

Bogotá D.C., 19/02/2019 Hora 15:4:9s

N° Radicado: 2201913000000959

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000000107

Temas: Garantía; responsabilidad civil extracontractual.

Tipo de asunto consultado: Responsabilidad del Estado por incumplimiento contractual de un contratista del Estado frente a un tercero.

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 09 de enero de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PROBLEMA PLANTEADO**

Una empresa extranjera contrata con el Estado para hacer una vía, esta sociedad extranjera celebra un contrato de suministro con una empresa de dotaciones, ¿Si la sociedad extranjera incumple con el pago a la empresa de dotaciones, el Estado tendría algún tipo de responsabilidad por dicho incumplimiento?

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Colombia Compra Eficiente no puede determinar la responsabilidad del Estado con ocasión de un incumplimiento contractual de un contratista del Estado frente a un tercero. Ahora bien, es importante señalar que, de acuerdo con lo expuesto en la consulta, se trata de dos negocios jurídicos diferentes, (i) el celebrado entre el Estado y la empresa extranjera; y (ii) el celebrado entre la empresa extranjera y la empresa de dotación. Esto quiere decir que, en principio las partes de cada relación contractual son responsables entre ellas por los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento de las obligaciones contractuales que tienen a su cargo.

Por su parte, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Estado podrá responder por los daños causados a un tercero con ocasión a la acción u omisión de su contratista por la actividad realizada por estos en ejecución del convenio o contrato celebrado con la Entidad. En este sentido, el supuesto de hecho mencionado en el derecho de petición, no se encuadra dentro de los supuestos para que se configure la responsabilidad del Estado, toda vez que, el perjuicio causado a la empresa de dotaciones no se da como consecuencia de la ejecución contractual de la empresa extranjera y la entidad del Estado.



■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. De acuerdo con el Consejo de Estado ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, la parte cumplida podrá exigir su cumplimiento, o solicitar su terminación con la consecuente indemnización de los perjuicios.
2. Por su parte, la Corte Constitucional indica que, *“El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante incumplido, y por estos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como un efecto necesario y lógico. Estos perjuicios directos se clasifican (...) en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros solo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento de sus obligaciones y de (...) tanto los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte”*
3. Las garantías deben cubrir los siguientes riesgos: *“El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título.”*
4. El cubrimiento de la garantía de responsabilidad civil extracontractual incluye: *“La Entidad Estatal debe exigir en los contratos de obra, y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario con ocasión de los Riesgos del contrato, el otorgamiento de una póliza de responsabilidad civil extracontractual que la proteja de eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.*

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

Conforme con lo anterior, si en los contratos estatales se prevé la exigencia de una garantía que cubra los Riesgos derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, esta garantía no cubrirá los incumplimientos contractuales que surjan de los contratos celebrados por el contratista; sino que sólo cubrirá la afectación a un tercero por alguna acción u omisión del contratista o subcontratista que



se deriva de una actividad que tiene una relación directa con el objeto contratado.

5. Por otro lado, de acuerdo con el Consejo de Estado, *“De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado.*

(...)

Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio.

6. En este sentido, ante el incumplimiento de obligaciones pactadas en contratos del cual el Estado no hace parte, los únicos que deben responder son las partes de este. Ahora bien, en el único caso que el Estado puede responder por los daños ocasionados a un tercero por la acción u omisión del contratista son los que se produzcan con ocasión de la actividad contratada por el Estado.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.2.3.1.1, 2.2.1.2.3.1.8

Consejo de Estado, Sección tercera. Fecha: 13 de noviembre de 2008. MP: Enrique Gil Botero. Exp. 17009.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1008 del 09 de diciembre de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Fecha: 7 de junio de 2007. MP: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16089

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Luisa Fernanda Vanegas Vidal

Subdirectora de Gestión Contractual

Proyectó: Sara Milena Núñez Aldana

Revisó: María Catalina Salinas R.



