

Código TRD:2021

PARA: Carlos Alberto Aristizábal López

MEMORANDO:

DE: HELMAN SUAREZ VILLALBA

ASUNTO: Solicitud de nueva póliza para el amparo de cumplimiento. Contrato de Interventoría No. 973 de 2020.

FECHA: 2023-09-28 13:47:05

Respetado(@): Carlos Alberto Aristizábal López

Descripción

Solicitud de nueva póliza para el amparo de cumplimiento. Contrato de Interventoría No. 973 de 2020.

Cordialmente,

HELMAN SUAREZ VILLALBA – Funcionario DISO
(Dependencia a la que pertenece)
Tel. (571) 344 34 60 Ext. (Numero de la Extensión) .

Anexo:

CC:

Elaboró:

Revisó:

ZDR-DIRINFRA-INTCA2020-174-2023

Código TRD: **2120**

Bogotá D.C.,

Ingeniero:
JOSÉ HERIBERTO FERNÁNDEZ GARCÍA
Representante Legal
CONSORCIO ACCESO 2020
Ciudad.

Referencia: Solicitud de nueva póliza para el amparo de cumplimiento. Contrato de Interventoría No. 973 de 2020.

Respetado José Fernández:

A través de la comunicación con Radicado MinTIC No. 231072124 de 25 de septiembre de 2023, la Subdirección de Gestión Contractual del Ministerio TIC, a través de los asesores externos en materia de garantías, emitió concepto respecto a la vigencia del amparo de cumplimiento para la etapa de liquidación del contrato de interventoría 973 de 2020. Al respecto indicó:

“(…) 1. Si bien los hechos descritos por el área consultante pueden corresponder a una ruptura de la regla general de la indivisibilidad de las garantías, y si bien es posible además considerar que aparentemente el contratista interventor incumplió -de manera hoy insuperable- la obligación contractual y legal consistente en mantener vigente la garantía y especialmente el amparo de cumplimiento hasta la liquidación del contrato-, es necesario tomar en cuenta que, la nueva póliza a emitir se trata de un mecanismo que podría ser útil para mitigar los efectos nocivos derivados de la posible situación de incumplimiento, por lo que eventualmente podría ser admitida para únicamente efectos exclusivos de la liquidación del contrato y de manera posterior a las decisiones que sobre el particular adopte la Entidad.

Es decir, si bien esta nueva garantía podría resultar admisible, la misma sería procedente únicamente para los efectos de la liquidación del contrato de interventoría (…)

Por tal razón, se solicita amablemente, la gestión y remisión de la nueva póliza (con una vigencia inicial hasta el 31 de diciembre) para realizar los trámites internos correspondientes a fin de llevar a término el proceso de liquidación.

Cordialmente,

(Firmado digitalmente)

HELMAN SUÁREZ VILLALBA
Supervisor Contrato de Interventoría N° 973 de 2020

Anexo: Concepto radicado No. 231072124

Elaboró: Rosana Ibarra
Revisó: Nathalia Urrego

REGISTRO DE FIRMAS ELECTRONICAS

ZDR Solicitud de nueva poliza a Interv Consorcio Acceso 2020
final

Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones
gestionado por: azsign.com.co



Id Acuerdo:20230927-172030-05c082-98358645

Creación:2023-09-27 17:20:30

Estado:Finalizado

Finalización:2023-09-28 11:56:57

Escanee el código
para verificación

Firma: Supervisor del Contrato

Helman Suárez Villalba
HELMAN SUAREZ VILLALBA
hsuarezv@mintic.gov.co
Asesor Dirección Infraestructura
Ministerio TIC

Revisión: Contratista

NATHALIA URREGO JIMENEZ
1015446874
nurrego@mintic.gov.co
CONTRATISTA
MINTIC

Elaboración: Profesional Universitario

Rosana Ibarra
60262250
ribarra@mintic.gov.co
Profesional Universitario Código 2044 Grado 11
Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

REPORTE DE TRAZABILIDAD

ZDR Solicitud de nueva poliza a Interv Consorcio Acceso 2020
final

Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones
gestionado por: azsign.com.co



Escanee el código
para verificación

Id Acuerdo:20230927-172030-05c082-98358645

Creación:2023-09-27 17:20:30

Estado:Finalizado

Finalización:2023-09-28 11:56:57

TRAMITE	PARTICIPANTE	ESTADO	ENVIO, LECTURA Y RESPUESTA
Elaboración	Rosana Ibarra ribarra@mintic.gov.co Profesional Universitario Código 2044 Gr Ministerio de Tecnologías de la Informac	Aprobado	Env.: 2023-09-27 17:20:30 Lec.: 2023-09-27 17:21:43 Res.: 2023-09-27 17:22:08 IP Res.: 191.95.58.62
Revisión	NATHALIA URREGO JIMÉNEZ nurrego@mintic.gov.co CONTRATISTA MINTIC	Aprobado	Env.: 2023-09-27 17:22:08 Lec.: 2023-09-27 17:31:43 Res.: 2023-09-27 17:31:55 IP Res.: 191.156.229.195
Firma	Helman Suárez Villalba hsuarezv@mintic.gov.co Asesor Dirección Infraestructura Ministerio TIC	Aprobado	Env.: 2023-09-27 17:31:55 Lec.: 2023-09-28 11:43:48 Res.: 2023-09-28 11:56:57 IP Res.: 190.145.189.98

Documentos de soporte

Tipo Solicitante: Persona Natural

Tipo Identificación: OTRO

Identificación: 1015448743

Primer Nombre: CORAL DELGADO

Segundo Nombre: n.e.

Primer Apellido: CORAL DELGADO

Segundo Apellido: n.e.

E-Mail: jjaramillo@cdya.co

Teléfono: n.e.

Corregimiento: n.e.

Vereda: n.e.

Barrio: n.e.

Ciudad / Municipio: BOGOTÁ D.C.

Departamento: BOGOTA

N° Radicado: 231072124

Fecha y Hora: 2023-09-25 20:32:19

Medio Autorizado para Respuesta: Correo Electrónico

Detalle: concepto amparo de cumplimiento

Este radicado cuenta con aprobación para tratamiento de datos.

Bogotá D.C., lunes veinticinco (25) de septiembre de 2023

Señores

FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES/MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES

Atte. Dr. Ricardo Pérez Latorre

Subdirección de Gestión Contractual

Edificio Murillo Toro, Carrera 8ª entre calles 12ª y 12B

Ciudad

REFERENCIA: Contrato 135 de 2023

ASUNTO: Concepto relativo a la vigencia del amparo de cumplimiento para la
etapa de liquidación del contrato de interventoría 973 de 2020

Respetado doctor,

En atención a la solicitud elevada por su Despacho, mediante mensaje de correo electrónico de 6 de septiembre de 2023, y tomando en cuenta la documentación aportada 15 de septiembre de 2023, por la Dirección de Infraestructura como insumo para el respectivo estudio por medio de la presente nos permitimos rendir el respectivo concepto, en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

A través del mensaje de correo electrónico inicial arriba referido, el Equipo de Supervisión de la Dirección de Infraestructura, expuso como supuestos fácticos de la solicitud que ahora nos ocupa, que el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones celebró el contrato interadministrativo 808 de 2020 con la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán S.A EMTEL E.S.P, cuyo objeto consistió en *“prestar el servicio de conectividad de las soluciones de acceso comunitario a internet a través de zonas wifi, en los centros poblados rurales y bajo las condiciones descritas en el anexo técnico”*.

Relata la Dirección de Infraestructura que *“(…)Con el fin de realizar el seguimiento, técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico del contrato interadministrativo, el 23 de septiembre de 2020 se suscribió el contrato de interventoría No.973 de 2020 entre el FONDO ÚNICO DE TIC y el CONSORCIO ACCESO 2020 el cual tenía por objeto: “Realizar la interventoría al servicio de conectividad de las soluciones de acceso comunitario a internet a través de zonas wifi, en los centros poblados rurales y bajo las condiciones descritas en el Anexo Técnico”*.



Seguidamente, precisan que el plazo de ejecución del referido contrato de interventoría, *“junto con sus modificaciones, se estipuló hasta el 30 de septiembre de 2022.”*. Aseveran, que una vez culminado el plazo de ejecución, *“el contrato **se ejecutó en debida forma quedando pendiente el trámite y suscripción del acta de liquidación**”*. (Negrilla fuera de texto original).

Sobre la etapa de liquidación del citado contrato, indica la Entidad, que en el negocio jurídico se incorporó la cláusula décima octava que dispuso lo siguiente: *“Terminada la ejecución del contrato, se procederá a su liquidación en los términos y plazos previstos en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.”*.

En lo atinente a la vigencia del amparo de cumplimiento, puntualizó la Dirección de Infraestructura, *“que la cláusula octava establecía como obligación del contratista mantener vigente el amparo de cumplimiento hasta la liquidación del contrato”*.

En este punto, el Equipo de Supervisión detalla el trámite surtido hasta el momento, tendiente a liquidar el contrato de interventoría No.973 de 2020. Sobre el particular, el área solicitante destaca que *“(…) en el marco del proceso de liquidación del mencionado contrato, el 13 de febrero de 2023 mediante radicado No.232010838 la Supervisión remitió a la Subdirección de Gestión Contractual la solicitud de liquidación junto con los formatos para tal fin. Derivado de ello, el 27 de abril de 2023 mediante radicado 232037757 la Subdirección de Gestión Contractual solicitó ajustes.*

*Dentro del trámite de ajustes a los formatos del proceso de liquidación, **se evidenció que el amparo de cumplimiento tuvo vigencia hasta el 30 de enero de 2023.***

Por lo anterior y en virtud de las estipulaciones contractuales, mediante radicado No. 232067680 la supervisión solicitó ampliación del amparo de cumplimiento; no obstante, a pesar de la disposición del Contratista, el mismo indicó que en virtud de la Circular Externa No. 76 de 1999 de la Superintendencia Financiera de Colombia no es posible ampliar la vigencia de un amparo que se encuentra vencido.”. (Negrilla fuera de texto original)

Por último, ateniéndonos al escenario atrás narrado, la Dirección de Infraestructura solicitó *“(…) concepto sobre cómo proceder en estos casos con el fin de llevar a término la etapa de liquidación del contrato”*.

2. ANÁLISIS JURÍDICO

Con el fin de plantear una postura en torno al asunto consultado, es necesario traer a colación algunos aspectos conceptuales relativos a la garantía única de cumplimiento y a la liquidación de los contratos estatales.

En primer lugar, es necesario recordar que el Estatuto General de Contratación Pública, - específicamente a través del artículo 7 de la ley 1150 de 2007- ha establecido que los contratistas deberán prestar la garantía única para el cumplimiento de las obligaciones



surgidas del contrato, aspecto que ha sido reglamentado a través del Decreto 1082 de 2015.

Éste último, en su artículo 2.2.1.2.3.1.1 precisó -entre otros- que el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de los contratos y su liquidación son riesgos que deben ser cubiertos a través de las modalidades de garantías desarrolladas en dicho reglamento. Cabe anotar que, a continuación, el artículo 2.2.1.2.3.1.3 establece que *“La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible”*, lo que, en palabras de Colombia Compra Eficiente significa que *“(…) por regla general un contrato estatal debe estar amparado mediante una sola garantía”*¹.

Ahora bien, en punto de la garantía única de cumplimiento, es necesario destacar que su reglamentación está contenida especialmente en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del decreto 1082 de 2015. Respecto de las características de esta garantía, Colombia Compra Eficiente ha precisado lo siguiente:

“Tiene carácter indemnizatorio dado que su finalidad es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, para de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

*Tiene por finalidad asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista”*².

Así mismo, es útil tener en cuenta que según ha establecido Colombia Compra Eficiente, en su guía de garantías en Procesos de contratación, los riesgos que se deben cubrir mediante garantías se han identificado *“En función de las fases del Proceso de Contratación”*. Así las cosas, para las fases de contratación y ejecución los siguientes son los amparos que deben contener las garantías -de acuerdo con las características específicas de cada contrato-:

- Buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- Devolución del pago anticipado.
- Cumplimiento del contrato.
- Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.

No obstante, con el fin de no sobrepasar el objeto de la consulta, para los efectos del presente estudio, es necesario señalar que según el artículo 2.2.1.2.3.1.7 la garantía de

¹ Colombia Compra Eficiente. Concepto C-036 de 2022.

² Ibid.



cumplimiento del contrato -en su amparo de cumplimiento- debe cubrir a la entidad de los perjuicios derivados de:

- El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista.
- El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista.
- Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales.
- El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

Así mismo, es necesario tener en cuenta que según dispone el artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015, el amparo de cumplimiento del contrato deberá tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato.

En el caso objeto de estudio, se tiene que el respectivo contrato se encuentra en trámite de liquidación, y que el amparo de cumplimiento que nos ocupa venció antes de que se efectuara la liquidación de dicho contrato, situación ante la cual, la compañía aseguradora manifestó la imposibilidad de ampliar dicho amparo de manera retroactiva, dado que dicho proceder corresponde a una práctica insegura.

Es decir, la situación fáctica puesta de presente por el área consultante parece corresponder al de un escenario de posible incumplimiento de la obligación legal y contractual de mantener vigente el amparo de cumplimiento hasta la liquidación del contrato.

Ante tal problemática, y con el fin de lograr que el negocio jurídico cuente con el amparo de cumplimiento vigente para efectos de la liquidación en trámite, se tiene como una posible solución, la emisión de una nueva garantía tal como ha propuesto el garante.

Si bien dicho escenario puede corresponder a una ruptura de la regla general de la indivisibilidad de las garantías, y si bien es posible además considerar que aparentemente el contratista incumplió -de manera hoy insuperable- la obligación contractual -que por demás se trata de una obligación de orden legal- consistente en mantener vigentes las garantías y especialmente los amparos de cumplimiento hasta la liquidación del contrato-, es necesario tomar en cuenta que, la nueva póliza a emitir se trata de un mecanismo que podría ser útil para mitigar los efectos nocivos derivados de la posible situación de incumplimiento, por lo que eventualmente podrían ser admitidas para únicamente efectos exclusivos de la liquidación de los contratos y de manera posterior a las decisiones que sobre el particular adopte la Entidad.

Es decir, si bien esta nueva garantía podría resultar admisible, la misma sería procedente únicamente para los efectos de la liquidación del contrato de interventoría, contrato que por demás y según el dicho de la Dirección de Infraestructura, se ejecutó satisfactoriamente por parte del contratista.





Al respecto, es útil tomar en cuenta que Colombia Compra Eficiente a través del concepto C-015 de 2023 ha indicado que “(...) puede afirmarse que, en términos ideales, una vez culmina el plazo de ejecución, deja de existir también, en gran medida, el riesgo de incumplimiento por parte del contratista, pues los incumplimientos del contrato suelen ocurrir durante la etapa de cumplimiento, o ejecución de las obligaciones”. No obstante, no es posible desconocer la subsistencia de algunas obligaciones de carácter poscontractual, aspecto sobre el cual volveremos más adelante.

Así las cosas, para el caso objeto de análisis es posible considerar -a la luz de lo certificado por la supervisión- que una vez concluida la etapa de ejecución del contrato, el contenido y alcance del objeto contractual fue cumplido, es decir, no existe actualmente el riesgo de incumplimiento de las obligaciones propias de la etapa de ejecución y consecuentemente -en principio- es posible considerar que con ocasión de la ejecución contractual la Entidad no ha sufrido perjuicios.

En este sentido, es útil tomar en cuenta que una vez concluida la etapa de ejecución del contrato objeto de estudio, corresponde a las partes efectuar la liquidación del negocio jurídico. En tal sentido, es de recordar que “(...) La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado”³.

La liquidación se encuentra principalmente regulada en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“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.

(...)”.

Nótese entonces que, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, aún con posterioridad a la liquidación de los contratos estatales, deberá garantizarse la adecuada

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de octubre de 2014. Exp. 27777.



cobertura de los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones post-contractuales. Cabe recordar que, en palabras de FASECOLDA⁴, “El contratista garantizado no sólo tiene obligaciones contractuales, sino también post-contractuales que surgen después del vencimiento del plazo del acuerdo. Esencialmente, este tipo de obligaciones está relacionado con el deber de garantizar la estabilidad de los trabajos realizados, el buen funcionamiento de los bienes entregados o la calidad del servicio prestado”.

Así las cosas, se recomienda que el acta de liquidación consigne la obligación radicada en cabeza del contratista consistente en ampliar la respectiva garantía de modo que queden debidamente amparados los riesgos de incumplimiento de las obligaciones propias de la etapa post-contractual.

3. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, para el caso objeto de consulta, es posible concluir lo siguiente:

1. Si bien los hechos descritos por el área consultante pueden corresponder a una ruptura de la regla general de la indivisibilidad de las garantías, y si bien es posible además considerar que aparentemente el contratista interventor incumplió -de manera hoy insuperable- la obligación contractual y legal consistente en mantener vigente la garantía y especialmente el amparo de cumplimiento hasta la liquidación del contrato-, es necesario tomar en cuenta que, la nueva póliza a emitir se trata de un mecanismo que podría ser útil para mitigar los efectos nocivos derivados de la posible situación de incumplimiento, por lo que eventualmente podría ser admitida para únicamente efectos exclusivos de la liquidación del contrato y de manera posterior a las decisiones que sobre el particular adopte la Entidad.

Es decir, si bien esta nueva garantía podría resultar admisible, la misma sería procedente únicamente para los efectos de la liquidación del contrato de interventoría, contrato que por demás y según el dicho de la Dirección de Infraestructura, se ejecutó satisfactoriamente por parte del contratista.

2. Así mismo, se recomienda que el acta de liquidación consigne la obligación radicada en cabeza del contratista, consistente en ampliar la respectiva garantía de modo que queden debidamente amparados los riesgos de incumplimiento de las obligaciones propias de la etapa post-contractual.

⁴ FASECOLDA. *Manual de Contratación Estatal y Seguro de Cumplimiento*. Disponible en <https://www.fasecolda.com/ramos/cumplimiento/preguntas-frecuentes-en-materia-de-seguro-de-cumplimiento-ante-entidades-estatales/>





3. Si en gracia de discusión, la entidad sufrió algún perjuicio con ocasión de la ejecución del contrato o como consecuencia de la no ampliación del amparo de cumplimiento, podría a través del acta de liquidación pactarse los acuerdos a que haya lugar entre las partes con el fin de declararse a paz y salvo y extinguir las relaciones jurídico-negociales.

En los anteriores términos queda sentado nuestro concepto. Quedamos atentos a resolver cualquier inquietud adicional sobre el particular.

Cordialmente,

JAVIER E. DELGADO CAMPUZANO

Abogado Líder

Socio Representante Legal

