997. Mientras que en esta –la primera– el derecho dispuesto en el artículo 2060 funciona como un suplemento de la regulación del amparo de calidad de la obra, en la segunda aplica como una garantía independiente y autónoma que tienen quienes reciben la obra de un constructor. Esta última perspectiva se nota sobre todo en el Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011–, que entre los artículos 7 y 8 preceptúa que la obligación –también conocida como *garantía legal*– de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de un inmueble en el período de diez años luego de la entrega²².

Se está de acuerdo con que el régimen de los particulares aplica en la contratación pública sometida al EGCAP en virtud de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, esto no significa que pueda realizarse la remisión por cualquier motivo, y modulando las normas vigentes en dicho régimen a como mejor convenga. Un asunto es que existan normas que dispongan acerca de la vigencia de un amparo, y otro es que existan *garantías* similares en un mismo ámbito. Con esto se quiere dar a entender que si no existe una norma en el régimen de los particulares que amplíe la vigencia de la obligación del *garante*, mal se hace al amplificar los efectos de una norma que dispone la vigencia de la obligación de garantizar por parte del constructor. Asumiendo esa equivocada interpretación no solo se transfiere el riesgo de estabilidad y calidad de la obra, sino las obligaciones propias de quien construye.

El efecto del planteamiento que se propone, en contraste del que sostienen Dávila Vinueza, Expósito Vélez y la Sección Tercera del Consejo de Estado, consiste en que la garantía se puede ejecutar por el término convenido por las partes o, en su defecto, por el de cinco años, que es el mínimo dispuesto en el reglamento. Superado este término, la Administración tiene cinco años más para demandar a su contratista en caso de que ocurran defectos no identificados en el momento de la entrega, con fundamento en el artículo 2060 del Código Civil. Afortunadamente, en lo que coincidimos ambas posturas radica en que prevalece el acuerdo de voluntades, ya que son válidas todas las cláusulas que estipulan una vigencia de

compraventa, la indemnización perseguida debía serlo únicamente por la vía contractual, por haberse incumplido el contrato de venta, primero porque la acción redhibitoria tiene unos alcances específicos, como son la rebaja del precio o la rescisión del contrato, y segundo, porque en este caso existe una relación entre el comprador por un lado y por el otro, el empresario - constructor - vendedor, el cual tiene esa doble condición, y por esa razón deberá responder por los defectos en la construcción, de conformidad con lo previsto en el artículo 2060 del C.C. numeral 3º, el cual dispone: [...]» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad. n.º 25000-23-25-000-2001-09005-01(AG). C.P. Myriam Guerrero de Escobar).

²² Cfr. Arts. 7 y 8 de la Ley 1480 de 2011.

la garantía de estabilidad de la obra por diez o más años, que, por demás, es lo más usual en la *praxis* relacionada con construcciones de grandes magnitudes.

Bibliografía

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 1997. Exp. 9.286. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de julio de 2005. Exp. 12.394. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad. n.º 25000-23-25-000-2001-09005-01(AG). C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

CONSEJO DE ESTADO. Subsección A. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Exp. 25742. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. 252 p.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. 115 p.

MORANDI, Juan Carlos F. El riesgo en el contrato de seguro. Buenos Aires: Astrea, 1974. 157 p.

