

AMPAROS DE INCUMPLIMIENTO Y DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. Aunque los contratos se celebran para cumplirse bajo la premisa de la buena fe de ambas partes, es usual que múltiples circunstancias imposibiliten la ejecución oportuna y completa de las obligaciones, algunas de ellas imputables al contratista –culpa contractual–. Se trata de un riesgo inherente a la actividad contractual de los particulares y también de la Administración. En esta medida, la garantía única de cumplimiento ampara este riesgo, lo que será objeto de estudio del presente texto: *i)* se realiza un recuento histórico del amparo; *ii)* se describe el régimen actual y se propone el carácter *residual* de la cobertura y *iii)* se expone el carácter indemnizatorio del amparo y sus excepciones en la cláusula de multas y penal pecuniaria. Finalmente, se estudia la regulación de la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

Introducción

En principio, la celebración de cualquier contrato se fundamenta en la confianza y la esperanza de que ambas partes cumplirán todas y cada una de las obligaciones. De allí que el *escenario ideal* es que, según sea la prestación a cargo, todos los intervinientes en el negocio jurídico ejecuten total y oportunamente lo prometido. Larenz, cuando explica el significado de la palabra «acreedor», sostiene que proviene de la fe entre las partes, de que una «cree» en la otra y, por lo tanto, espera que salde su deuda de la mejor manera, pues confía en que se beneficiará de algún modo, no necesariamente en su patrimonio³.

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 de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Sebastián Ramírez Grisales, 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–, sino también para 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 S. Ramírez Grisales, texto que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

³ En palabras del doctrinante: «Relación de obligación es aquella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones. A aquella persona a quien corresponde exigir la prestación la llamamos “acreedor”, porque, si se trata de una relación de obligación de carácter contractual, “cree” en la persona del obligado, en su voluntad y capacidad de cumplir la prestación.

En otras palabras, el derecho de contratos se erige sobre el principio de la buena fe, lógica que, sin dubitación, es aplicable a los contratos celebrados por la Administración Pública. No obstante, sería inocente o, por lo menos, desinformado, afirmar que la regla general es aquel escenario ideal donde cada parte cumple oportunamente sus obligaciones; por el contrario, la experiencia informa que, bien sea en los contratos de los particulares o del Estado, existe una infinidad de circunstancias que pueden alterar el cumplimiento del contrato, las cuales pueden provenir de la negligencia de la parte o de múltiples factores externos. Es por esto que, históricamente, garantizar el cumplimiento de los contratos estatales siempre ha sido un interés del legislador; entre otras razones, porque resulta una medida protectora del interés general y, específicamente, el patrimonio público.

Actualmente, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– investiga la cláusula de garantías en la contratación estatal. En la presente sesión, estudia el amparo de cumplimiento y la póliza de responsabilidad civil extracontractual que se exige en algunos contratos. En este sentido, el texto desarrolla un recuento normativo sobre el amparo de cumplimiento, el régimen vigente, sus problemáticas y la relación inescindible con la cláusula de multas y penal pecuniaria. Finalmente, explica la teleología de la garantía de responsabilidad extracontractual y su regulación.

1. Amparo de cumplimiento: recuento normativo

Los antecedentes directos de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– son, en su orden, el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1983. El primero dispuso, en el artículo 55, el deber de garantizar el cumplimiento siempre que se celebre un contrato estatal, mandato imperativo replicado en el artículo 67-a) del reglamento que lo derogó. No obstante, se trató de una entre otras múltiples preocupaciones del legislador, pues desde aquellos regímenes se pensaba en el deber y la conveniencia de «garantizar la estabilidad y calidad de la obra», el pago de salarios y el buen manejo del anticipo. Ninguna de estas normas desarrolló ampliamente el contenido del amparo y, mucho menos, sus pormenores.

Posteriormente se expidió la Ley 80 de 1993, Estatuto que transformó sustancialmente el régimen de garantías en la contratación estatal con la creación

[...]

«La prestación puede consistir en una acción o en una omisión del deudor y concretamente puede ser la entrega de una cosa o de un derecho, la concesión del uso de la cosa o de sus provechos, o cualquiera otra actividad. La prestación ha de serle en algún aspecto ventajosa al acreedor; no se exige que se trate de una ventaja patrimonial» (KARL, Larenz. Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 18-20).

del concepto de «garantía única»⁴. Esta innovación unificó los múltiples riesgos que eran susceptibles de ser garantizados en un solo mecanismo de cobertura del riesgo, que para entonces sería exclusivamente una póliza expedida por una compañía de seguros o un aval bancario. El Decreto 679 de 1994 desarrolló ese artículo en los siguientes términos:

«Artículo 16. La garantía única a que se refiere el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto *respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones* que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato *deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista* en los términos de la respectiva garantía.

»Artículo 17. De los riesgos que debe cobijar la garantía única. 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». (énfasis fuera de texto).

El reglamento estableció que la garantía única comprendería múltiples riesgos, entre estos el incumplimiento del contrato; sin embargo, la norma no precisó puntualmente qué constituía el siniestro y si este amparo tendría una regulación especial en relación con las normas del derecho común, tan solo precisó que se debía respaldar cualquier hecho constitutivo del incumplimiento de una obligación, cualquiera que se hubiera pactado en el contrato.

Más adelante, el EGCAP fue modificado parcialmente por la Ley 1150 de 2007, norma que también transformó el régimen de garantías en la contratación estatal. En primer lugar, el artículo 4 *ejusdem* modificó la forma como las entidades

⁴ El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 —derogado— disponía: «El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

»Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias [...]».

se relacionaban con el riesgo, de allí que se pasó de la sola disposición de un requisito formal, como es la constitución de garantías, a una política pública de prevención, identificación, tratamiento y asignación del riesgo, según la cual, las entidades deben estimarlo desde la etapa de planeación de los contratos. En segundo lugar, el artículo 7 autorizó al reglamento disponer nuevos mecanismos de cobertura del riesgo, asunto que más adelante se concretaría con la inclusión de la fiducia mercantil –patrimonios autónomos– como modalidad válida para garantizar el contrato. Por último, y quizá el asunto más relevante, el artículo 17 *ibidem* zanjó una antigua discusión sobre la competencia de las entidades estatales para imponer la cláusula de multas y penal pecuniaria⁵. Así mismo, facultó a las entidades para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Este asunto, como se estudiará en acápite posteriores, es de alta relevancia para analizar el amparo de incumplimiento.

La Ley 1150 de 2007 fue reglamentada por el Decreto 4828 de 2008 que, en el artículo 4, reguló los riesgos que serían objeto de amparo en virtud del incumplimiento de la propuesta o del contrato. Respecto a los últimos, precisó que serían: *i*) buen manejo y correcta inversión del anticipo; *ii*) devolución del pago anticipado; *iii*) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; *iv*) estabilidad y calidad de la obra; *v*) calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados; *vii*) calidad del servicio; y *viii*) «cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas

⁵ El artículo 17 ordena: «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 [...]» (énfasis fuera de texto). Al respecto, aunque no es el tema que ocupa el escrito, es preciso cuestionarse sobre el carácter excepcional o no de dichas cláusulas. Se trata de un debate complejo donde algunos niegan que constituyan una exorbitancia y otros así las califican, por ejemplo, David Suárez, con fundamento en Sentencia del 30 de julio de 2008, con ponencia de Enrique Gil, Exp. 14.579. De allí que, con fundamento en su naturaleza, el doctrinante considera que estas cláusulas solo pueden pactarse en los contratos que señala el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2014. p. 46-53).

y cláusula penal pecuniaria». Una virtud de este reglamento, en perspectiva histórica, es que no solo enlistó los amparos, sino que precisó con mayor especificidad cuáles serían las circunstancias constitutivas de los siniestros. Respecto al incumplimiento del contrato detalló en el numeral 4.2.3:

«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*» (énfasis fuera de texto).

Se destaca la relación lógica entre la asignación legal de la competencia para incluir la cláusula de multas y penal pecuniaria, y la inclusión del pago de estas en el amparo por incumplimiento, se insiste, a partir de la reforma contenida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Posteriormente, en el año 2012 el reglamento fue derogado por el Decreto 734; sin embargo, en el artículo 5.1.4 se replicó el contenido del Decreto 2848 de 2008. Concluido este recuento normativo, es pertinente estudiar el régimen vigente sobre el amparo de cumplimiento.

2. Reglamento vigente. Regulación de un amparo residual: cumplimiento

El artículo 116 del Decreto 1510 de 2013 derogó el Decreto 734 de 2012 y, a su vez, fue compilado por el Decreto 1082 de 2015, de allí que el artículo vigente es el 2.2.1.2.3.1.7. Sobre el amparo de cumplimiento, fue específico en prever que cubre a la entidad estatal de los perjuicios que se causen en cuatro escenarios: *i)* el incumplimiento total o parcial del contrato, cuando sea imputable al contratista; *ii)* el incumplimiento tardío o defectuoso; *iii)* los daños por entregas parciales de la obra, siempre que no sean pactadas en el contrato, y *iv)* el pago del valor de las multas y la cláusula penal. Además, el artículo 2.2.1.2.3.1.12 *ejusdem* preceptuó que esta garantía debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato, y debe cubrir por lo menos el 10% del valor del contrato. No obstante, cuando esta cifra supere un millón (1.000.000) de salarios mínimos –SMMLV–, la entidad estatal deberá aceptar garantías que cubran el 2,5%, el 1% y hasta el 0,5%, según el valor del contrato⁶.

⁶ Para determinar el porcentaje mínimo de cobertura sobre el valor del contrato se aplican las siguientes reglas: «1. Si el valor del contrato es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor del contrato.

»2. Si el valor del contrato es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1 %) del valor del contrato.

Ahora bien, basta con el nombre de la garantía «única de cumplimiento» para comprender que con esta se protege a la entidad estatal respecto de eventuales daños o perjuicios con ocasión de la inejecución de las prestaciones o la mora en el cumplimiento. Pero ¿qué distingue al amparo de cumplimiento en *sentido estricto* de los demás? Bien podría decirse que la omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales, la inestabilidad y mala calidad de la obra o el inadecuado funcionamiento de los bienes suministrados, son incumplimientos del contrato. A pesar de esto, el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 los distingue de la cobertura de «cumplimiento del contrato» y enlista cuatro eventos de siniestro que ya fueron descritos. Sobre el asunto, se propone que el amparo de cumplimiento «en sentido estricto» constituye una suerte de garantía *residual*, pues todo lo que no esté normativamente cualificado como un amparo autónomo —*v. gr.* estabilidad y calidad de la obra— pero represente una inejecución de una obligación, podría incluirse como siniestro de este amparo.

En otras palabras, el amparo de cumplimiento se define de forma negativa, es decir, incluye cualquier inejecución que no se inscriba puntual y explícitamente en cualquiera de los demás amparos. Por ejemplo, el Consejo de Estado distingue entre el amparo de calidad y adecuado funcionamiento de los bienes suministrados, y el de cumplimiento. Recientemente, la Subsección A resolvió un caso donde se pretendía la nulidad de un acto administrativo en el que la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional declaró el incumplimiento de las obligaciones del contratista —software de información web— y, específicamente, declaró ocurrido el siniestro respecto del amparo de calidad de la garantía única de cumplimiento. El acto se expidió en el 2009, cuando se encontraba vigente el Decreto 4828 de 2008 que, como se expuso, contenía esta clasificación. La Sección señaló que la garantía de calidad recaía sobre una obligación accesorio, como era el deber de garantía o de seguridad, por lo que, en el caso concreto, aunque se cumplió con las obligaciones principales en la forma y tiempo estipulados, se incumplió con una obligación accesorio que surgía con posterioridad a la ejecución⁷. Con este ejemplo,

»3. Si el valor del contrato es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato.

»4. Colombia Compra Eficiente debe determinar el valor de la garantía única de cumplimiento del Acuerdo Marco de Precios de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en este».

⁷ En palabras de la Corporación: «Entonces, puede observarse, sin mayor dificultad, que el amparo de calidad y correcto funcionamiento, a diferencia del de cumplimiento, está asociado con obligaciones de garantía o seguridad del contratista, en la medida que ampara a la entidad pública contratante de los daños patrimoniales que llegare a sufrir por los defectos que pueda presentar el objeto contratado con posterioridad a la finalización del negocio jurídico, por vicios técnicos y de funcionamiento. Este razonamiento viene a ser confirmado con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 4828 de 2008 — numeral 15.1— en la medida que, al hilo con la distinción de cada riesgo amparado, dispuso: [...]»

más que diferenciar entre ambos amparos y definir su contenido, se destaca que sí es posible elaborar distinciones puntuales y, aunque múltiples supuestos de hecho son *incumplimientos*, no necesariamente constituyen el siniestro de dicho amparo, sino de los demás que prevé el reglamento.

No solo es difícil diferenciar entre el amparo de cumplimiento y los demás del artículo 2.2.1.2.3.1.7, sino que también es problemático discriminar entre los cuatro supuestos de hecho que lo constituyen. Piénsese en que «los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra» —num. 3.1— son equivalentes a un «incumplimiento parcial del contrato» —num. 3.3—; asimismo, podrían catalogarse como un «incumplimiento tardío» —num. 3.2—. No obstante, no es necesario discernir profundamente sobre el asunto, pues el operador jurídico no debe encasillar el supuesto de hecho —siniestro— exclusivamente en uno de estos parámetros, pues no se excluyen entre ellos. Su distinción es una especificación reglamentaria prescindible, y bien podría adoptarse una redacción del amparo similar a la de los Decretos 679 de 1994 y 4828 de 2008. En cualquier caso, se trata de un esfuerzo normativo que permite subsumir con facilidad escenarios de incumplimiento para hacer efectivo el amparo.

3. Objeto del amparo: los perjuicios

El solo incumplimiento, parcial o total, no consolida el siniestro objeto del amparo. Debe precisarse con detalle que, en realidad, el amparo de la garantía de cumplimiento recae sobre los *perjuicios* que se causen con ocasión de la inejecución de las obligaciones. Esto se fundamenta no solo en la redacción literal del reglamento, sino en el principio general del derecho de no enriquecerse sin causa. El Consejo de Estado lo explicó con suficiencia en la antecitada providencia:

«Así, entonces, como en los seguros de daños de lo que se ampara al sujeto asegurado es de *la pérdida o perjuicio patrimonial que pueda sufrir* en razón de la ocurrencia del riesgo asegurado, debe concluirse que, en el caso del seguro de cumplimiento, sea o no constituido a favor de una entidad pública, *el mero incumplimiento no configura el siniestro*, sino que ese hecho debe estar acompañado de la causación de un daño o perjuicio patrimonial para el asegurado, pues, si así no fuere, el seguro se constituiría en fuente de enriquecimiento, en contra de lo que manda el ya citado artículo 1088 que establece el principio indemnizatorio» (énfasis fuera de texto)⁸.

(CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Exp. 53.318. C.P. José Roberto Sáchica).

⁸ Ibid. Sobre este pronunciamiento se debe precisar que la referencia puntual al artículo 1088 del Código de Comercio es el fundamento del principio indemnizatorio en el derecho de seguros; no obstante, recuérdese que la garantía única de cumplimiento también puede constituirse como aval bancario o patrimonio autónomo.

Esta no es una construcción jurisprudencial reciente, ni mucho menos. En la doctrina clásica, los hermanos Mazeaud y André Tunc destacan que el deber de indemnizar surge con ocasión del daño o perjuicio, o la lesión patrimonial, si se prefiere; de cualquier modo, es posible que un incumplimiento contractual —culpa contractual— no implique responsabilidad⁹. En el mismo sentido, Larenz hace alusión a esta idea desde dos perspectivas. Primero, cuando estudia los daños por incumplimiento señala «El que no cumple la prestación debida, está obligado a la indemnización de daños y en general a restituir al titular de la indemnización a aquella situación patrimonial en la que se hallaría si el contrato hubiese sido debidamente cumplido»¹⁰. Precisamente, este deber indemnizatorio es el que se pretende garantizar con la garantía de cumplimiento. Segundo, destaca que, entre los efectos de la mora, se encuentra la carga de indemnizar los daños que con esta se ocasionen. De allí que, de ser posible, el moroso está obligado a cumplir, y a reparar las lesiones que perjudiquen el patrimonio del acreedor, pero solo si estas se consolidaron¹¹. En la doctrina nacional, Pedro Zapata ha reproducido estas aseveraciones en medio de la investigación por el fundamento de la responsabilidad contractual¹².

No obstante lo anterior, es preciso indicar dos casos excepcionales en relación con la idea de que no hay siniestro sin perjuicio, daño o lesión patrimonial por incumplimiento: la cláusula de multas y la penal pecuniaria. Recuérdese que el numeral 3.4. del artículo 2.2.1.2.3.1.7 especifica que el amparo por cumplimiento del contrato cubre a la entidad estatal respecto del pago del valor de aquellas. Las primeras tienen un fin conminatorio sobre el contratista y son el escenario donde, por excelencia, se prescinde de la verificación del perjuicio para el cobro de la póliza. Por consiguiente, basta que se cumpla el presupuesto contractual acordado para la imposición de la multa, según el procedimiento

⁹ En palabras de los doctrinantes: «Se ha comprobado que era preciso distinguir cumplimiento de la obligación, en el sentido preciso del término, y obtención del resultado previsto en el contrato. El fracaso en la consecución del resultado puede provenir de una causa distinta del incumplimiento de la obligación. Pero, inversamente, el incumplimiento parcial de la obligación puede no obstar a la obtención del resultado si, por ejemplo, el deudor ha descuidado ciertas medidas de seguridad que las circunstancias imponían, pero cuya omisión no ha impedido, por casualidad, la obtención del resultado: en otras palabras, *la culpa contractual puede no llevar consigo responsabilidad porque no habrá llevado consigo daño*» (énfasis fuera de texto) (MAZEAUD, Henry & León; TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo I. Vol. 2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1962. p. 377)

¹⁰ LARENZ. Op. Cit., p. 195.

¹¹ Ibid., p. 349-350.

¹² El doctrinante referencia directamente a los Mazeaud con esta contundente cita: «[...] el incumplimiento del contrato, no puede originar por sí solo, derecho a reparación; es necesario que cause un daño al acreedor» (ZAPATA GARCÍA, Pedro A. Fundamentos y límites de la Responsabilidad del Estado: una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 324).

dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para que se constituya el siniestro y sea exigible el amparo de cumplimiento. Al respecto, se insiste, se prescinde de la acreditación de cualquier perjuicio.

En cuanto a la cláusula penal pecuniaria, la doctrina sostiene que equivale a una tasación anticipada, pero no definitiva de perjuicios. De modo que, a diferencia de las multas, su naturaleza es indemnizatoria, pero, según el caso, pueden compartir el carácter de *sanción*¹³. En reciente pronunciamiento, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció que, en los casos en los que exista cláusula penal pecuniaria, se consolida una tasación anticipada de perjuicios. De allí que, en el caso concreto, donde se alegaba la ausencia de prueba de los perjuicios supuestamente causados por el incumplimiento —pago de salarios y calidad de servicios prestados—, sostuvo que estos ya se encontraban estimados y no debían ser individualmente probados. Añadió que la cláusula penal no solo es exigible por el incumplimiento de la obligación principal; sino también las obligaciones accesorias, como es el pago de salarios y prestaciones sociales¹⁴.

En principio, cuando se hace efectiva la cláusula penal, esta procede por la totalidad del monto previsto en el contrato; sin embargo, Suárez Tamayo propone dos excepciones: primero, con sujeción al artículo 1600 del Código Civil, no se puede perseguir el pago de la pena y la indemnización de forma simultánea. Segundo, el artículo 1596 *ibidem* dispone que «Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal»¹⁵. Esta norma tiene paralelo en el Código de Comercio, específicamente, el artículo 867 que prevé: «[...] podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte». En pocas palabras, ambas normas disponen el principio de proporcionalidad de la cláusula penal, de acuerdo con el porcentaje de cumplimiento recibido y aceptado por el acreedor. A pesar de estas normas, que hacen referencia solo a una de las modalidades de cobertura del riesgo —la póliza—, el reglamento prohibió la inclusión de una cláusula de proporcionalidad en el artículo 2.2.1.2.3.2.4 del Decreto 1082 de

¹³ SUÁREZ. Op. Cit., p. 19.

¹⁴ En palabras de la Corporación: «De acuerdo con lo expuesto, con independencia de la prueba sobre el monto de los perjuicios, el incumplimiento definitivo del contratista le otorga derecho a la contratante a cobrar la cláusula penal pecuniaria en la cual se tasaron anticipadamente» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 1 de marzo de 2023. Exp. 57.276. C.P. Fredy Ibarra Martínez). En sentido similar, véase la siguiente providencia: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de julio de 2023. Exp. 62.954. C.P. Fredy Ibarra Martínez.

¹⁵ SUÁREZ. Op. Cit., p. 81.

2015¹⁶. Al respecto, se cuestiona la legalidad de este mandato, pues el decreto es un reglamento, mientras que ambos códigos —civil y de comercio— son normas de rango legal, por lo que no se considera admisible la modificación o excepción de una norma por otra de inferior jerarquía.

4. Póliza de responsabilidad civil extracontractual

El artículo 2.2.1.2.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que, en la contratación estatal, las garantías deben cubrir tres tipos de riesgos: *i)* los que devienen de la presentación de las ofertas; *ii)* los relacionados con los contratos y su liquidación, y *iii)* la responsabilidad extracontractual a la que se encuentran expuestas las entidades estatales por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas¹⁷. Seguidamente, el artículo 2.2.1.2.3.1.5 prevé que este riesgo solo puede cubrirse por medio de un contrato de seguro —póliza—. De allí que, a diferencia de los riesgos por presentación de las ofertas y cumplimiento del contrato, este no puede garantizarse por medio de un patrimonio autónomo o un aval bancario.

Si bien cualquier actividad de ejecución de un contrato implica múltiples riesgos que podrían producir responsabilidad extracontractual del Estado, el artículo 2.2.1.2.3.1.8 solo exige que este sea obligatoriamente garantizado en los contratos de obra. En los demás, asigna una potestad discrecional a la Administración para que, en cada caso concreto, determine si es necesario que se otorgue una póliza de responsabilidad civil extracontractual. Esta decisión encuentra fundamento, argumento y estudio en la identificación de los riesgos que debe realizarse en la etapa de planeación del contrato, consideraciones que bien deberían plasmarse en los estudios y documentos precontractuales.

El artículo 2.2.1.2.3.2.9 preceptúa los requisitos particulares que debe cumplir la póliza de responsabilidad civil extracontractual, estos son: *i)* se debe expedir en la modalidad de «ocurrencia», por lo que no se pueden establecer términos para presentar la reclamación que sean inferiores a los términos de prescripción; *ii)* tanto la entidad estatal como el contratistas deben tener la calidad

¹⁶ El artículo 2.2.1.2.3.2.4. establece: «Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad. En el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno».

¹⁷ El artículo 2.2.1.2.3.1.8 reitera explícitamente que la entidad debe exigir que la póliza cubra los eventuales perjuicios que se deriven de la actividad de los subcontratistas o, en su defecto, que se acredite que estos cuentan con un seguro propio del mismo objeto.

de «asegurados» respecto de los daños, pero serán beneficiarios la entidad estatal y los terceros que resulten afectados; *iii*) el amparo, además de la cobertura básica de predios, labores y operaciones, debe contener mínimo: cobertura expresa de daño emergente y lucro cesante, perjuicios extramatrimoniales, amparo por la actividad de los subcontratistas, amparo patronal y amparo de vehículos propios y no propios.

Finalmente, según el artículo 2.2.1.2.3.1.17, en cuanto a la suficiencia de la póliza, esta no debe ser inferior a 200 SMMLV para contratos con un valor igual o inferior a 1500 SMMLV; 300 SMMLV para contratos entre 1500 y 2500 SMMLV; 400 SMMLV para contratos entre 2500 y 5000 SMMLV; 500 SMMLV para contratos entre 5000 y 10000 SMMLV; y del 5% del valor del contrato cuando este supere los 10000 SMMLV. En cualquier caso, el valor máximo asegurado es de 75000 SMMLV.

Bibliografía

Doctrina

MAZEAUD, Henry & León; TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo I. Vol. 2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1962. 720 p.

SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2014. 277 p.

KARL, Larenz. Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. 542 p.

YOUNG SERRANO, Samuel. El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. 4ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015. 437 p.

ZAPATA GARCÍA, Pedro A. Fundamentos y límites de la Responsabilidad del Estado: una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. 514 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Exp. 23.360. C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Exp. 36.600. C.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Exp. 53.318. C.P. José Roberto Sáchica.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 1 de marzo de 2023. Exp. 57.276. C.P. Fredy Ibarra Martínez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de julio de 2023. Exp. 62.954. C.P. Fredy Ibarra Martínez.

