

**ANÁLISIS DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO
Y SU COMPARACIÓN CON EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO
EN EL DERECHO PRIVADO**

**CRISTINA LIÉVANO GÓMEZ
IVÁN TRUJILLO PANTOJA
FRANCISCO JOSÉ CHÁUX DONADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.
2009**

**ANÁLISIS DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO
Y SU COMPARACIÓN CON EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO
EN EL DERECHO PRIVADO**

**CRISTINA LIÉVANO GÓMEZ
IVÁN TRUJILLO PANTOJA
FRANCISCO JOSÉ CHÁUX DONADO**

**Trabajo de Grado para optar al Título de
ABOGADO**

**ARMANDO RAFAEL GUTIÉRREZ VILLALBA
Director de Tesis**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.
2009**

CONTENIDO

	Pág.
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN	5
2. LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO	7
2.1 ¿QUÉ ES LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO?	7
2.2 LOS RIESGOS QUE AMPARA LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO	10
2.2.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo	10
2.2.2 Devolución del pago anticipado	10
2.2.3 Comparación entre el Pago Anticipado y el Anticipo	11
2.3 CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS DEL CONTRATO ESTATAL	15
2.4 PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	16
2.5 ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	16
2.6 CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS	17
2.7 CALIDAD DEL SERVICIO	18
2.8 EL CUBRIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR PARTE DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO	18
2.9 LOS DEMÁS INCUMPLIMIENTOS DE OBLIGACIONES QUE LA ENTIDAD CONTRATANTE CONSIDERE DEBEN SER AMPARADOS	21
3. PARTES INTERVINIENTES	22
3.1 ASEGURADOR	22
3.2 ASEGURADO	22
3.3 TOMADOR	23
3.4 BENEFICIARIO	24
4. FORMAS DE INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO	26
4.1 LA PÓLIZA DE SEGUROS	26
4.2 FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTÍA	29
4.3 GARANTÍA BANCARIA A PRIMER REQUERIMIENTO	30
4.4 ENDOSO EN GARANTÍA DE TÍTULOS VALORES	31
4.5 DEPÓSITO DE DINERO EN GARANTÍA	32
5. EXCEPCIONES AL OTORGAMIENTO DE GARANTÍA	33
6. INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA	35

7. EL CONTRATO DE SEGURO	36
7.1 EL CONTRATO DE SEGURO EN EL DERECHO PRIVADO	36
7.2 PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO	37
7.2.1 Parte aseguradora	37
7.2.2 Parte asegurada	39
8. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGURO	40
8.1 CONSENSUAL	40
8.2 BILATERALIDAD	41
8.3 ONEROSO	42
8.4 ALEATORIO	42
8.5 TRACTO SUCESIVO	43
8.6 BUENA FE	43
8.7 ADHESIÓN	44
9. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO	46
9.1 INTERÉS ASEGURABLE	46
9.2 RIESGO ASEGURABLE	46
9.3 LA PRIMA	47
9.4 OBLIGACIÓN CONDICIONAL DEL ASEGURADOR	47
10. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO	48
10.1 DEFINICIÓN Y ANTECEDENTES	48
10.2 MODALIDADES DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO	49
10.3 DEFINICIÓN	49
10.4 DESARROLLO HISTÓRICO	51
10.5 GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA	52
10.6 EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO Y LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO	55
10.7 LA ACEPTACIÓN DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO	61
10.8 LA CONSTITUCIÓN DEL TÍTULO PARA EL COBRO	63
10.9 DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, TERMINACIÓN UNILATERAL Y CADUCIDAD	66
10.10 LA JURISDICCIÓN COMPETENTE Y EL PROCESO DE EJECUCIÓN	70
11. COMPARACION DEL SEGURO PRIVADO Y EL SEGURO PÚBLICO	74
11.1 LA REVOCACIÓN DE LA PÓLIZA POR FALTA DE PAGO	74
11.2 LA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS EN LA SERIEDAD DE LA OFERTA	75
11.3 LA PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE SEGUROS	76
12. CONSIDERACIONES FINALES	78
ANEXOS	80
BIBLIOGRAFIA	79

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN

Encontramos pues que para el cumplimiento de las tareas encomendadas a cualquiera de las Ramas, necesitamos una infraestructura dotada del material necesario y de un personal capacitado y comprometido con las finalidades estatales, que ejecutan un sin número de movimientos diarios, que necesitan un sustento Jurídico localizado en la Contratación Estatal. El Estado a través de sus Establecimientos satisface parte de los cometidos por medio de Contratos Estatales.

Este régimen de contratación, que no ha sido exento de críticas por las diversas falencias que puede presentar y que puede dar lugar a situaciones de corrupción, ha sufrido a través de los años grandes modificaciones normativas, tanto legales como reglamentarias, tendientes a la precisión normativa con el ánimo de que esta actividad se desarrolle bajo bases responsables y adecuadas.

Será la misión de este trabajo el estudio de la garantía única de cumplimiento, disposición de suma importancia dentro del tráfico jurídico Nacional.

Esta garantía que se debe prestar en favor de la Entidad Estatal, tiene una gran importancia puesto que es una herramienta dada para la especial protección, que requiere el erario público de eventuales desviaciones, malversaciones o usos impropios. Por otro lado y no menos importante, se pretende que con la garantía única de cumplimiento, se de la ejecución satisfactoria del objeto contractual, todo lo anterior; para lograr y hacer efectivos esos mandatos del Servicio a la Comunidad como finalidad del Estado.

Hasta hace muy poco, la Garantía Única de Cumplimiento venía prestándose con unas bases normativas muy frágiles, dicha consecuencia tenía a las Entidades públicas y a la comunidad en general en una permanente situación de ineficiencia. Situación probablemente corregida el 24 de diciembre de 2008 con la expedición del Decreto reglamentario 4828 que se encargó de Reglamentar a cabalidad esta herramienta jurídica. Con el presente estudio queremos hacer referencia y alusión a aquellas disposiciones que son innovadoras en el presente Decreto. De igual forma queremos resaltar aquellos aspectos que presentaron cambios sustanciales en comparación con la antigua regulación.

Por otro lado el estudio comprenderá críticas tanto negativas como constructivas que merece la regulación, este Decreto es una novedad tanto para el Régimen de Contratación Administrativa y para el Derecho Comercial, en especial lo concerniente a la constitución de dicha garantía. Por ende, requiere un estudio serio y concreto que sirva tanto como herramienta académica como para el uso profesional por parte de aquellas personas que participan día a día de la contratación estatal.

Queremos ofrecer con este trabajo un análisis dual, tanto de Derecho privado como Publico, pero refiriéndonos de especial manera al tema de los seguros, presentando un esclarecimiento de lo que es hoy en día la garantía única de Cumplimiento.

La Constitución Política de Colombia y los lineamientos administrativos, han establecido de manera clara y reiterada el “servicio a la comunidad” como un fin esencial del Estado, es decir; un servicio permanente a la comunidad que se manifiesta de diversas maneras, entre ellas, la creación o mantenimiento de obras publicas, la prestación de ciertos servicios y de igual forma, el establecimiento de políticas publicas derivadas de importantes estudios ya sean estos desarrollados dentro de la institución o con la ayuda de terceros.

2. LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

2.1 ¿QUÉ ES LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO?

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, se crea la figura de la “Garantía Única de Cumplimiento”, la cual tiene como objeto el amparo y protección que deben prestar ante las entidades estatales, aquellos contratistas que desarrollen relaciones jurídicas con estas. Lo anterior con el único y exclusivo fin de que se garantice el pago de perjuicios provenientes del incumplimiento de sus obligaciones.

En su artículo 25 # 19, la Ley 80 establece:

“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.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, inter administrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.”¹

De igual forma la nueva ley de Contratación (Ley 1150/07) que no modificó en su integridad a la Ley 80 dispone en su artículo 7:

¹ Ley 80 de 1993, Artículo 25, Numeral 19.

“Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. 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, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

*PARÁGRAFO TRANSITORIO. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.*²

Ambas leyes hacen referencia la garantía de cumplimiento, sin embargo La ley 1150/07 brinda una mayor apertura de la misma en cuanto no limita la constitución de la garantía a pólizas de compañías de seguros o garantías bancarias, si no que permite que se podrá constituir mediante otras alternativas de cobertura que permita el reglamento.

² Ley 1150 de 2007. Artículo 7.

Así mismo se habla de la garantía de seriedad que deben presentar los proponentes en sus ofrecimientos. De igual forma se establece en esta nueva norma, que el gobierno nacional reglamentara:

1. Las condiciones generales de las pólizas.
2. Los criterios para la exigencia de garantías, las clases y niveles de riesgos amparados.
3. Los eventos en los que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato. Propuesta más positiva, atiende a una realidad de diversidad de tipos de riesgos y contratos. Rompe la camisa de fuerza.
4. Las excepciones a la obligatoriedad de otorgar las garantías:
 - En los contratos de empréstito, ínter administrativos y de seguros.
 - Los contratos con valor inferior al 10% de la menor cuantía.

Esta garantía de cumplimiento deberá contener todos los amparos suficientes que logren la protección integral del Estado en la Contratación.

Es por esto que variara dependiendo el objeto contractual. Sin embargo esta se ha venido aplicando conforme al artículo 60 de la ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994 en su artículo 17³. Con la expedición del Decreto 4828 de 2008 las eventualidades a cubrir son las siguientes:

³ Ley 80 de 1993. Artículo 60: "(...) 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."

Decreto 679 de 1994. 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.

La garantía de salarios y prestaciones sociales del personal que el contratista emplee en el país para la ejecución del contrato se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los cuales de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del **artículo 34** del Código Sustantivo del Trabajo...."

2.2 LOS RIESGOS QUE AMPARA LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

2.2.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.⁴

Este amparo tiene como objeto principal preservar el equilibrio financiero del contrato y de igual forma pretende proteger a las entidades estatales de aquellos perjuicios derivados del mal uso o de la apropiación indebida que el contratista haga con el dinero o bienes que se le hayan entregado a título de anticipo para llevar a cabo el objeto contractual. Se habla de un uso indebido del anticipo cuando aquellos dineros o bienes no son utilizados para la ejecución del contrato. Se pretende que dichos dineros sean empleados correctamente y que en ningún momento sean objeto de goce personal o distinto al pactado en el contrato.

Conforme a la Ley 80 en su artículo 40, se ha establecido que dicho anticipo no podrá exceder el 50% del valor del contrato y por su parte el Decreto Reglamentario 679 de 1994 dispone que El valor del amparo de anticipo o pago anticipado deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo o pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo.⁵

De esta forma el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos con ocasión de:

- a) La no inversión
- b) El uso indebido
- c) La apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.

2.2.2 Devolución del pago anticipado. El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

⁴ Decreto 4828 de 24 de diciembre de 2008.

⁵ Decreto 679 de 1994, Artículo 17, Literal a

2.2.3 Comparación entre el Pago Anticipado y el Anticipo. La ley 80 de 1993 en el párrafo del artículo 40 menciona sobre el particular lo siguiente:

“Artículo 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las provisiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

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

En consecuencia en los contratos que celebren las entidades estatales es viable la entrega de anticipo o pago anticipado de acuerdo con la naturaleza de la prestación a desarrollar por el contratista.

Conforme al Concepto Jurídico No 7461 Febrero 07 de 2006 de la Contraloría General de la República ⁶se ha establecido que el anticipo es la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, en otras palabras, es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar, bajo estas condiciones se exige que el mismo sea amparado con una garantía consistente en una póliza de seguro correspondiente al 100% de su valor, como también que se amortice durante la ejecución del contrato.

⁶ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.. Concepto Jurídico No. 7461, Febrero 07 de 2006.

De acuerdo con el concepto, a diferencia del anticipo, el pago anticipado consiste en un pago parcial que el contratante realiza al contratista, en tal sentido las sumas percibidas ingresan al patrimonio de éste, mientras que los dineros que recibe como anticipo son en calidad de préstamo, quiere ello significar que el anticipo continua siendo de propiedad de la entidad pública y su inversión sólo procede en aspectos propios del objeto contractual.

Por otro lado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, expresó en la Sentencia 13436 de Junio 22 de 2001 que:

"... La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada.

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

Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato."⁷

En igual Sentido, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en concepto dirigido a la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Guaviare el 17 de Marzo de 2004, indicó que el anticipo se puede entender como los recursos que la entidad entrega al contratista (incluso antes de la ejecución del contrato), con el fin de financiarlo y no como un pago de los trabajos o labores ya realizados. Frente al Pago Anticipado agregó que éste hace parte del precio y su entrega comporta la extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la

⁷ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expresó en la Sentencia 13436 de Junio 22 de 2001.

entidad, sólo que de manera adelantada a la realización del contrato o como primer contado. Finalmente dijo que los dineros entregados al contratista a título de pago anticipado, entran a su patrimonio y no tienen destinación diferente a la que su dueño de manera libre y autónoma quiera darle. Añadió que los pagos anticipados se utilizan generalmente en las compras de bienes inmuebles y en compras de automóviles.⁸

- *Diferencia entre el Anticipo y el Pago Anticipado*⁹

<u>ANTICIPO</u>	<u>PAGO ANTICIPADO</u>
No constituye un pago en el momento en que se efectúa.	Es un pago. Retribuye en forma anticipada parte del valor del contrato.
El dinero no es del contratista sino de la Entidad contratante y por ende debe invertirse de acuerdo al plan de inversión presentado por el contratista.	El dinero es de propiedad de contratista y lo puede destinar libremente. No hay plan de inversión pactado.
La Entidad está obligada al seguimiento de la inversión.	La Entidad no está obligada a hacer seguimiento.
No está sujeto a descuentos y retenciones porque no es un pago.	Está sujeto a descuentos y retenciones de ley.
No entra al patrimonio del contratista, continúa siendo recursos públicos, asegurables con una garantía para la correcta y adecuada inversión y manejo de los mismos.	Al entregarse constituye extinción parcial de la obligación de pago a cargo de la entidad contratante.
El valor del anticipo se descuenta de cada pago que se realice al contratista.	Su destinación depende de la libre voluntad del contratista.
La ejecución del contrato por tanto, constituye amortización de dicho valor.	Su adecuado uso está avalado por la garantía única de cumplimiento del contrato, de lo contrario, se entraría a hacer o exigir duplicidad de cobros.
En el evento en que generen rendimientos financieros, son de la entidad contratante.	Por lo general se aplica en contratos de ejecución inmediata; casos típicos compra de inmuebles o automotores.
Puede ser pactado en contratos de tracto sucesivo con excepción de los contratos de prestación de servicios personales.	No existe injerencia de la Interventoría en su manejo o inversión. ¹⁰

⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en concepto dirigido a la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Guaviare, 17 de Marzo de 2004.

⁹ DÁVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Segunda edición. Legis, Bogotá, 2003. p. 395 397.

De igual forma La Directiva Presidencial numero 12 de 2002 en su numeral 6 establece con respecto al Anticipo y al pago Anticipado lo siguiente:

“6. Manejo de pagos anticipados y anticipos en la contratación estatal salvo casos excepcionales plenamente justificados y motivados, las entidades no pactarán pagos anticipados.

Para el caso de los anticipos se establece como criterio que la entrega de recursos se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato.

Deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo y en consecuencia los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecen al Tesoro.

Los destinatarios de la presente directiva deberán informar y promover directamente entre los funcionarios a su cargo el contenido de la misma, así como tomar las medidas necesarias para su cumplimiento.” (Los subrayados están fuera de texto).¹¹

Unido a lo anterior, la Directiva Presidencial Numero 4 del 4 de Abril de 2003, dirigida a los ministros del despacho, directores de los departamentos administrativos, superintendentes, directores de unidades administrativas, gernetes y presidentes de entidades centralizadas y descentralizadas del orden nacional establece y reitera que, salvo casos excepcionales plenamente justificados y motivados, las entidades no pactarán pagos anticipados.¹²

La Directiva también ordena, que para el caso de los anticipos debe establecerse como criterio, para la entrega de los recursos, que se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los dineros y su destinación exclusiva al contrato. Además volvió a indicar que *deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo*, y en consecuencia, los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecerán al Tesoro.

Por otro lado debe tenerse en consideración lo establecido en el reciente Decreto 4828 de 2008:

¹⁰ SENA. Oficina Jurídica. DIRECTRIZ JURÍDICA No. 23 1-0010- 3-2006-01766, Bogotá D. C., 20 de octubre de 2006.

¹¹ Directiva presidencial número 12, de 2002, Numeral 6.

¹² Directiva Presidencial número 4, del 4 de Abril de 2003.

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

4.2.2 Devolución del pago anticipado. El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.¹³

2.3 CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS DEL CONTRATO ESTATAL

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.¹⁴

Este amparo busca garantizar el cumplimiento de todas aquellas obligaciones derivadas del contrato. Conforme al Decreto 679 de 1994, el valor no podrá ser inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al 10% del valor del contrato. En caso dado de que se haya dado el incumplimiento del contrato, le corresponde a la Entidad demostrar y probar el monto de la pérdida. A manera de ejemplo, si el contratista cumplió con un 60% de la obligación, la indemnización será el 40% del valor asegurado.

Una gran diferencia entre las garantías otorgadas para la celebración de contratos estatales y aquellas otorgadas para los contratos derivados entre particulares, radica en que la póliza oficial cubre de igual forma aquellos valores que deba desembolsar el contratista por concepto de las multas que le sean impuestas, factor que no opera en la contratación realizada entre particulares. La cláusula penal será de igual forma garantizada por la póliza de cumplimiento.¹⁵

¹³ Decreto 4828 de 2008. Artículos. 4.2.1 y 4.2.2.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 22 de Noviembre de 1989.

2.4 PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES

El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.¹⁶

El amparo de salarios y prestaciones sociales tiene como objeto brindarle una protección a la entidad pública contratante en el caso de presentarse por parte del contratista un incumplimiento en el pago de prestaciones sociales o el pago de salarios a los empleados contratados para la ejecución del contrato.

El código sustantivo del Trabajo en su artículo 34 establece que el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra, será solidariamente responsable con el contratista del pago de los salarios y las prestaciones sociales. El amparo de los salarios y las prestaciones sociales tiene su base en la figura de la solidaridad entre el contratante principal o dueño de la obra y el subcontratista. Conforme a esta solidaridad, en caso dado de que el contratista incumpla sus obligaciones en materia laboral, los trabajadores o empleados podrán repetir contra la entidad contratante, en este caso la entidad pública, generando así un daño patrimonial.

El Decreto 679 de 1994 señala que el valor de este amparo será igual cuando menos al cinco por ciento (5%) del valor del contrato y por su parte la vigencia, por el término del contrato y tres (3) años más, por cuanto es el término de prescripción de los derechos laborales.

El Decreto 4828 de 2008 establece que el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.

2.5 ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA

El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.¹⁷

¹⁶ *Ibíd*em

¹⁷ *Ibíd*em

Este amparo opera en aquellos casos que el contratista no utiliza los elementos de las calidades acordadas, de igual forma se da en los casos en se aplica una técnica incorrecta o distinta a la que la respectiva ciencia demanda. Este amparo se da principalmente en los contratos cuyo objeto sea la ejecución de obras a cargo del contratista. Se pretende asegurar la calidad e idoneidad de la obra. El profesor Galindo Cubides ha establecido que este amparo pretende que la obra no sufrirá deterioro, en condiciones normales de uso y que se conservara armónicamente, con seguridad y firmeza de su estructura.¹⁸ Frente a la vigencia, establece el Decreto 679 de 1994 que este amparo no podrá ser inferior a 5 años y de igual forma el valor asegurado será determinado por la entidad estatal conforme al valor total de la obra.

Como lo expresa el Decreto 4828 de 2008 el amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista. Además establece la misma vigencia sin embargo agrega una excepción que consiste en que podrá ser inferior a cinco años cuando la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior.

2.6 CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS

El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo¹⁹

Este amparo tiene su aplicación principalmente en aquellos contratos que versen sobre la prestación de servicios o la compraventa de bienes muebles. Se busca garantizar que los bienes muebles adquiridos o los servicios a prestar cumplan con las calidades previstas y que su funcionamiento este en sintonía con el objeto que motivo la contratación. En el correspondiente contrato se determinara la vigencia y el valor asegurado teniendo en cuenta el valor total del bien o servicio.

De acuerdo al Decreto 4828 de 2008 el valor de esta garantía se determina en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. Así mismo establece que su vigencia debe establecerse con sujeción a los términos del contrato, y deberá cubrir por lo menos

¹⁸ GALINDO CUBIDES, Hernando. El seguro de fianza. Tercera Edición, 1985. p.182

¹⁹ Ibídem

el lapso en que de acuerdo con la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta y por los vicios ocultos.

2.7 CALIDAD DEL SERVICIO

El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.²⁰

2.8 EL CUBRIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR PARTE DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

A partir del Artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993 y del Artículo 17 del Decreto reglamentario 679 de 1994, se creó en Colombia la obligación de establecer la garantía única de cumplimiento en los contratos estatales, la cual; debía contener una póliza adicional y especial, que amparara la Responsabilidad Extracontractual que pudiera surgir por el contrato celebrado entre la entidad pública y el contratista, imputable a la primera, es decir; generar una protección a la Responsabilidad Extracontractual de la administración pública derivada de un contrato estatal.

En términos de la legislación anterior la garantía única de cumplimiento se otorga con el objeto de *"(...) respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales (...)"*²¹ y debe acaparar la Responsabilidad Extracontractual en los casos de los contratos de obra y en los otros que la entidad considere necesario *"(...) se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivada de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa(...)"*²².

Habiendo examinado la legislación anterior pasaremos a continuación a ver los cambios introducidos por la Ley 1150 de 2007 y por el Decreto 4828 de 2008 sobre el tema en estudio.

Las modificaciones realizadas por la Ley 1150 sobre el tema de la garantía son extensas, pero concentrándonos en el punto bajo análisis vemos que la modificación es casi nula, ya que establece la nueva normatividad en su Artículo 7: *"(...) Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las*

²⁰ Ibídem

²¹ Ley 80 de 1993. Art. 25, numeral 19.

²² Decreto 679, Artículo 17 de 1994.

obligaciones surgidas del contrato (...)” y conservando la normatividad anterior el Decreto 4828 en su artículo 5 establece que corresponde a: “(...) *la entidad pública (...) exigir en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista (...)*” vemos pues como el panorama normativa continua casi idéntico en las dos regulaciones sin tener modificaciones de trascendencia jurídica.

De lo anterior podemos concluir que la garantía única de cumplimiento para casos especiales como el contrato de obra, debe contener las seguridades necesarias para que la entidad estatal pueda proteger su responsabilidad patrimonial frente a terceros que se vean afectados por el contrato estatal, Protegiendo de manera especial aquella responsabilidad que se da en ocasión de la existencia o ejecución del contrato frente a terceros que no sean parte del mismo, esto no siendo de la esencia de esta garantía, ya que esta existe para proteger la responsabilidad dada por un nexo contractual y no aquella creada sin un vínculo jurídico preexistente, es decir; que además de dar seguridad a un contrato debe garantizar de manera extraordinaria una Responsabilidad Extracontractual de la entidad pública contratante.

En pocas palabras la función de la garantía es extendida, ya que el amparo de la posible Responsabilidad Patrimonial Extracontractual de la Administración Pública, que se produzca por un contrato estatal, debe ser cubierto por la garantía única cumplimiento, ya que se asegura la totalidad del proceso contractual²³.

La doctrina nacional mas especialidad sobre la materia se ha pronunciado sobre este tema estableciendo que:

“el origen de esta garantía especial se encuentra en el principio de la responsabilidad patrimonial de la administración pública (art. 90 de la Constitución), en tanto ésta tiene una responsabilidad directa y objetiva por todos los daños antijurídicos que soporten los particulares como consecuencia de la ejecución de una obra pública, como por ejemplo, por los accidentes que pueda causar una deficiente o inadecuada señalización de los trabajos de construcción, o las lesiones que sufran transeúntes por los materiales que caigan de la construcción, o las averías que se produzcan a un inmueble, etc. casos en los cuales, resulta comprometida la responsabilidad patrimonial de la Administración, independientemente de cualquier imputación a título de dolo o culpa, y la víctima está legitimada para

²³ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, Concepto No. 2000022290-1, Julio 12 de 2000.

*demandar directamente a la entidad pública para que le repare el daño, sin perseguir al contratista*²⁴

Para concluir este punto, es necesario traer a colación un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, el aclarara aun mas este tema: *“(...) la garantía contractual básica es la denominada garantía única que en veces debe incluir la de responsabilidad civil frente a terceros, como garantía adicional, imperativa en los contratos de obra pública, la cual no está orientada a avalar el cumplimiento del contrato, sino la responsabilidad civil que le pueda incumbir a la entidad pública frente a terceros por daños causados durante la ejecución del contrato(..)”*²⁵

No sobra recordar que en la póliza especial para la Responsabilidad Extracontractual derivada de un contrato, es necesario incluir el amparo del lucro cesante y del perjuicio moral, ya que estos no están implícitos en la póliza, debido a la disposición legal del Artículo 1088 del Código de Comercio, el cual establece el principio de la indemnización integral, y a su vez manda la necesidad de pactar expresamente el tema del lucro cesante como objeto de indemnización en los contratos de seguro²⁶.

Sobre el tema del daño moral, la ley establece que el seguro de responsabilidad impone la obligación al asegurador de indemnizar los perjuicios patrimoniales más no los morales o fisiológicos que puedan sufrir las víctimas de la conducta antijurídica desplegada por el asegurado²⁷.

Con la expedición del Decreto 4828 del 2008, se zanja la excusa legal del Código de Comercio anteriormente explicada, ya que en el Artículo 16.2 establece que en las pólizas de Responsabilidad Extracontractual se deberán amparar los perjuicios que cause el asegurado tanto en el tema del daño emergente como del lucro cesante, y a su vez manda la cobertura expresa de todos los daños extrapatrimoniales (daño moral, perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación) que se causen al beneficiario. Amen pues de este tipo de normas que tienden a favorecer la protección del patrimonio público y no permiten la trampa legal a las

²⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. p. 254.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, CP. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Sentencia del 10 de Marzo de 2005. Rad. 14245.

²⁶ CODIGO DE COMERCIO. Artículo 1088: “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

²⁷ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 112: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

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

obligaciones de las aseguradoras, practica reiterada en el trafico jurídico de los seguros, que se constituye en una costumbre *contra legem* que podría llegar a afectar el erario publico.

2.9 LOS DEMÁS INCUMPLIMIENTOS DE OBLIGACIONES QUE LA ENTIDAD CONTRATANTE CONSIDERE DEBEN SER AMPARADOS

PARÁGRAFO. En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

3. PARTES INTERVINIENTES

3.1 ASEGURADOR

Entidad reconocida por ley que se encuentra bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera. La compañía de seguros es la entidad que se encarga de expedir la póliza con los respectivos amparos que le sean solicitados.

Dentro del contrato, también existe una clara manifestación de la voluntad en el momento de otorgar la póliza, toda vez que el asegurador se encuentra en la capacidad de seleccionar los riesgos y determinar si se obliga o no a expedir la mencionada póliza teniendo en cuenta las condiciones de los amparos solicitados por el tomador. En ese sentido, se podría eventualmente negar a la celebración del contrato de seguro y por ende a la expedición de una garantía única. Por otro lado, en caso de aceptar la celebración del contrato, la compañía expedirá junto con la póliza, unas condiciones generales que harán parte integrante de la misma.

Estos documentos, se encargan de delimitar las obligaciones de las partes, estableciendo el alcance de las coberturas otorgadas, los parámetros del desarrollo del contrato, y todo lo relacionado con los elementos del contrato de seguro tales como los deducibles, las vigencias pactadas, los amparos otorgados, y/o exclusiones contractuales.²⁸

3.2 ASEGURADO

Es la persona natural o jurídica a quien se pretende proteger contra el incumplimiento, en este caso es la Entidad pública que ha celebrado un contrato.

La manifestación de la voluntad proveniente del asegurado, que para nuestro caso es la entidad estatal, también es necesaria para que la “garantía única” tenga validez.

Esta disposición proviene del artículo 18 del decreto reglamentario 679 de 1994, el cual consagra:

“De la aprobación de la garantía única: La entidad estatal contratante sólo aprobará la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en el presente decreto. La entidad estatal

²⁸ TEXTO. SALOM, Diana. Compañía Aseguradora de Fianzas. 2001.

contratante al aprobar la garantía deberá abstenerse en todo caso, de emplear prácticas discriminatorias.”

Con base en el anterior artículo, podemos determinar que la entidad estatal puede aprobar o no, la garantía única constituida por el contratista con la compañía aseguradora, y su aprobación traerá con sígo la aceptación de los términos pactados con el asegurador, establecidos tanto en la carátula de la póliza como en sus condiciones generales.

Teniendo en cuenta que la garantía única esté correctamente constituida, y que las partes contratantes quedarán sometidas a las leyes que rigen dicho contrato de seguro y a las condiciones generales y especiales establecidas en la póliza, podemos determinar, que son claras las obligaciones que cada una de las partes tiene dentro del desarrollo de dicho contrato, y que la manifestación de la voluntad de una sola de ellas, no podrá cambiar las condiciones para las demás.

Por lo anterior, hay que observar que dentro de las condiciones generales de la póliza, y la carátula de la misma, se establecen con exactitud los amparos otorgados por la compañía, y no se podrán ampliar o modificar los mismos, sin que exista una aceptación expresa por parte suya.²⁹

3.3 TOMADOR

Es la persona jurídica o natural que libremente solicita la póliza, con el ánimo de que el asegurador garantice el cumplimiento de las obligaciones que este deba realizar para con el asegurado, en virtud de un contrato celebrado entre ellos.

La persona natural o jurídica que desee celebrar un contrato con alguna entidad pública, deberá someterse a lo establecido en el ya mencionado “Estatuto General de Contratación” establecido en la ley 80 de 1993 y en sus decretos reglamentarios. Dentro de las obligaciones establecidas por este estatuto, se encuentra la de constituir una “Garantía Única” que busque avalar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su contrato, a fin de proteger los intereses de la administración pública, durante el tiempo establecido por la misma ley, teniendo en cuenta la clase y la ejecución del contrato. En virtud de lo anterior, el contratista de la entidad estatal, deberá buscar la expedición de dicha garantía, bien sea mediante la constitución de una póliza otorgada por una compañía de seguros legalmente autorizada para su funcionamiento, o a través de garantías bancarias. (Numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993).

En este orden de ideas, el contratista puede elegir la constitución de esta garantía, primero con la elección de la entidad aseguradora o bancaria y segundo escogiendo cual de las compañías le ofrecen una garantía que se ajuste a sus

²⁹ *Ibidem.*

necesidades y en especial a los requisitos legales y contractuales exigidos por la entidad estatal.³⁰

3.4 BENEFICIARIO

El beneficiario es la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada. Puede ser el mismo tomador o asegurado, o una persona diferente. El beneficiario se determina en la póliza y, de conformidad con el artículo 1142 del Código de Comercio en caso de que no se designe, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad.

En general, en los seguros de daños, tomador, asegurado y beneficiario vienen a ser uno solo. En los seguros de personas, especialmente en el de vida, uno es el tomador - asegurado y otro el beneficiario. Sin embargo se pueden presentar situaciones, en las cuales estas calidades pueden concurrir o encontrarse separadas en dos o tres personas. También puede ser que cada una de las partes esté conformada por una pluralidad de sujetos.³¹

³⁰ *Ibíd*em

³¹ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto No. 1999040521-2, Agosto 20 de 1999. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización.

4. FORMAS DE INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

La garantía única de cumplimiento se instrumentaliza a través de los mecanismos de cobertura de riesgos establecidos en la ley. Anteriormente la Ley 80 de 1993 en el inciso 2 del numeral 19 del artículo 25 establecía que *“las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias”*.

Esto significaba que únicamente las garantías en favor de las entidades estatales podían consistir en pólizas de compañía de seguros o garantías bancarias. La ley no permitía que dichas garantías consistieran en otro mecanismo.

La Ley 1150 de 2007 modificó lo anterior y en el inciso segundo del artículo séptimo estableció: *“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto”*.

De esta forma la Ley 1150 abrió la posibilidad de la existencia de otros mecanismos de cobertura del riesgo por lo que el Decreto 2848 de 2008 consideró nuevos mecanismos de cobertura del riesgo los cuales así mismo reglamentó y que explicaremos mas adelante.

Dichos mecanismo consistieron en los siguientes:

- Pólizas de seguros
- Fiducia mercantil en garantía
- Garantía bancaria a primer requerimiento
- Endoso en garantía de títulos valores
- Deposito de dinero en garantía

Como se puede observar fueron adicionados como mecanismos de cobertura del riesgo la fiducia mercantil en garantía, el endoso en garantía de títulos valores y deposito de dinero en garantía.

Debe tenerse en cuenta que quienes tienen la facultad de escoger el tipo de mecanismo son los contratistas y en ningún caso la entidad podrá exigir que la garantía deba constituirse de una manera en especial pues en Artículo 3 del decreto se establece: *“En los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías...”* nombrando en seguida los mecanismos de cobertura antes enumerados.

4.1 LA PÓLIZA DE SEGUROS

Este mecanismo de cobertura del riesgo hasta la expedición del Decreto 4828 de 2008 venía siendo el mecanismo más usado pues siempre resultaba más económico para las partes que la garantía bancaria que era el otro mecanismo que existía anteriormente. Como ha transcurrido tan poco tiempo desde la expedición de este Decreto todavía no es posible establecer con certeza que seguirá siendo el mecanismo más utilizado por los contratistas pero haciendo una comparación con los demás es posible predecir que así será pues continua siendo más económico para los contratistas. Sin embargo lo que se pretendía con este Decreto es generarles competencia a las aseguradoras con el fin de disminuir el valor de las mismas. Aun no conocemos el impacto que esto pueda tener en este valor pero si los otros mecanismos resultan útiles es posible que esto ocurra.

Las pólizas de seguros en los contratos estatales como bien se ha hecho énfasis tienen una naturaleza especial. Por ejemplo es propio de las pólizas de seguros de los contratos estatales que no expiren por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. En el seguro general, normalmente compete a las partes ponerle término al contrato de seguro en forma unilateral pero esto no se acepta para las pólizas de cumplimiento.³² Por tratarse del riesgo cubierto se prohíbe drásticamente que las partes le pongan término de esta forma y es completamente improcedente dicha terminación automática por alguno de estos dos motivos. De esta manera el Decreto 4828 establece “*La garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas no expirará por falta de pago de la prima ni podrá ser revocada unilateralmente*” como lo igualmente lo estipulaba la ley 80 de 1993.

En cuanto a las exclusiones que pueden alegar las aseguradoras con el fin de no indemnizar son únicamente las que se establece en el Decreto. Se trata de las únicas que son admisibles, pues en caso de que cualquier otra estipulación contractual se introduzca tácita o expresamente, no producirá efecto alguno. A saber las exclusiones son las siguientes:

1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.
2. Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de este.
3. El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.

³² LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. “Contratos Estatales”. Bogotá: Ed. Temis, 2007. p. 403.

4. El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

Así mismo con el fin de que la entidad estatal no quedara desprotegida en el Decreto se estableció que el asegurador no podrá oponer las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.

En el seguro en general cuando diferentes personas o grupos ocupan las posiciones de tomador y asegurado, la ley impone un principio que se denomina por la doctrina “comunicabilidad de las excepciones” por cuanto el asegurador puede oponer a esas diferentes personas las mismas excepciones de acuerdo al artículo 1044 del Código de Comercio. Como lo Establece el Doctor Andrés Ordoñez se trata de:

“un mecanismo de protección a la parte aseguradora que puede explicarse como un reflejo del principio de unidad del contrato de seguro, con el objeto de preservar las defensas del asegurador particularmente frente a los vicios que pudieren haber acompañado al contrato en el momento de su celebración, y frente al incumplimiento eventual de las obligaciones y cargas que la ley impone a la parte asegurada”.

Así mismo continúa diciendo:

“Es evidente que con este principio, como con el que dispone que esas obligaciones y cargas deben ser cumplidas entre el tomador, el asegurado o el beneficiario, por quien este en capacidad de hacerlo, se trata de preservar el derecho del asegurador a exigir ese cumplimiento independientemente del número y de la identidad de las personas que estén involucradas en la parte asegurada y puedan verse beneficiadas con los efectos del contrato, impidiendo que unas se puedan cubrir o puedan excusarse con el incumplimiento de las otras”³³.

Es de esa forma en las pólizas de seguros privadas lo que se pretende es preservar el derecho de defensa de las aseguradoras diferente a lo que se pretende en las pólizas de los contratos estatales que lo que se pretende es proteger a la entidad estatal y no permitir cualquier otra oposición de la

³³ ORDOÑEZ Ordóñez Andrés. “Elementos esenciales partes y carácter indemnizatorio del contrato No. 2”. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, Pág. 65.

Aseguradora de pagar la indemnización. Por esta razón se establecen explícitamente dichas exclusiones.

Otro aspecto que vale la pena mencionar es lo que ha establecido el Decreto 4828 en relación con la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad diciendo:

“En la garantía única de cumplimiento no podrá incluirse la “Cláusula de Proporcionalidad” u otra similar, conforme a la cual el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada”.

En resumen la cláusula de proporcionalidad implica que la indemnización debida por la aseguradora al asegurador se establezca en relación con la cobertura asumida por el asegurador. En el derecho privado se habla de regla de proporcionalidad y se encuentra establecida en el inciso 2 del artículo 1102 del Código de Comercio diciendo *“No hallándose asegurado el íntegro valor del interés, el asegurador sólo estará obligado a indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté”.*

Por último nos referiremos a la cesión del contrato al asegurador que por ley se establece. De acuerdo al Decreto 4828:

“las condiciones generales de la garantía única de cumplimiento deberán señalar que en el evento en que por incumplimiento del contratista garantizado el asegurador resolviera continuar, como cesionario, con la ejecución del contrato y la entidad estatal contratante estuviese de acuerdo con ello, el contratista garantizado aceptará desde el momento de la contratación de la póliza la cesión del contrato a favor del asegurador”³⁴.

Esto significa que la cesión del contrato finalmente no se hace por la voluntad del contratista si no por la voluntad del asegurador. Si el asegurador autoriza la cesión deberá constituir una nueva garantía para amparar el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido en virtud de la cesión.

Se debe tener en cuenta que en relación con el riesgo derivado de la responsabilidad extracontractual se exige garantía que únicamente puede constituir en póliza de seguros por lo que se puede decir que la elección del mecanismo a discreción del contratista en este caso es una excepción pues solo tiene esta opción.

³⁴ Decreto 4828 de 2008, Artículo 15.4.

La póliza de responsabilidad extracontractual deberá contener, como mínimo, en adición a la cobertura básica de predios, labores y operaciones, los siguientes amparos:

- Cobertura expresa de los perjuicios que cause el asegurado tanto en la modalidad de daño emergente, como en la modalidad de lucro cesante.
- Cobertura expresa de perjuicios extrapatrimoniales.
- Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo en el evento en que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.
- Cobertura expresa de amparo patronal.
- Cobertura expresa de vehículos propios y no propios.
- Mecanismos de participación en la pérdida, por parte de la entidad asegurada.

4.2 FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTÍA

“Es aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de Fiducia Mercantil, o los entrega en Encargo Fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitidos para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato”³⁵.

En los contratos estatales puede servir de garantía como mecanismo de cobertura para cubrir los riesgos derivados de la seriedad del ofrecimiento o del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato o de su liquidación. Los bienes o derechos que sean entregados por medio de este mecanismo deben ofrecer a la entidad contratante un respaldo idóneo y suficiente para el pago de las obligaciones garantizadas. Por esta razón se establece que solo se puede aceptar como garantía la fiducia mercantil que tenga como activos que conforman el patrimonio autónomo:

³⁵ ASOCIACIÓN DE FIDUCIARIAS. Definición Fiducia en Garantía. Disponible en: <http://www.asofiduciarias.org.co/contenido/capitulo.asp?chapter=325>

1. Valores de aquellos que las normas del sector financiero autorizan para conformar carteras colectivas del mercado financiero, o la participación individual del contratista en estas mismas carteras.
2. Inmuebles sobre los cuales no pese gravamen alguno y que tengan un valor comercial determinado bajo el criterio de avalúo para realización o venta, que no tengan un valor inferior a dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 smlmv) al momento de constituir la garantía, que generen rentas predeterminadas con pagos en periodos no superiores a un (1) año, equivalentes mensualmente a por lo menos el cero punto setenta y cinco por ciento (0,75%) del valor establecido en dicho avalúo. Estas rentas no podrán estar a cargo del contratista garantizado y harán parte del patrimonio autónomo correspondiente.

4.3 GARANTÍA BANCARIA A PRIMER REQUERIMIENTO

“A través de una garantía bancaria, una institución financiera nacional o extranjera, asume el compromiso firme, irrevocable, autónomo, independiente e incondicional de pagar directamente a la entidad contratante, a primer requerimiento, hasta el monto garantizado, una suma de dinero equivalente al valor del perjuicio sufrido por esa entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proponente o contratista, ante la presentación del acto administrativo en firme que así lo declara”³⁶.

La garantía a primer requerimiento se manifiesta en una cláusula en la que se establece que el banco que ha entregado el aval está obligado a pagar bastando con que así lo solicite el beneficiario del aval, sin que este tenga que acreditar ningún incumplimiento.

Se diferencian de las garantías bancarias condicionales porque en estas el ejecutante de la garantía tiene que acreditar ante el banco el incumplimiento del contrato que se garantiza, en estas garantías a primer requerimiento el beneficiario puede ejecutar la garantía con independencia del incumplimiento de la relación garantizada.

En los contratos estatales estas pueden ser utilizadas como mecanismo de cobertura para cubrir los riesgos derivados de la seriedad del ofrecimiento o del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y de su liquidación al igual que la fiducia mercantil en garantía.

Las entidades públicas solamente pueden aceptar el otorgamiento de dichas garantías siempre y cuando reúnan estas dos condiciones:

³⁶ Inciso 2 del artículo.

1. Constar en documento privado en el cual el establecimiento de crédito asuma en forma expresa, autónoma e irrevocable en favor de la entidad pública contratante el compromiso de honrar las obligaciones a cargo del solicitante, en caso de incumplimiento por parte de este.³⁷
2. La garantía deberá ser efectiva a primer requerimiento cuando el acto administrativo en firme que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales o cualquiera de los eventos constitutivos de incumplimiento de la seriedad de los ofrecimientos hechos, se ponga en conocimiento del establecimiento de crédito.³⁸

Además las únicas garantías bancarias a primer requerimiento exigibles por las entidades son:

1. *El contrato de garantía bancaria* A través del cual una entidad bancaria emisora, obrando por cuenta y por orden del proponente o contratista, se obliga irrevocablemente con la entidad estatal, en calidad de beneficiaria, a pagarle hasta el monto garantizado, los perjuicios directos derivados del incumplimiento de las obligaciones que con ocasión de la propuesta, del contrato o de su liquidación surjan para el proponente o el contratista.
2. *La carta de crédito stand by:* A través de la cual la entidad emisora, obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones del proponente o contratista, se obliga a garantizar irrevocablemente el pago en dinero de las obligaciones que con ocasión de la propuesta o del contrato surjan para el proponente o el contratista.

4.4 ENDOSO EN GARANTÍA DE TÍTULOS VALORES

Otro mecanismo de cobertura del riesgo es el endoso en garantía de títulos valores. Se trata de un instrumento admisible únicamente como garantía de la seriedad de la oferta. No es admisible para el incumplimiento del contrato, lo que es completamente entendible, si se tiene en cuenta que es muy difícil hacer coincidir el momento del incumplimiento con el plazo del título valor.

El endoso en garantía por parte del oferente, solo puede referirse a uno o varios de los siguientes títulos valores de contenido crediticio:

- (i) Certificados de depósito a término emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera;

³⁷ Decreto 4828 de 2008, Artículo 22.1.

³⁸ Decreto 4828 de 2008, Artículo 22.2.

- (ii) Pagarés emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; y
- (iii) Títulos de tesorería - Tes.

Debe resaltarse que la ley exige que en todos los casos, el oferente deberá ser el endosatario exclusivo del título valor por lo que no puede tratarse de un título valor que haya sido endosado a este.

4.5 DEPÓSITO DE DINERO EN GARANTÍA

Por último se encuentra al depósito de dinero en garantía como mecanismo de cobertura del riesgo. El Decreto 4928 prevé que esta garantía sea admitida por las entidades estatales conforme a lo previsto en el artículo 1173 del Código de Comercio el cual establece “*Cuando se deposite una suma de dinero en garantía del cumplimiento de una obligación, el depositario sólo estará obligado a hacer la restitución en cuanto al exceso del depósito sobre lo que el deudor deba pagar en razón del crédito garantizado*” y se dispone que debe ser constituida ante una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera.

Con relación a esto último, sobre que la garantía debe ser constituida ante una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera, vale la pena resaltar que es un requisito común de todas las garantías. De hecho la Corte constitucional en Sentencia C-154 de 1996 la Corte se ha referido sobre el tema diciendo

“el legislador en este caso goza de un amplio poder discrecional para configurar la norma jurídica en punto a las garantías contractuales, porque la satisfacción de los intereses públicos y sociales que implica el cumplimiento de los objetos contractuales y la consecuente protección del patrimonio público, determinan que aquél pueda diseñar el tipo de garantía que juzgue más conveniente para la protección de los referidos intereses. No cualquier persona o empresa puede ofrecer las características y seguridades mencionadas. Por lo tanto, no puede admitirse, invocando el principio de igualdad, que cualquier interesado esté en condiciones de asumir el amparo de riesgos, generalmente muy cuantiosos, sin poseer un respaldo patrimonial y técnico suficientes, y la idoneidad profesional que surge como resultado de la especialización en el manejo de tales riesgos. La actividad que cumplen los bancos y las aseguradoras en materia de garantías de riesgos, trasciende el ámbito meramente particular y privado de las relaciones contractuales entre garantes y asegurados, hasta el punto de que el Constituyente ha considerado dicha actividad como de interés público y la ha sometido, por tal motivo, a la inspección, control y vigilancia del Estado (C.P. arts. 150-19 d, 189-25, 335, ley 35 de 1993 y decreto 663 de 1993)”

5. EXCEPCIONES AL OTORGAMIENTO DE GARANTÍA

La Ley 1150 de 2007 en su artículo 7 establece:

“Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. 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, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto”.

Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los inter administrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Como se estableció en esta ley las garantías no son obligatorias en contratos inferiores al 10% de la menor cuantía, en los interadministrativos y en los de seguro. El decreto 4828 de 2008 que tiene a cargo la reglamentación de las garantías, estableció en su artículo 8 los mismos casos en que no era obligatorio el otorgamiento de garantías.

Frente a este tema no existe polémica, pues la ley como su reglamento han sido muy claros en establecer dichas pautas. La naturaleza de dichas excepciones se

predica naturalmente de las ineficiencias y retardos que generaría el proceso de contratación en dichos casos y adicionalmente de la seguridad que dichas contrataciones generan directamente en la protección del erario publico.

6. INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA

El principio de indivisibilidad había venido siendo aplicado sin excepción alguna a las garantías únicas de cumplimiento. Por esta razón la garantía única en los grandes contratos conllevaba a la asunción de un gran riesgo por parte de las aseguradoras por lo que se hacía necesario acudir a los reaseguros para transferir parte del riesgo y cumplir con los límites legales. Esto implicaba un grave problema y es que el mercado reasegurador internacional no ampara riesgos mayores a 5 años, y la capacidad del mercado como el Colombiano, es muy limitada.³⁹

Además los riesgos en ciertos contratos como en los contratos de infraestructura son muy variados, por lo que la existencia de una sola garantía no es realmente técnica.⁴⁰ Pero por principio y de forma general dicha garantía ha venido siendo indivisible.

El Decreto 4828 trajo una novedad en relación con este tema pues aunque establece que los mecanismos de cobertura del riesgo exigidos en los contratos estatales son por regla general indivisibles, abrió el camino para que en ciertos eventos, solamente los previstos en el Decreto, la garantía otorgada podrá ser dividida por etapas contractuales (Inc.2 Art.2 Dto.4828).

El Decreto hace referencia a la posible excepción de indivisibilidad de la garantía en los contratos de obra, operación, concesión y en general en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiere de su división en etapas. Además se impone la condición de que el plazo del contrato sea o exceda de 5 años. En este caso, el contratista otorgará garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar (Art.9 Dt.4828).

³⁹ MORALES COBO, Gustavo. "Nuevo Régimen de garantías en la Contratación Pública". Presentación Power Point Internet.

⁴⁰ *Ibidem*

7. EL CONTRATO DE SEGURO

7.1 EL CONTRATO DE SEGURO EN EL DERECHO PRIVADO

El Código de comercio Colombiano no contiene una definición de lo que se entiende por el Contrato de Seguro y dejó de lado cualquier precisión por tratarse de un trabajo bastante complejo encomendándole dicha tarea a expertos del tema. Como se verá más adelante nos habla de sus propias características, describiéndolo así como un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, más no lo define. Otro aspecto que se tiene claro al respecto es que es un contrato de naturaleza comercial ya que de acuerdo al numeral décimo del artículo 20 del Código se entiende como un acto de comercio.

Tomando todos los componentes del contrato de seguro de una manera extensa y como lo hace J. Efrén Ossa en su libro Teoría General del Seguro se podría definir como un contrato consensual, bilateral, oneroso y aleatorio (Art.1036), en que intervienen como partes el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos (art1037, Ord.1) y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de tercero, traslada riesgos (Art. 1037, Ord.2 y 1039), cuyos elementos esenciales son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador (Art. 1066) y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro (Art. 1072) y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal (Art. 1080).

Sin embargo según Fernando Palacios Sánchez bajo el contexto del Código de una forma más resumida es posible decir que el contrato de seguro es "un contrato consensual mediante el cual una persona jurídica denominada asegurador debidamente autorizada para ello, asume riesgos que otra persona, natural o jurídica, le traslada, a cambio de una prima."⁴¹

De forma general, para otros autores como Joseph Hémard el seguro es: "*una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación, por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística.*"⁴²

Para Joaquín Garrigues, quien dice que el contrato de seguros es: "*Contrato en virtud del cual una persona natural o jurídica, el asegurado, desplaza todo o parte de los riesgos a que se haya expuesto, a otra persona jurídica, el asegurador,*

⁴¹ PALACIOS SÁNCHEZ, Fernando. "Seguros Temas Esenciales". Bogotá: Tercera edición. Universidad de la Sabana: Facultad de Derecho, 2007. p. 13.

⁴² OSSA J. Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá: Editorial Temis, 1984. p. 2.

quién los asume, mediante el pago de una prima, obligándose en caso de siniestro a pagar la indemnización correspondiente.”⁴³

Se puede observar que a pesar de que se tratan de definiciones diferentes todas tienen los mismos rasgos ya que comparten los mismos elementos como el acuerdo entre las partes: aseguradora y asegurado, un riesgo y una suma de dinero que se denomina como prima. Estas definiciones a través de estos elementos reflejan claramente las características de las cuales nos habla el Código por lo que pudo haber sido una de las razones por la cual no hubo seria necesidad de dar una definición del mismo.

7.2 PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO

En el contrato de seguro intervienen dos partes fundamentales: la parte aseguradora y la parte asegurada quien puede dividirse en tres calidades diferentes que pueden coincidir o no en la misma persona las cuales son: el tomador, el asegurado y el beneficiario.⁴⁴ Sin embargo el Artículo 1037 del Código de Comercio establece:

“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”*

Lo anterior puede generar problemas ya que en muchas ocasiones pueden variar las calidades atribuidas, como ocurre en los seguros de daños y en los seguros de personas, ya que en estos seguros las calidades pueden estar distribuidas diferente y dividirse en dos o hasta en las tres posiciones y ser el tomador diferente del asegurado o incluso también del beneficiario.

7.2.1 Parte aseguradora. La parte aseguradora en el contrato de seguro únicamente puede intervenir como una persona jurídica y debe estar debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes o reglamentos. Las personas naturales no pueden ser aseguradoras. Es la parte que acepta el riesgo a cambio de una prima comprometiéndose a pagar una indemnización en caso de ocurrencia del siniestro.

⁴³ GARRIGUES JOAQUÍN. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid: Editorial Aguirre, 1973, p. 6.

⁴⁴ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. Elementos esenciales partes y carácter indemnizatorio del contrato No. 2. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 54.

Pueden funcionar como aseguradoras entidades mercantiles solamente si se encuentran constituidas como sociedades anónimas, como cooperativas especializadas en actuar como aseguradoras, o por ultimo como personas jurídicas de carácter público, cualquiera que sea su naturaleza. Debe tratarse de personas jurídicas autorizadas para ejercer como aseguradoras pues de lo contrario esto traería ciertas consecuencias negativas para las partes. Artículo 45 de 1990 artículo 108.

En cuanto a las sociedades anónimas solo existió norma expresa desde hace poco pues a pesar de que sobre este tema no existiera regulación expresa en la práctica se entendía que las sociedades anónimas tenía una organización capaz para explotar el negocio de seguros comerciales de manera masiva. La ley 45 de 1990 en su artículo 36 fue la que dispuso esto expresamente.

Además de lo anterior en relación con el funcionamiento de las aseguradoras la misma ley en su artículo 37 consagro otra exigencia en especial a las Sociedades que se conformen con el objetivo de explotar el negocio de seguros de vida individuales, pues estableció que para esto deberán tener objeto social exclusivo y por lo tanto no podrán explotar otras ramas del seguro.

Por otro lado las cooperativas, siendo otra forma en que se pueden constituir para convertirse en aseguradoras, fuera de que son igualmente objeto de control y vigilancia de la Superintendencia Financiera se encuentran sujetas también al del departamento Administrativo Nacional de Cooperativas por tratarse de cooperativas. Decreto 663 de 1993 artículo 38. Se dispone que además de que deben tener objeto especializado deben prestar en primer lugar su servicio en interés de sus propios asociados y a favor de la comunidad que se encuentra vinculada a estos y posteriormente si podrán extender sus servicios al público. Sin embargo esta posibilidad iría en contra del fin último de una cooperativa por lo que en la práctica no se debe dar.

Por último pueden ser aseguradoras entidades de carácter público cualquier sea su naturaleza bien sean establecimientos públicos, sociedades de economía mixta o empresas industriales y comerciales del Estado. Puede tratarse de entidades de naturaleza pública que ejercen su objeto social de forma exclusiva u otras que lo ejercen de manera más amplia ejerciendo la actividad aseguradora de forma complementaria.

Según Andrés Ordoñez las razones por las cuales el Estado también debe poder ejercer o intervenir como asegurador en el mercado de seguros son *“el cubrimiento de ciertos riesgos de la actividad económica del país, que por diferentes razones no son absorbidos por la industria aseguradora privada, o la*

*recuperación de los inmensos costos que supone para el Estado el aseguramiento de sus propios interés asegurables, del patrimonio público en general*⁴⁵.

7.2.2 Parte asegurada. Como se menciona anteriormente la parte asegurada puede estar compuesta por tres partes diferentes: la del tomador, la del asegurado y la del beneficiario.

(i) El tomador como así lo dice el Código de Comercio es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos, (ii) el asegurado, *“la persona titular del interés asegurable, o sea aquella cuyo patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo (Art. 1083)”*⁴⁶, y (iii) el beneficiario, quien recibe el valor del pago del siniestro, conocido como la indemnización.

En el seguro de daños, se pueden encontrar estas tres diferentes calidades, donde el tomador es el contratante del seguro, es quien concurre con la aseguradora a intercambiar las manifestaciones de voluntad que van a constituir el contrato. El asegurado viene siendo el titular del interés asegurable y el beneficiario es la persona llamada a recibir la indemnización en caso de siniestro.

En los seguros de personas la forma en que se dan esas calidades es diferente. Mientras en el seguro de daños las calidades de tomador, asegurado y beneficiario se pueden confundir en cabeza de una sola persona, cosa diferente se presenta en los seguros de vida, en donde el beneficiario, por obvias razones es una persona diferente del tomador.

Para finalizar, es importante mencionar que además del asegurador y el tomador, existen otros que pueden incidir en la formación y desarrollo del contrato sin ser partes de éste como son los agentes de seguros, las agencias, los corredores y los ajustadores.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 57.

⁴⁶ OSSA J., Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá : Editorial Temis, 1984. p. 12.

8. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGURO

De acuerdo al artículo 1036 del Código de Comercio las características del contrato de seguro son consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. De acuerdo con la doctrina existen otras que se consideran igual de importantes las cuales son: la buena fe y la adhesión. Se trata de características especialmente útiles para la interpretación de las cláusulas que rigen estos contratos.⁴⁷ Por esta razón en este aparte se tendrán en cuenta no solo las características descritas en el Código si no también las desarrolladas por la doctrina.

8.1 CONSENSUAL

Hasta 1997 con la expedición de la Ley 389 del Contrato de Seguro dejó de ser un contrato solemne para volverse un contrato consensual. La solemnidad consistía en la expedición de la póliza ya que así lo determinaba el Art. 1036 del Código de Comercio, en su inciso 2º: *“se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”*. Así mismo el artículo 1046 establecía que *“el documento por medio del cual se perfeccionaba y probaba el contrato de seguro se denominaba póliza”*.

El artículo 1036 del Código de Comercio, quedó así con la modificación: *“El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”*. Y el artículo 1046 de la siguiente manera:

“El contrato de seguros se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano, y firmarse por el asegurador”.

Así el contrato de seguros se volvió **consensual**, lo que significa que hoy dicho contrato se perfecciona por el solo consentimiento de las partes sin necesidad de mayor formalidad. El solo acuerdo entre tomador y asegurador, es suficiente y se probará por escrito o por confesión. Por esto se ha dicho que la póliza dejó de consistir en una prueba ad substantium actus y se convirtió en una prueba ad probationem.⁴⁸

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 103.

⁴⁸ M.P.: OSPINA BOTERO, Alberto. Sentencia de 15 de mayo de 1992.

Como dice el tratadista Andrés E. Ordóñez Ordóñez la Ley 389 de 1997 modificó el Código de Comercio Colombiano rompiendo con una larga tradición del derecho colombiano que hacía del contrato de seguro un contrato solemne que suponía hacer venir un periodo de inestabilidad y riesgo. La consensualidad se veía como una respuesta a la mayor agilidad que necesitaban los negocios acomodándose mejor a contexto mundial pero se sabía que existía un riesgo y era la posibilidad de comenzar a presentarse una ardua discusión acerca de la existencia del mismo.⁴⁹

Sin embargo esta consensualidad como dice Ordóñez, vino acompañada de una limitación probatoria pues el contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. El problema ahora no sería exactamente la discusión de la existencia del mismo si no sobre cuál sería el escrito idóneo para el efecto de prueba y a esta pregunta responde el autor diciendo *“tal como está redactada la ley, el sentido correcto de la misma es que debe existir un documento en el que, consten , por lo menos, como se dijo anteriormente, la identidad de las partes y los elementos esenciales del contrato de seguro, y dentro del cual se halla acreditado además el consentimiento recíproco de las partes”*⁵⁰.

8.2 BILATERALIDAD

El contrato de seguro es un contrato bilateral por que genera obligaciones para ambas partes así lo señala el Art. 1496 del Código Civil⁵¹. La bilateralidad no solo se ve reflejada en su formación, sino también en todos sus efectos. Por un lado se encuentra la obligación del asegurado o más específicamente del tomador del seguro como lo establece J. Efrén Ossa, la de pagar la prima, fuera de las otras que se denominan cargas.

Por el otro está la del asegurador de pagar la indemnización en caso de ocurrir el siniestro o para ser más claros con el hecho de que es un contrato bilateral, el asegurador tiene la obligación de asumir un riesgo. Es mejor hablar de la obligación de asumir un riesgo porque en el primer caso si se dice que su obligación es de pagar la indemnización en caso de ocurrir un siniestro existirían dudas respecto a esta característica ya que en el evento de no ocurrir el siniestro, la aseguradora no estaría cumpliendo finalmente con ninguna obligación. Pero por lo contrario se entiende la obligación del asegurador como la de asumir un riesgo inmediatamente se pone de presente la bilateralidad ya que es una obligación que debe asumir desde el perfeccionamiento del contrato.

⁴⁹ PALACIOS, Op. cit.. p. 13.

⁵⁰ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. El Contrato de Seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 47.

⁵¹ Art. 1496. Bilateral. Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente

Sin embargo si tenemos en cuenta las demás obligaciones del asegurado ya que las anteriormente mencionadas son las obligaciones más importantes, existen otras que a pesar de no resaltar de manera manifiesta dentro de la relación jurídica que se forma no dejan de existir y es la de dar la seguridad al asegurado que necesite para avanzar en la actividad comercial, profesional o personal a la que se encuentra vinculado el contrato⁵², se podría decir que a pesar de que no hablemos de la obligación de asumir un riesgo por parte del asegurado si no de pagar una indemnización en caso de ocurrir un siniestro el contrato seguiría siendo bilateral porque el asegurador tiene otras obligaciones.

8.3 ONEROSO

La onerosidad es una característica del contrato de seguro que se encuentra bastante relacionada con la anterior. La onerosidad por oposición a la gratuidad de acuerdo al código civil colombiano en su artículo 1497 se cuando el contrato *“tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”*.

Se encuentra por un lado la utilidad de la aseguradora para la aseguradora de recibir una suma de dinero como prima y el beneficio para el asegurado de obtener la seguridad que requiere para el desarrollo de la actividad que se encuentre vinculada con el contrato y además la eventual indemnización en caso de que ocurra el siniestro.

8.4 ALEATORIO

De acuerdo al artículo 1498 del Código Civil “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte deba dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

Las prestaciones que surgen para las partes con el contrato desde el punto de vista económico definitivamente no son equivalentes.

Por un lado si ocurre el siniestro el asegurado no tendrá mayor disminución patrimonial que la que ya tuvo por el pago de la prima. En cambio si ocurre el siniestro la aseguradora tendrá una obligación de pagar una indemnización que será equivalente a un proporción mucho mayor que a la de la prima.⁵³

En este tipo de contratos las partes no conocen ciertamente las utilidades o pérdidas que para ellos se derivaran de su ejecución, por cuanto sus prestaciones son eventuales pues las partes estas sujetas a un acontecimiento incierto.

⁵² ORDOÑEZ, Op.. cit.. p. 92-93.

⁵³ *Ibíd.*. p. 94.

8.5 TRACTO SUCESIVO

El contrato de seguro es un contrato de tracto sucesivo ya que las obligaciones que adquieren los contratantes se van desarrollando continua y gradualmente en el tiempo desde que el contrato se perfecciona hasta la terminación del mismo por cualquiera causa. Esto significa que durante toda la vigencia del contrato surgen obligaciones para las partes contratantes. La prima se va causando con el paso del tiempo salvo en el caso del seguro de transporte y la seguridad del asegurado se va desarrollando igualmente a través del tiempo.⁵⁴

8.6 BUENA FE

Al mencionar este principio general del derecho como particular del contrato de seguro no se trata de únicamente volverlo a nombrar porque sabemos que es un principio general que rige todos los negocios jurídicos y por ende lógico que rija sobre el contrato de seguro, pero cuando se habla de este contrato es de gran importancia destacarlo. En el contrato de seguro se resalta la buena fe por la especial importancia que tiene su observancia. De acuerdo con Hernán Fabio López

“naturalmente, no solo el seguro sino todo negocio jurídico parte de la buena fe, de la ausencia de intención dolosa, de ánimo de defraudar. Empero, dentro del campo que abarca el seguro el concepto adquiere connotación más estricta porque, a diferencia de muchos contratos en que la habilidad o suspicacia de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro, donde es necesario tomar como base la buena fe, la ubérrima bona fides de que se habla, son drásticamente sancionadas conductas acaso irrelevante en otros negocios jurídicos.”⁵⁵

Se debe tener en cuenta que la compañía de seguros necesita saber cuál es el riesgo que esta amparando y lo hace a partir de las declaraciones e información que el potencial asegurado rinde y por esto es muy importante la veracidad en la descripción del riesgo que hace el tomador, en la declaración contenida en la solicitud, pues es en ella en que se basa el asegurador para otorgar el seguro, y esa veracidad está plenamente basada en la buena fe del tomador del seguro.

La buena fe se requiere cuando se hacen las declaraciones iniciales o la solicitud de seguro, ya que estas manifestaciones son las que determinan el valor de la prima, su aceptación o no, y en ultimas el nacimiento del contrato mismo. Así mismo es necesaria la buena fe en el momento de declarar en caso de

⁵⁴ Ibid.. p.102.

⁵⁵ LÓPEZ Hernán Fabio. “Contrato de Seguro”. Bogotá: Editorial Dupre Editores, 1999. p. 57.

modificaciones o alteraciones del riesgo. Incluso en el caso de la ocurrencia de un siniestro y sus circunstancias.

8.7 ADHESIÓN

Decir que un contrato es de adhesión equivale a decir que, generalmente, una de las partes se somete a las condiciones de la otra, y que en la mayoría de los casos se somete la voluntad de una parte a la de quien tiene una supremacía económica. Estas condiciones se aceptan o no como un todo. De alguna manera la voluntad de una de las partes en estos contratos se encuentra disminuida y suele ser la de la parte contratante que menos fuerte que la otra económicamente hablando.

El artículo 1624 del Código Civil Colombiano establece *“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretaran las cláusulas ambiguas a favor del deudor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*.

Como se mencionaba al comienzo de este capítulo y como se puede observar de lo anterior, la importancia de estas últimas características radica fundamentalmente en la interpretación que debe dársele al comportamiento que tienen las partes en la formación del contrato y la libertad que las mismas han tenido para discutir y fijar sus cláusulas. Según Ordóñez el contrato de seguro es un contrato de adhesión por dos razones: Por un lado porque

*“las compañías de seguros tienen en general un monopolio sobre la investigación y el desarrollo de la técnica de los seguros y proceden a ofrecer dentro del mercado una serie de pólizas modelo, a las cuales los asegurados deben someterse en líneas generales si quieren obtener un determinado tipo de seguro. Este es el procedimiento habitual, y el panorama que presenta usualmente un contrato de adhesión; una parte que se somete a la consideración de la contraparte, un clausulado, un texto, al cual esa contraparte debe someterse de querer celebrar un contrato”*⁵⁶.

Por otro lado por:

“el hecho de que las pólizas que las compañías de seguros ofrecen en el mercado, están sometidas a un control más o menos severo, más o menos eficaz, de la Superintendencia Bancaria, la cual puede actuar dentro de la órbita de sus facultades en defensa de los intereses de los asegurados, evitando dentro de estos modelos de

⁵⁶ ORDOÑEZ, Op. cit.. p. 105.

pólizas la inclusión de cláusulas que, de una y otra manera, pueden poner inferioridad de condiciones para los asegurados o implicar ventajas indebidas para el asegurador⁵⁷.

No obstante debe tenerse en cuenta que si bien hay quienes están de acuerdo en que el contrato de seguro es un contrato de adhesión hay quienes no lo entienden así. De hecho la doctrina no es uniforme en relación con este tema a pesar de que la Corte Suprema de Justicia haya admitido que el contrato de seguro es un contrato de adhesión a través de Sentencia de 21 de marzo de 1977.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 106.

9. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El Art. 1045 del Código de Comercio. Establece los elementos del contrato de seguro los cuales son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador y determina que a falta de cualquiera de estos elementos el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

9.1 INTERÉS ASEGURABLE

El interés asegurable J. Efrén Ossa lo define como *“la relación económica amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular”*⁵⁸. Este elemento esencial se predica respecto del tomador del seguro, pues finalmente es el más interesado en que no ocurra el siniestro.

Se trata del objeto del contrato que en caso de no existir *“el contrato de seguro revestiría todos los caracteres de una apuesta y significaría un estímulo a la actividad delictuosa”*⁵⁹. Lo anterior puesto que el asegurado en su afán de ganar dinero podría eliminar barreras legales y provocar la consumación del siniestro puesto que si no tiene un interés verdadero sobre lo asegurado no tendría problema en la ocurrencia del siniestro.⁶⁰

9.2 RIESGO ASEGURABLE

El Art. 1054 del Código de Comercio define el riesgo como un *“suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”*.

Por riesgo entonces se entiende como un hecho que genera un cambio, que sea de posible realización, pero que a la vez sea incierto, es decir que pueda llegar o no a suceder y que no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, porque de lo contrario se trataría de actos potestativos, que no son asegurables. Por último debe tenerse en cuenta para que se trate de un riesgo, que ese suceso en caso de realizarse provoque un daño.

Es importante mencionar que el artículo 1045 del Código de Comercio limita el ámbito del riesgo estableciendo lo siguiente *“los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al*

⁵⁸ OSSA, Op. cit.. p. 67.

⁵⁹ Ibídem

⁶⁰ Ibídem

contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

Así mismo, tampoco lo son el dolo, la culpa grave, ni como ya se mencionó, los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario y las sanciones de carácter penal o policivo (Art. 1055 C. de Com.).

9.3 LA PRIMA

La prima o precio del seguro “*es la contraprestación a cargo del tomador y a favor de la aseguradora por el hecho de asumir el amparo frente a la ocurrencia de un determinado siniestro*”⁶¹. No es esencial el hecho de que esta se haya pagado si no la existencia o señalamiento de la misma o de una manera de cómo fijarla.

9.4 OBLIGACIÓN CONDICIONAL DEL ASEGURADOR

Fuera de condicional en ciertos casos como en el caso de los seguros de daños se puede decir que se trata además de alternativa puesto que la ley habla de la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada. En todos los casos se trata de una obligación condicional pues el asegurador debe pagar la indemnización únicamente en caso de ocurrencia del siniestro.

⁶¹ LÓPEZ, Hernán Fabio. Contrato de Seguro. Bogotá: Editorial Dupre Editores, 1999, p. 73.

10. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

10.1 DEFINICIÓN Y ANTECEDENTES

Tanto a nivel mundial como en nuestro país, el seguro de cumplimiento es un tema que no ha gozado de un desarrollo legislativo sólido. Los primeros indicios de la figura provienen de Inglaterra en el año 1720⁶². Para esa época, existía la necesidad de asegurar las pérdidas provenientes de la deshonestidad de los empleados y es entonces como aparece el seguro de cumplimiento manifestado por medio de la figura de la fianza. En el Derecho comparado esta expresión de seguro de cumplimiento no se encuentra comúnmente, sin embargo se conoce como garantías, fianzas o pólizas de seguro de afianzamiento.

En nuestro país, la primera ley que hizo referencia al tema fue la Ley 225 de 1938, Se menciona el Seguro de Manejo y Cumplimiento con el ánimo de proteger el erario de las entidades públicas frente a pérdidas dinerarias por la indebida apropiación en manos de los funcionarios públicos. De igual forma se pretende garantizar el pago de aquellos perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los contratistas frente al Estado.⁶³

En Colombia frente a la precaria regulación, el tema se ha venido manejando bajos los postulados normativos del Código de Comercio, por la disposiciones de la Ley 80 de 1993, por la Ley 1150 de 2007 en materia de contratación administrativa y por sus respectivos decretos reglamentarios que hoy por hoy son un simple proyecto sin publicar.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de julio 22 de 1999, con ponencia del Magistrado Nicolás Bechara Simancas señaló frente al tema: *"los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños -*,

⁶² GALINDO CUBIDES, Hernando. El seguro de fianza. En: Revista Seguros Temas Esenciales, p. 149

⁶³ Ley 225 de 1938: "(...) ARTICULO 1° El Gobierno procurará que alguna o algunas de las compañías de seguros que funcionan en el país establezcan el seguro de manejo o de cumplimiento de que trata la presente ley, y en las concisiones que' en ella se fijan; y si ello no fuere posible, procederá a llevar a cabo las gestiones conducentes a la fundación de una sociedad anónima de seguros de manejo o de cumplimiento, en la cual, además de las personas o entidades particulares, podrán ser accionistas la Nación y las entidades de derecho público. ARTICULO 2° El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos(...)".

*implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado".*⁶⁴

Por su parte la Asociación Colombiana de Seguros ACOLDESE define el seguro de cumplimiento como: *"El seguro de cumplimiento es un contrato por medio del cual se garantiza la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones que se deriven del contrato o de la ley."*⁶⁵

10.2 MODALIDADES DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

El seguro de cumplimiento se divide principalmente en dos clases. La primera que ocupa los contratos privados con el objeto de amparar y garantizar el perjuicio que deviene del incumplimiento de aquellos contratos celebrados entre particulares. La otra clase de seguro de cumplimiento que es la que nos ocupa en el presente estudio, es aquel seguro que tiene como único y exclusivo fin garantizar de manera general aquellas obligaciones derivadas de los contratos que se celebren entre particulares y las entidades publicas.

Frente al seguro de cumplimiento de obligaciones surgidas por contratos celebrados entre particulares se requiere de la celebración de un contrato entre afianzado y asegurado. Elementos como el aviso del siniestro, la prueba del mismo y lo que hace referencia a la cuantificación de la pérdida tienen un manejo distinto de aquellos que relacionados con la póliza de cumplimiento a favor de la entidades publicas. Sin embargo en ambos casos es pertinente que se pruebe la materialización del riesgo y la cuantía de la pérdida. De igual forma es importante destacar que las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales tienen como origen un contrato estatal o una obligación impuesta por ley al administrado.⁶⁶

10.3 DEFINICIÓN

En materia administrativa, ha sido de vital importancia a lo largo de la historia, que cuando se encuentren fondos públicos comprometidos en un proceso de contratación, se preste un seguro con el único y exclusivo fin de que las obligaciones se satisfagan y en caso contrario se ampare el incumplimiento.

Tanto es así que la Ley 80 de 1993 como la Ley 1150 de 2007 que regulan la contratación administrativa hacen referencia al tema. De igual forma con la

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 22 de julio de 1999. Sala de Casación Civil y Agraria, en Jurisprudencia de Seguros 1971-2000, ACOLDESE y FASECOLDA, Bogotá, p. 372.

⁶⁵ Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguros en Colombia (1971-2001). En: Revista ACOLDESE. BOGOTÁ, D.C. (SEPTIEMBRE), 2001, p. 268.

⁶⁶ *Ibidem*.

expedición decreto 4828 de 2008 se llena de cierta u otra forma el vacío existente en materia de reglamentación.

La **Ley 80 de 1993** en su artículo 25 establece lo siguiente:

“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.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocación unilateral. (...)⁶⁷

Por su parte la **Ley 1150 de 2007** en su artículo 7 dispone:

“Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. 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, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto.

Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

⁶⁷ Ley 80 de 1993, Artículo 25.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Parágrafo Transitorio. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.⁶⁸

10.4 DESARROLLO HISTÓRICO

La primera manifestación referente al tema se remonta al año de 1959 con la expedición del Decreto-Ley 406. Por medio de esta normativa se establecía que el Estado correría con los siniestros de aquellos bienes que representaran un valor de hasta cien mil pesos. De esta forma aquellos bienes que superaran dicho monto deberían ser amparados por medio de seguros. Esto bajo la óptica de que el estado tenía la capacidad de soportar pérdidas menores.

Posteriormente con la expedición del Decreto 2222 de 1962, se dispuso que La Previsora S.A creada en el año 1954, debía tomar todos los seguros de la Nación. Unos Años después, en 1970 se expide el Decreto 406 en el que se estableció que compañías privadas de seguros legalmente constituidas en el país podrían encargarse de la toma de seguros para el Estado. Sin embargo aquellos negocios que superaran los veinte millones de pesos, monto que con el Decreto –Ley 2222 de 1983 se estableció en ciento veinte millones de pesos, debía contratarse automáticamente con la Aseguradora del Estado.

Por otra parte los seguros cuyo monto o cifra fueran superiores a esos ciento veinte millones de pesos debían entrar en un procesos licitatorio, donde de igual forma podía participar La Previsora y en caso dado de que esta quedara como resultado en igualdad de condiciones con las demás compañías aseguradoras, el seguro se adjudicaba a La Previsora. En caso contrario donde el ganador del proceso licitatorio fuera una compañía de seguros privada, por orden normativa debía ofrecérsele a La Previsora un coaseguro de por lo menos el 30%. Este

⁶⁸ Ley 1150 de 2007, Artículo 7.

Decreto dispuso de igual forma que se podía omitir el proceso licitatorio si decidía contratar directamente con la Aseguradora Estatal, La Previsora.

Con la expedición de la Ley 45 de 1990, la Previsora perdió poder frente al manejo de los seguros Estatales y cada vez más se equiparaba en igualdad de condiciones con las compañías privadas de seguros legalmente constituidas. Con esta Ley se estableció que los seguros estatales podían ser contratados con cualquier compañía de seguros, mediante un proceso licitatorio, permitiendo de esta forma entrar a competir en el mercado del seguro estatal a las compañías de naturaleza privada.

El Decreto-Ley 222 de 1983, estuvo rigiendo hasta el año de 1993, año en el que se expide la Ley 80 de 1993, que configura el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta ley creada genera un cambio colosal en el sistema de contratación estatal, se deroga la normativa anterior y busca otorgar un sistema reglado y claro en materia de contratación.

Después de varios años de que el Estatuto se expidiera, empieza una ola muy fuerte de corrupción y desatención a las disposiciones del Estatuto con lo que se busca a través de la expedición de la Ley 1150 de 2007, eliminar toda desviación y burla a la licitación pública.

10.5 GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

Es necesario empezar este punto estableciendo una definición de lo que se entiende por ofrecimiento en el mundo de la contratación pública. La propuesta o ofrecimiento realizada por un participante en un proceso de selección, es una respuesta a la invitación que hace la entidad pública a contratar con ella, la cual se enmarca en las Leyes y en los pliegos de condiciones, como marco para la señalización de los requisitos y formalidades que la propuesta deberá contener, es decir; los pormenores que exige la administración para que esta sea eficaz⁶⁹.

En pocas palabras: *“La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias”*.⁷⁰

Para Dromi, la presentación de la oferta (acto jurídico del proponente) traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear y modificar derechos o relaciones jurídicas entre el proponente, el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento⁷¹.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 3 de Febrero del 2000, Rad. 10399.

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia 16 de Enero de 1975. Exp. 1503.

⁷¹ DROMI, José Roberto. La licitación Pública. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985. p. 335 y s.s.

Habiendo establecido una definición de lo que es una propuesta, es necesario analizar que ocurre cuando el proponente seleccionado incumple la misma.

La Ley 1150 de 2007 estableció en su Artículo 7, la obligación del proponente de constituir una garantía de seriedad de la oferta, cuyo fin; es precisamente respaldar la expectativa contractual que genera la presentación de la propuesta.

Con ésta garantía se pretende garantizar a la entidad estatal que el Afianzado, en este caso el futuro contratista suscriba el contrato en caso de que salga favorecido en el concurso o proceso licitatorio. Si el ganador del proceso licitatorio no llegare a suscribir el contrato en el tiempo estipulado, el valor asegurado con la garantía de seriedad quedara en manos de la entidad estatal a título de sanción. De igual forma la entidad estatal dentro de los 15 días siguientes deberá mediante acto administrativo motivado adjudicar el contrato a aquel proponente que quedo calificado en segundo puesto.

Cuando en un proceso de selección contractual, se elige a un proponente y el contrato no ha sido perfeccionado, encontrando la entidad publica una discordancia entre lo ofrecido y la realidad, es cuando entra en escena la garantía de seriedad de la oferta, ya que esta existe para respaldar la realización del negocio jurídico operando mediante un Acto Administrativo que declara el incumplimiento de la oferta y que hace exigible la póliza que ampara este siniestro.

Es decir; que la garantía de seriedad de la oferta, que ha sido constituida por el proponente para respaldar su propuesta quedara en manos de la entidad asegurada, en virtud del Acto Administrativo que declara el incumplimiento de la promesa contractual⁷².

En este sentido la Corte Constitucional a establecido que la existencia de la garantía de seriedad de la oferta, si bien es una restricción a los posibles participantes de un proceso de selección, es también una forma cierta, ágil y eficiente, de asegurar la indemnización del patrimonio estatal por quien se aparta de cumplir con lo propuesto, lo cual tiene un doble beneficio para la administración publica, por un lado garantiza la indemnización al Estado por los posibles perjuicios y por otro lado, escarmienta a quienes no tienen la capacidad técnica y financiera suficiente, para participar en este tipo de procesos de selección⁷³.

⁷² Artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y 30 numeral 12 de la Ley 80 de 1993.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 1999: "(...) Ahora bien, la medida restrictiva que se estudia constituye un mecanismo que, en forma cierta, ágil y eficiente (v. supra), asegura la indemnidad del patrimonio de las entidades estatales que inician procesos de contratación estatal, lo cual se traduce en la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio público que a tal entidad le corresponde suministrar. Adicionalmente, la exigencia de que los participantes en las licitaciones o concursos de méritos constituyan una garantía de seriedad de sus ofertas permite que, a tales procesos de selección, sólo se presenten aquellas personas con la capacidad técnica y

Es de igual forma necesario establecer que la suscripción del contrato y su legalización, están plasmadas dentro del Pliego de Condiciones como obligaciones a cumplir por parte de los oferentes y así mismo se entiende que son propias al objetivo para el cual se establece la exigencia de la garantía de seriedad.⁷⁴

Concluyendo este punto, el nuevo Decreto 4828 de 2008, en su artículo 7 numeral 1 establece la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta, en un monto no inferior al 10% de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, teniendo en cuenta lo establecido por los pliegos de condiciones⁷⁵.

Este Decreto trae una nueva imposición al proponente, ya que en el último inciso del artículo en mención, establece que la no presentación de la garantía de seriedad de la oferta implica una causal de rechazo de la propuesta.

Además de esta sanción, el Decreto trae consigo una ampliación de los riesgos que cubre la garantía de seriedad de la oferta, con lo cual se amplía el ámbito de acción de esta figura, ya que no solo se limita a la no suscripción del contrato,

financiera suficiente como para llevar a buen término la ejecución del contrato de que se trate en caso de que éste les sea adjudicado. En este sentido, la medida bajo estudio desestima la presentación de ofertas carentes de seriedad, cuyo estudio sólo serviría para entorpecer la buena marcha de la Administración y, en especial, la celeridad y eficiencia de los procesos licitatorios o de los concursos de méritos (...)"

⁷⁴ Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Ministerio de Gobierno. Bogotá, Octubre de 1993.

⁷⁵ Decreto 4828 de 2008, Artículo 7 numeral 1: "Seriedad del Ofrecimiento. El valor de esta garantía no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según se establezca en los pliegos de condiciones, y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

En el caso de licitaciones para la concesión de espacios de televisión, el monto mínimo de la garantía ascenderá al uno punto cinco por ciento (1.5%) del valor total estimado del espacio licitado. Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre uno (1.000.000 SMLMV) y cinco millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000.000. SMLMV), exclusive, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre cinco (5.000.000 SMLMV) y diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10.000.000. SMLMV), inclusive, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al dos punto cinco por ciento (2.5%) del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto exceda de diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10.000.000. SMLMV), el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al dos por ciento (2.0%) del presupuesto oficial estimado. La suficiencia de esta garantía será verificada por la entidad contratante al momento de la evaluación de las propuestas.

La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última."

sino a un nuevo elenco de hechos que afectan la actividad de selección adelantada por la entidad pública, ya que afectan la confianza y la buena fe que debe existir entre las partes que se disponen a la realización de un contrato, a saber: (1) la no extensión de la garantía cuando se prorrogue el tiempo del proceso de selección o de la suscripción del contrato, siempre y cuando dicha extensión no supere los 3 meses (2) la no entrega por parte del proponente, de la garantía única de cumplimiento para cubrir los riesgos derivados del contrato (3) el retiro de la propuesta cuando se haya vencido el término fijado para la presentación de las propuestas y (4) la falta de pago de los derechos para la publicación del contrato en el diario único de contratación, como requisito previo de legalización del contrato.

Para finalizar este punto, haremos una breve mención a la antigua regulación de la garantía de seriedad de la oferta, traída por el Decreto 679 de 1994 el cual en el Parágrafo del Artículo 16, establecía que el monto debía ser no inferior al 10% del presupuesto oficial o de las propuestas según lo determinaran los pliegos de condiciones, en este punto no hay mayor diferencia, y siendo el Parágrafo la regulación de la seriedad de la oferta, la diferencia fundamental es la ampliación de los riesgos que ampara la garantía de seriedad de la oferta y los cuadros de la cuantía según el presupuesto de la entidad. Por lo tanto, no encontramos una regulación diferente que valga la pena mencionar.

10.6 EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO Y LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

La Corte Constitucional se ha pronunciado principalmente por medio de tres Sentencias fundamentales, que ha nuestra consideración explican con mayor claridad la Garantía Única de Cumpliendo, siendo estas la C-154 de 1996 MP: Antonio Barrera Carbonel, la C- 452 de 1999 MP Eduardo Cifuentes Muñoz y la C-648 de 2002 MP: Jaime Córdova Triviño.

Para la Corte Constitucional, la administración pública requiere de la colaboración de ciertos individuos para lograr el cumplimiento de los fines Estatales, ya que no basta en un Estado Social de Derecho el simple poder de mando para lograr a través del mismo, la satisfacción de las necesidades públicas y de los requerimientos de la administración misma. Debido a esta situación, la administración pública se ve en la necesidad de realizar acuerdos o contratos con los particulares para que le presten los servicios o los bienes, que la misma requiera para el cumplimiento de los cometidos estatales⁷⁶.

⁷⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1996: "...La administración pública cumple los variados cometidos que le han sido asignados, atados necesariamente a la satisfacción de las finalidades de interés público o social, no solamente utilizando el poder de mando que se manifiesta a través de la expedición de actos administrativos generales y particulares, es decir, mediante la imposición unilateral de obligaciones a los administrados, sino acudiendo a la colaboración de otros sujetos mediante la fórmula del contrato..."

Pero lejos de ser un acuerdo libre, espontáneo y dejado a la absoluta voluntad de las partes, este tipo de acuerdos se encuentra regulado y reglamentado, estableciendo requisitos, procedimientos y calidades necesarias para la existencia y la ejecución del Contrato Estatal, uno de esos requisitos; es la garantía única de cumplimiento⁷⁷.

Es de sana diligencia que en cualquier relación contractual, sea apenas previsible que las partes aseguren de cierta forma el cumplimiento de la prestación debida por la otra, aun mas relevancia tiene este aseguramiento, cuando se trata de asegurar el cumplimiento por parte de un colaborador de la administración pública (contratista) el cual entra a coadyuvar en el logro de los cometidos estatales, dicha ayuda por parte del contratista será recompensada con el pago de la prestación debida, el cual proviene de las arcas públicas, cuyos dineros merecen mayor protección y cuidado, por parte de quien los administra, es decir; que no solo se asegura el cumplimiento sino que también se protege al patrimonio público ante cualquier menoscabo producido por el contrato⁷⁸.

Además del elemental cubrimiento de los posibles incumplimientos por parte del contratista a través de la garantía única de cumplimiento, dicha garantía se constituye en si misma en un medio rápido y seguro para la administración pública, ya que con gran certeza el legislador redujo a 3 tipos las posibles formas de la garantía, situación reconocida por la jurisprudencia Constitucional de la siguiente manera: *“...la garantía por los riesgos contractuales debe ofrecer un alto grado de confiabilidad al organismo beneficiario, que resulta antes que todo de la solvencia económica e idoneidad del garante, que son condiciones que no puede ofrecer cualquier persona y ni siquiera el propio contratista porque resultaría*

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 648 de 2002: “...Al Estado le corresponde cumplir las funciones a su cargo, asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, construir las obras que demande el progreso nacional y regional, y promover el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Dentro de ese marco general de actuación, la administración pública, con el fin de cumplir los objetivos y funciones que le han sido asignados, acude permanentemente a la colaboración de los particulares, con los cuales acuerda establecer un vínculo bilateral a través de la fórmula del contrato...”

⁷⁷ Con el Artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, se modificó el Artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993: en el cual se exigía siempre la existencia de la garantía única de cumplimiento para todos los contratos estatales. Situación corregida, ya que este requisito no será necesario para los contratos de mínima cuantía o para los cuales resulte para el estado mas eficiente prescindir de la misma.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1996 “...La actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de tales cometidos requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que un eventual incumplimiento del contratista pueda afectar la economía contractual de la entidad estatal...”

imprevisivo y carente de toda técnica en el manejo de riesgos admitir que el eventual asegurado garantice el reconocimiento del daño con ocasión del siniestro...”⁷⁹

En ese mismo orden de ideas la sentencia C 648 de 2002 estableció lo siguiente:

“...según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas...” (subrayado fuera del texto original).

En pocas palabras se avala como constitucional que solo se pueda constituir la garantía única de cumplimiento a través de una garantía bancaria, una póliza de Seguro expedida por compañías legalmente constituidas en Colombia y en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento⁸⁰ (el Decreto 4828 de 2008 expedido el 24 de Diciembre, estableció adicionalmente a la póliza y a la garantía bancaria, los mecanismos de Fiducia mercantil en garantía, Endoso en garantía de título valor y Deposito de dinero en garantía).

En este punto vale la pena mencionar que estas posibilidades para la constitución de la garantía única de cumplimiento, no son una violación al principio de igualdad, ya que como bien se expuso con anterioridad, lo que se busca es que quien sea el garante reúna todos los requisitos de solvencia, patrimonio e idoneidad, ya que no todas las personas pueden reunir los mismo, mas aun si se asume el pago de un perjuicio⁸¹.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Desde la expedición de la ley 1150 de 2007, se creo una nueva posibilidad a la constitución de una garantía única de cumplimiento contractual “las demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento”

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1996. “...No cualquier persona o empresa puede ofrecer las características y seguridades mencionadas. Por lo tanto, no puede admitirse, invocando el principio de igualdad, que cualquier interesado esté en condiciones de asumir el amparo de riesgos, generalmente muy cuantiosos, sin poseer un respaldo patrimonial y técnico suficientes, y la idoneidad profesional que surge como resultado de la especialización en el manejo

Adicionalmente ha la restricción justificada de la igualdad sobre las formas de constitución de la garantía única de cumplimiento, es necesario recordar que se trata de un punto en donde la libertad de configuración del legislador es amplia y únicamente sujeta a los límites establecidos por la constitución, al respecto la Corte Constitucional estableció:

“...Por lo demás, el legislador goza en este caso de un amplio poder discrecional para configurar la norma jurídica en punto a las garantías contractuales, porque la satisfacción de los intereses públicos y sociales que implica el cumplimiento de los objetos contractuales y la consecuente protección del patrimonio público, determinan que aquél pueda diseñar el tipo de garantía que juzgue mas conveniente para la protección de los referidos intereses...”⁸²

De esta manera el objeto de la Garantía única de cumplimiento para la Corte Constitucional, es el amparo por el incumplimiento contractual, la protección del erario publico por los incumplimientos producidos por el contratista culpable, por las negligentes o dolosas actuaciones del servidor publico encargado de la gestión fiscal, por la pérdida o mengua del bien objeto de protección o por hechos que comprometen su responsabilidad patrimonial frente a terceros, protección que se logra a través de un medio idóneo, expedito y adecuado⁸³.

En igual sentido la Sentencia C- 452 de 1999 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, estableció la justificación de la restricción que impone la Garantía Única de cumplimiento sobre la persona que aspira a contratar con el Estado: *“(..). de otra parte, el valor que el eventual adjudicatario de un contrato estatal debe pagar por las pólizas de seguros o las garantías bancarias que, según las disposiciones acusadas, debe constituir (...) es usualmente mucho menor al monto total de los perjuicios que se causan a la Administración por el incumplimiento y que habría de*

de tales riesgos. La actividad que cumplen los bancos y las aseguradoras en materia de garantías de riesgos, trasciende el ámbito meramente particular y privado de las relaciones contractuales entre garantes y asegurados, hasta el punto de que el Constituyente ha considerado dicha actividad como de interés público y la ha sometido, por tal motivo, a la inspección, control y vigilancia del Estado (C.P. arts. 150-19 d, 189-25, 335, ley 35 de 1993 y decreto 663 de 1993)..”

⁸²CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-452 de 1999.

⁸³CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 648 de 2002: “...El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros. (...) las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley...”

pagar con cargo a sus recursos personales en caso de no existir las garantías contractuales antes anotadas (...)”

El Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha entendido a la garantía única de cumplimiento, como una cláusula de orden publico, que protege la satisfacción de las necesidades publicas que se cumplen con el contrato estatal y a su vez, produce la salvaguarda del patrimonio estatal. Dicha Cláusula, se instrumentaliza a través de un contrato (bien sea póliza de seguro, garantía bancaria o diferente medio)⁸⁴ en virtud del cual se asegura la ejecución oportuna y perfecta del objeto del contrato estatal, asegurando específicamente la ejecución del contrato y la motivación última del mismo; es decir, la necesidad pública a solucionar⁸⁵.

Concretando la forma en que se da la Garantía Única de Cumplimiento a través de un contrato de seguro, la jurisprudencia ha establecido;

“...El tomador del mencionado contrato de seguro, que desde otro punto de vista es el contratista de la Administración, es quien traslada los riesgos al Asegurador para indemnizar, hasta el monto asegurado, si se presentan en el futuro siniestros imputables a él, por su incumplimiento en el contrato celebrado con la Administración(...) El Asegurador, por su parte, es la persona jurídica que asume los riesgos para lo cual debe estar debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos (art. 1037 del Código de Comercio); la obligación de aseguramiento del asegurador sólo se origina cuando acaece el riesgo asegurado (Art. 1.054 ibídem)...”⁸⁶

Debemos aclarar que el contrato por medio del cual se instrumentaliza la garantía, no hace parte del contrato estatal, ya que este es un contrato autónomo⁸⁷, pero si

⁸⁴ Artículo 3 Decreto 4828 del 2008.

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 20 de Noviembre de 2003, Rad. 19929: “...La cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público y le confiere al contrato de seguro un elemento diferencial de aquellos contratos suscritos en interés particular, pues constituye un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal como es la satisfacción del interés general, fin que tiene como una de sus facetas la protección del patrimonio público(...)Dicho contrato constituye un instrumento jurídico oportuno mediante el cual se asegura la ejecución oportuna y perfecta del objeto del contrato y frente al contrato estatal protege el interés público del posible incumplimiento de las obligaciones del contratista...”

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 11 de Diciembre de 2002, Rad. 22511.

⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia del 24 de Agosto del 2000, Rad. 11318: “...bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública, dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración...”

de naturaleza accesoria al contrato estatal⁸⁸, cuyas partes no incluyen a la Administración Pública (ya que ella es la beneficiaria del contrato), no siendo un contrato estatal⁸⁹ y que no se somete a las normas del estatuto general de la contratación pública, sino a las normas del Derecho Comercial con ciertas prerrogativas que favorecen a la Administración Pública.

La anterior posición fue aceptada en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado al respecto, vale la pena señalar lo dicho por la Sentencia del 29 de Noviembre del 2006, la cual estableció: *“...Si bien es cierto el negocio jurídico que contiene la póliza o la garantía es un contrato autónomo, en el que la entidad estatal no es parte sino beneficiario o asegurado, se trata de un contrato que está directa e irrevocablemente unido al contrato estatal que respalda, como se evidencia de algunas disposiciones de la ley 80 de 1993...”*⁹⁰

Complementando lo anterior, se han reconocido ciertas prerrogativas en favor de la Administración Pública, en el entendido que:

“...La garantía otorgada frente a los contratos estatales, contiene un elemento sustancialmente diferente frente a lo que ocurre en el contrato de seguro celebrado entre particulares, puesto que, en los primeros por disposición legal se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, no expirará por falta de pago de la prima. Esto significa que una vez constituida la garantía es irrevocable por el contratista y tratándose de mora en el pago de la prima, la compañía de seguros no podrá alegarla como excepción frente a la entidad estatal para abstenerse de efectuar, por el contrario deberá reconocer el monto asegurado (Nal. 19 Art. 25 de la Ley 80 de 1993). En cambio, en los

⁸⁸CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 20 de Noviembre de 2003, Rad. 19929 “...Además, resulta claro que el contrato de seguro tiene su origen en el contrato estatal y se encuentra sustancialmente unido a la suerte de éste, goza de las mismas características del contrato accesorio al que garantiza, de tal manera que encaja dentro de la previsión contenida en el artículo 1499 del Código Civil, “el contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella...”

⁸⁹CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 12 de Octubre de 2000, Rad. 18604: “...Por regla general, el contrato de seguro que celebra el contratista de la Administración con un tercero para garantizar sus obligaciones indemnizatorias por incumplimiento del contrato Estatal, no es Estatal. Y en principio no lo es porque en dicho contrato son partes el contratista de la administración y el asegurador. Sólo, excepcionalmente es estatal, por las partes que lo celebran, cuando el tomador o el asegurador, o uno de estos o los dos, es o son entidad pública, de alguna de las indicadas en la Ley 80 de 1993...”

⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Fredy Ibarra Martínez, Sentencia del 29 de Noviembre del 2006, Rad. 24414.

*segundos la mora en el pago de la prima de la póliza producirá la terminación automática del contrato...*⁹¹

Vale la pena mencionar que la Garantía dada por el contratista debe ser aprobada por la entidad contratante, por lo tanto, debemos reconocer 3 momentos específicos. Un primer momento que se da cuando el contratista realiza el negocio jurídico para instrumentalizar la garantía, un segundo momento; que se da cuando la entidad contratante aprueba la garantía, como soporte suficiente a las obligaciones derivadas del contrato y un tercer momento; cuando acaece o se concreta el riesgo amparado y se hace exigible el monto garantizado a título de indemnización de perjuicios.⁹²

Del párrafo anterior tenemos que aclarar las 2 situaciones. La primera hace referencia a la aceptación de la garantía por parte de la administración y la segunda, ha la concreción por parte de la administración de la garantía o la constitución del título para el cobro de la misma.

10.7 LA ACEPTACIÓN DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

La aceptación por parte de la entidad contratante es uno de los puntos mas importante en el proceso de la contratación publica, ya que esta aceptación es uno de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato, es decir; que sin la existencia de esta aceptación el contrato existe y valido, pero no puede ser realizado.

Vale decir, que la garantía entendida como el aval al cumplimiento de las obligaciones en cabeza del contratista particular, una vez aceptada se mantiene vigente por toda la vida del contrato, incluida la liquidación y deberá ajustarse a la extensión del riesgo amparado, por lo tanto, bien hace el legislador al establecer que sin dicha garantía no es posible ejecutar el contrato⁹³. En este sentido vale la

⁹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 20 de Noviembre de 2003, Rad. 19929.

⁹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 11 de Diciembre de 2002, Rad. 22511: "...Por tanto cuando la Administración aprueba la garantía prestada por su contratista significa que cuando en el futuro acaezca el riesgo asegurado y ella reconozca en acto administrativo la existencia del siniestro podrá exigir al asegurador, la indemnización hasta el monto asegurado. De lo estudiado hasta ahora se concluye que el contrato de seguros que crea obligaciones, nace desde la celebración del mismo y que las obligaciones de aseguramiento del asegurador se originan cuando acaece el riesgo asegurado..."

⁹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 20 de Noviembre de 2003, Rad. 19929: "...El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dispone que 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. Por su parte, el artículo 41 del estatuto contractual prevé que para la ejecución del contrato se requerirá la aprobación por parte de la administración de la garantía otorgada..."

pena mencionar el claro pronunciamiento del Consejo de Estado del año 2005 en el cual se estableció: “(...) Así mismo, el artículo 41 de la misma ley consagró como requisito para la ejecución del contrato la aprobación de la garantía única de cumplimiento por parte de la entidad pública, aprobación que por corresponder a una decisión unilateral de la administración que produce efectos jurídicos, se plasma en un acto administrativo.

La entidad pública es la encargada de la aprobación de la póliza de cumplimiento del contrato estatal, para que éste pueda ejecutarse. La aprobación implica la constatación sobre el original de la póliza, de la existencia del contrato de seguro, para que el contrato amparado pueda ejecutarse, sin que exista norma que señale que la administración debe conservar el original de la póliza (...).⁹⁴

Aprobada la garantía por parte de la entidad contratante, se permite la ejecución del contrato (siempre y cuando se hayan cumplido con los demás requisitos de ejecución). Dicha aprobación faculta si acaece el riesgo asegurado, ha reconocer mediante Acto Administrativo el siniestro, permitiéndole exigir la garantía ha título de indemnización de perjuicios⁹⁵.

En este punto si bien se encuentra derogado, es necesario hacer referencia al trato que le dio la jurisprudencia al Decreto 679 del 94, al respecto se dijo: “(...) Por su parte, el decreto reglamentario señala:

cómo debe proceder la Administración para evaluar la suficiencia de las garantías, de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas; los riesgos que se pueden incluir en el contrato de seguro para ser amparados; las reglas que se deben tener en cuenta para evaluar la suficiencia de las garantías; la vigencia de los amparos de estabilidad según el caso; la determinación por parte de la Entidad sobre el término del amparo de estabilidad, según la naturaleza del contrato; la carga del contratista en reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectada por razón de siniestros y la aprobación de la garantía única (...).⁹⁶

⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 27 de Julio de 2005. Rad. 2365.

⁹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 12 de Octubre de 2000, Rad. 18604: “...Por tanto cuando la Administración aprueba la garantía prestada por su contratista significa que cuando en el futuro acaezca el riesgo asegurado y ella reconozca en acto administrativo la existencia del siniestro podrá exigir al asegurador, quien asumió los riesgos trasladados por el contratista de la Administración, la indemnización hasta el monto asegurado...”

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: Maria Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 12 de Octubre de 2000, Rad. 18604

10.8 LA CONSTITUCIÓN DEL TÍTULO PARA EL COBRO

En una situación de Derecho Comercial, cuando un beneficiario de un seguro no le es satisfecha su indemnización por el mero requerimiento que se hace a la aseguradora, este debe acudir ante un juez de la República para que declare el acaecimiento del riesgo asegurado y por lo tanto la existencia del siniestro, permitiendo en ese momento la posibilidad de constreñir judicialmente al asegurador, ha pagar el monto asegurado a título de indemnización al beneficiario.⁹⁷

A diferencia de la situación de un particular que exige su seguro, cuando la Administración Pública es la beneficiaria de una póliza que se expide para garantizar las obligaciones surgidas de un contrato estatal, no necesita recurrir a la vía judicial para buscar la declaratoria del siniestro, simplemente ejerce la potestad investida en ella para que mediante Acto Administrativo declare la existencia de ese siniestro y poder de esa forma exigir la indemnización correspondiente.⁹⁸

“(...) Ese acto administrativo que declara la operancia del incumplimiento, es entonces el que concreta la obligación de la aseguradora; si bien es cierto que la póliza es el documento escrito que emana de la aseguradora y que constituye plena prueba contra ésta, es el acto administrativo el que determina el alcance de la obligación, define el incumplimiento contractual, el perjuicio y la correspondiente indemnización a favor de la entidad estatal (...).”⁹⁹

Es necesario aclarar, que cuando la entidad contratante; mediante Acto Administrativo declara la concreción del riesgo amparado en la garantía dada por el contratista, no significa que el Acto y la ocurrencia del riesgo amparado sean simultáneos, ya que esto sería absurdo. Lo que pasa, es que el siniestro ocurre primero, constituyéndose en la razón para la expedición del Acto que declara la existencia del mismo, es decir; el siniestro es declarado por el Acto Administrativo,

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 11 de Diciembre de 2002, Rad. 22511: “...Es de ley que cuando es un particular el beneficiario del contrato de seguro y el asegurador no lo indemnice a su solicitud, es decir por el mero requerimiento, le corresponde asistir a estrados judiciales, para pedir que se declare la obligación del asegurador, es decir que se le reconozca judicialmente que el hecho o siniestro sí se dio y que, en consecuencia, se declare que el asegurador está obligado a indemnizarlo. Por ello los artículos 1.072 y 1.131 del Código de Comercio...”

⁹⁸ Ibídem: “...cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, está previsto en la ley que como ella está privilegiada con la decisión previa, es decir que para el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador, puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria ...”

⁹⁹ CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 20 de Noviembre de 2003, Rad. 19929.

ya que primero tiene que pasar el riesgo amparado, para posteriormente poder ser reconocido mediante Acto Administrativo¹⁰⁰.

No sobra recordar que la razón para la ejecución de la Garantía es el incumplimiento al contrato estatal por parte del contratista¹⁰¹.

Además de lo anterior, el Decreto 4828 de 2008, recogiendo lo establecido por la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa estableció la posibilidad de emitir una vez agotado el debido proceso, el Derecho de defensa y la contradicción, tanto del contratista como del garante, un Acto Administrativo de aplicación de multas, el cual al igual que el Acto que declara el incumplimiento, constituye siniestro en cuanto a los póliza de seguro dada como garantía.

Otra situación nueva del Decreto en mención, es la reglamentación que en todos los casos donde se declare el incumplimiento mediante Acto Administrativo, se deberá respetar el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción del contratista y de su garante, ya que con este Acto, se faculta el cobro de la cláusula penal o la tasación de los perjuicios por parte de la entidad pública tanto al contratista como al asegurador por que con este, se entiende realizada la reclamación del seguro¹⁰².

Es decir que el Decreto lleva a la regulación reglamentaria, las situaciones jurídicas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado

El Acto Administrativo que declara el siniestro, se encuentra sujeto a los recursos de orden dados por ley y solo podrá ser ejecutado cuando este se encuentre en firme,¹⁰³ pero aun; estando en firme el Acto Administrativo, este resulta insuficiente

¹⁰⁰ Ibídem: "...Cuando la administración declara la existencia del siniestro u ocurrencia del riesgo asegurado, concluye que se dio o ocurrieron antecedentes precavidos en el contrato de seguro del que es beneficiario; no significa que el acto jurídico que declara la existencia del siniestro hace que en la vida jurídica el siniestro sé dé en ese momento; lo que ocurre es, que previo a proferir ese acto jurídico, el riesgo asegurado ha acaecido; la ocurrencia del siniestro es en lógica, anterior al acto que reconoce su ocurrencia. Recuérdese, por otra parte, que el riesgo es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurador o beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador (Art 1.054 C. de Co.) y que se entiende ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado (Art. 1.131 ibídem)..."

¹⁰¹ Ibídem: "...De este modo, el contrato de seguro no puede valorarse separadamente de aquel cuya ejecución garantiza, ni es válido predicar del mismo su plena autonomía para someter la ejecución a la jurisdicción ordinaria, ya que se rompería la continencia de la causa y se desconocería la circunstancia que da origen a la ejecución de la póliza de seguro, que no es otra cosa que el incumplimiento del contrato estatal por parte del contratista..."

¹⁰² Decreto 4828 de 2008 Artículo 14.3

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 3 de Mayo de 2001, Rad. 12724: "...En cambio, en el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora para el pago del seguro, expide un acto administrativo unilateral, en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el

para la iniciación del proceso de ejecución al asegurador, necesitándose de un título complejo para la realización de este proceso¹⁰⁴.

Nos encontramos en una situación en la cual hay un Acto Administrativo que debe estar en firme¹⁰⁵ y una póliza de seguro expedida en beneficio de la entidad contratante. Los cuales, de manera conjunta; constituyen un primer paso para la creación del título jurídico que permitirá iniciar y adelantar el proceso ejecutivo en contra del asegurador, para el reclamo de la indemnización por la ocurrencia del siniestro.

Pero aun estando el Acto Administrativo y la póliza juntos, la jurisprudencia ha determinado que es necesario que estos sean acompañados por el contrato mismo, ya que este es la razón de la existencia de la póliza como también el sustento ultimo del Acto Administrativo que declara su incumplimiento.

“...Luego, para hacer efectiva la póliza, el título ejecutivo es complejo, constituido, entre otros documentos, por el contrato y sus requisitos de perfeccionamiento, el acto que declara la ocurrencia del siniestro debidamente ejecutoriado y la póliza con su respectiva aprobación...”¹⁰⁶

Para terminar este punto es necesario mencionar un tema de reciente importancia, el cual es la necesidad de presentar o no el original de la póliza dada por el contratista a la Administración.

La normatividad civil a establecido en el artículo 1046 del C. Comercio, que corresponde a la aseguradora entregar al tomador el original de la póliza, como una medida tendiente a la prueba del seguro, por lo cual; la conclusión lógica basándose en las normas del Código de Procedimiento Civil es que quien desee

contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente. En otras palabras, el acto administrativo es la prueba de la realización del riesgo y podría decirse que esta forma de acreditar el siniestro se convierte en un privilegio para la administración, ya que le basta su propia decisión fundamentada, que goza de la presunción de legalidad. Esta forma de acreditar el siniestro también constituye una ventaja para la aseguradora, ya que tiene la posibilidad de discutir administrativa y judicialmente el acto, en la medida que los fundamentos jurídicos y fácticos que la administración adujo para acreditar el siniestro no sean suficientes...”

¹⁰⁴ *Ibidem*: “...Se adelanta así el debate en torno a un acto dictado con base en una potestad que dimana de la ley. Acto que una vez ejecutoriado prestará con la póliza correspondiente mérito ejecutivo contra la aseguradora, la que debe pagar el seguro en los términos convenidos...”

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 12 de Octubre de 2000, Rad. 18604: “...Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme...”

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Fredy Ibarra Martínez, Sentencia del 29 de Noviembre del 2006, Rad. 24414.

iniciar un proceso ejecutivo con base en dicho título, requerirá presentar el original al juez competente¹⁰⁷.

En el proceso de contratación estatal, regulado por la ley 80 de 1993 y sus modificaciones posteriores, se guarda silencio sobre si el original de la póliza debe ser conservado por la entidad contratante, por lo tanto; la falta de precisión legal impide que a la Administración Pública se le carguen obligaciones no diseñadas para ella, ya que esto se basaría en suposiciones de que el contratista dio a la entidad el original de la póliza, e impone una obligación que no ha sido creada por la ley que regula la materia de recibir y conservar el original de la póliza, lo cual lleva a la conclusión que la copia de la póliza bastara para su prueba. En este sentido, el Consejo de Estado ha dicho:

“ (...) La ausencia de norma que lleve a inferir que el original de la póliza que ampara el cumplimiento del contrato estatal, deba ser conservada por la entidad pública contratante, impide imponerle la carga de aportar siempre el original de la póliza, tal exigencia se basa en suposiciones de que el contratista le entregó el original para que lo conservara, por contera no resulta jurídicamente admisible sancionarla con la declaración de inexistencia del título ejecutivo simplemente por haber aportado una copia auténtica de la póliza. Lo anterior, sin perjuicio de lo que puedan pactar las partes en el contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”¹⁰⁸

En caso de que se presente la excepción de inexistencia del título por parte del ejecutado este tendrá la carga de la prueba de demostrar que la entidad si tiene en su poder el original de la póliza¹⁰⁹.

10.9 DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, TERMINACIÓN UNILATERAL Y CADUCIDAD

No ha sido pacífica la postura doctrinaria y jurisprudencial sobre la posibilidad de la Administración Pública de declarar el incumplimiento contractual por parte del contratista, sin el uso de una potestad extraordinaria que así la faculte. En este sentido, es necesario recordar que a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 no tiene soporte legal, sostener que la administración pública de forma autónoma y por ella misma puede declarar el incumplimiento por parte del contratista, ya

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 27 de Julio de 2005. Rad. 2365: “...A su vez, el artículo 1046 del C. Comercio establece en materia del contrato de seguros, que con fines probatorios la aseguradora deberá entregar al tomador el original de la póliza, lo que lleva a concluir que en el evento de que el tomador quiera iniciar un proceso ejecutivo con fundamento en la póliza de seguro deberá aportar el original que se encuentra en su poder (artículo 268 del C. P. Civil)...”

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ *Ibidem*

que esto corresponde es al juez de lo Contencioso-Administrativo y sostener lo contrario responde mas ha un rezago legal, doctrinario y jurisprudencia dejado por el Decreto-Ley 222 de 1989, en el cual se postulaba; la competencia de la Administración para declarar el incumplimiento contractual mediante Acto Administrativo motivado¹¹⁰.

Para concluir este punto, es necesario aclarar el escenario actual de la normatividad sobre la materia, al respecto el CCA establece en su Artículo 87, la formula según la cual cualquiera de las partes puede solicitar ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo la declaratoria del incumplimiento contractual y condenar al responsable a la indemnización de los perjuicios correspondientes a que halla lugar¹¹¹.

Habiendo aclarado la situación jurídica sobre la declaratoria de incumplimiento unilateral por parte de la entidad contratante, vemos como esta es solo posible si media una potestad exorbitante que la faculte para esto. Al respecto, nos concentraremos en la declaratoria de terminación unilateral y en la declaratoria de caducidad.

La terminación unilateral es una figura concebida por el legislador como una potestad exorbitante en favor de la entidad pública contratante, con la cual; se busca evitar la causación de perjuicios al Estado, como consecuencias de los supuestos de hecho establecidos en el Artículo 17 de la Ley 80 de 1993¹¹². Evitando dichos perjuicios, mediante la terminación del contrato, ya que la continuación del mismo seria un riesgo muy alto para la entidad publica.

A su vez, esta terminación no es una sanción impuesta al contratista, sino una forma en la que la entidad publica conserva la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato¹¹³, tanto así; que la misma ley ordena que una vez sea ejercida la terminación unilateral, la entidad publica deberá proceder a reconocer y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las partes, aplicando

¹¹⁰ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro A. Contratos Estatales. p. 299 y 300.

¹¹¹ CÓDIGO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Art. 87: "(...) Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuentes, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas (...)"

¹¹² Ley 80 de 1993 Art. 17: "(...) 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato (...)"

¹¹³ Ley 80 de 1993 Art. 14.

los mecanismo de ajuste del contrato a que haya lugar, para mantener la ecuación inicial del contrato¹¹⁴.

En este sentido el Consejo de Estado ha establecido:

“(...) El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación (...)”¹¹⁵.

Pasaremos ahora, a estudiar la relación existente entre la terminación unilateral y la ejecución de la Garantía Única de Cumplimiento.

Al producirse el Actos Administrativo que declara la terminación unilateral del contrato debe procederse según el mandato legal (como bien ya se explico) con otros elementos ha la creación de un título ejecutivo complejo, que servirá para realizar el cobro de la póliza a la compañía aseguradora sin necesidad de recurrir a una reclamación judicial. Lo importante en este punto de la reclamación, es que al haberse producido la extinción del contrato por un Acto Administrativo motivado para producir la terminación unilateral, se debe proceder a la liquidación del contrato para poder establecer el monto que debe ser cubierto por parte de la aseguradora, ya que como bien lo dice la ley; en esta situación proceden las restituciones mutuas.

Sobre este tema, será de mucha ayuda mencionar un caso real resuelto por el Consejo de Estado, contra una aseguradora que alegaba la inexistencia de título ejecutivo por no haber mediado mención sobre el monto a responder en el Acto Administrativo de liquidación y por la inexigibilidad del título ejecutivo complejo por existir cláusula compromisoria.

Sobre el primer tema el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo estableció que:

“(...) Al respecto, en los considerandos de la citada resolución, se hizo clara y puntual alusión a la garantía única expedida por XX de Seguros, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de obra pública número 478 de 1995 y, en consonancia con ese fundamento, en el artículo tercero de la parte

¹¹⁴ Ley 80 de 1993. Art. 14 inciso 2 numeral 1.

¹¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 29 de Agosto del 2007, Rad. 15324.

*resolutiva del acto, se ordenó a la compañía de seguros cancelar, por razón de la póliza número 195545, las suma de \$(...) en el evento de que el contratista no devolviera la suma entregada a título de anticipo, motivos éstos por lo que en el artículo cuarto de la resolución, se ordenó notificar el acto al representante legal de XX de Seguros, como en efecto se hizo (...)*¹¹⁶.

Vemos como es necesario para que se pueda exigir mediante el proceso ejecutivo, que el título ejecutivo complejo conste la liquidación del contrato, para poder establecer de manera clara el monto correspondiente a cada parte y en especial el que le correspondería a la compañía aseguradora.

Sobre el segundo punto, si bien lo establecido no hace parte determinante de este estudio es necesario mencionar el concepto dado por la alta corporación:

*“(...) En primer lugar, jurídicamente no es posible someter a decisión de un tribunal de arbitramento las diferencias que surgieron como consecuencia de la declaratoria de terminación del contrato estatal 478 de 1995, por cuanto la decisión fue adoptada unilateralmente por la entidad contratante mediante la Resolución Nro. 01778 del 15 de julio de 1997 (fls. 58 a 60 cdno. ppal.), en uso de las facultades otorgadas por la ley 80 de 1993(...)*¹¹⁷.

Sobre la caducidad administrativa, es necesario empezar por mencionar que esta potestad exorbitante de la administración, es la sanción mas grave que puede ser impuesta sobre un contratista colaborador del estado, cuyo fin; es terminar de forma anticipada la relación contractual a través de un Acto Administrativo motivado, expedido por la entidad contratante, el cual solo puede ser dado cuando se den las hipótesis dadas por la ley¹¹⁸ y respetando el debido proceso como el derecho de defensa que le asiste al contratista¹¹⁹.

Cuando se produce la caducidad administrativa, no hay lugar a indemnización para el contratista, ya que este se hace merecedor de las sanciones e inhabilidades previstas en la ley, además; se obliga al contratante a ceder o a renunciar a los contratos estatales que ya hubiere celebrado con el Estado¹²⁰. Vale decir, que este Acto Administrativo que declara la caducidad al igual que cualquier otro, esta sujeto a los recursos de orden legal, tanto en la vía gubernativa como judicial.

¹¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Germán Rodríguez Villamizar, Sentencia del 8 de Octubre del 2003, Rad. 16718.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Ley 80 de 1993 Art. 18.

¹¹⁹ Decreto 4828 de 2008. Art. 14.1.

¹²⁰ Ley 80 de 1993. Art. 8 y 9.

En adición a lo anterior, la simple declaración de caducidad se equipara ha la declaración del siniestro para la ejecución de la garantía única del contrato estatal, con lo cual; además de aplicar las sanciones de ley, el Acto Administrativo faculta a la entidad publica a cobrar mediante proceso ejecutivo y en virtud de un titulo ejecutivo complejo la póliza que garantizaba el cumplimiento del Contrato estatal¹²¹.

A partir del Decreto 4828 de 2008, al Acto Administrativo que declara la caducidad hace efectiva la cláusula penal o permite la cuantificación del perjuicio por parte de la entidad, con lo cual se podrá adelantar el cobro al contratista o al asegurador, siempre y cuando se haya constituido el titulo administrativo complejo.

Vale la pena finalizar, estableciendo que tanto en el fenómeno de la terminación unilateral como en el la caducidad, la entidad pública puede optar por que sea terminado el contrato o que el garante culmine el mismo o seleccionar un nuevo contratista.

10.10 LA JURISDICCIÓN COMPETENTE Y EL PROCESO DE EJECUCIÓN

En este punto pretendemos destacar la clara competencia que detenta el Consejo de Estado para conocer sobre los asuntos concernientes a la ejecución de la garantía única de cumplimiento, como cabeza de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

La ley 80 de 1993 en su Artículo 75 establece *“Del Juez Competente. - Sin perjuicio de los dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para desconocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”* es clara pues la intención del legislador de establecer una competencia unificada en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativo.

Dicha posición ha sido asumida de vieja data por la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que desde el año de 1994 a establecido su competencia en esta materia, al respecto se dijo lo siguiente:

“...Estima la Corporación (...) que la Ley 80 le adscribió a la jurisdicción de los contencioso administrativo la competencia para conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, entendiéndose que se trata de éste último caso, de procesos de ejecución respecto de obligaciones ya definidas por voluntad de las parte o por decisión judicial. Observa que la Ley 80 de 1993 aplica un principio según el cual el juez de la acción debe ser el mismo juez de

¹²¹ LAMPREA, Op. cit.. p. 305 y 304.

ejecución, recogiendo lo que ha sido la tendencia dominante en el derecho moderno, de trasladar asuntos que eran del resorte de la jurisdicción ordinaria por razón de la materia, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, buscando criterios de continuidad y unidad en el juez, posición que si bien no es compartida por todos los jueces, si es una tendencia legislativa...”¹²²

En este punto se dilucidar la competencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero debe aclararse la terminología utilizada por el legislador al referirse a los “procesos de ejecución”, ya que el legislador cuando menciona los procesos de ejecución se refiere es al proceso ejecutivo del Artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, proceso donde se busca la ejecución de un derecho reconocido en beneficio del demandante, cuya existencia no admite duda y que consta en un título ejecutivo, presupuesto básico para el inicio de este tipo de procesos.

Es decir; que la competencia por parte del Consejo de estado es tanto para las controversias de los contratos estatales como para los procesos ejecutivos que se desarrollen de los mismos¹²³.

Esta misma posición ha venido a ser reforzada por parte de la Corte Constitucional, estableciendo que el legislador:

“ (...) Actuando en una forma congruente y siendo coherente con la determinación de crear una sola categoría de contratos para el sector público, el legislador también procedió a unificar el juez competente para resolver las controversias derivadas de los mismos, dentro de las cuales se encuentran no sólo las que se presenten en la etapa precontractual y contractual sino también en la postcontractual, competencia que radicó en la jurisdicción contencioso administrativa, como aparece en el artículo 75 de la ley 80 de 1993(...) Al analizar este precepto legal advierte la Corte que no adolece de falta de claridad, pues, en tratándose de la asignación de competencias, en él aparece determinado el órgano de la rama judicial a la cual se

¹²² CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP: Guillermo Chahin Lizcano, Auto del 22 de Noviembre de 1994, Rad. S-414.

¹²³ *Ibidem*: “...Para la Sala la norma que se interpreta es clara en cuanto a que el termino "proceso de ejecución o cumplimiento" significa juicio; de suerte que la Ley 80 de 1993 en su artículo 75, usó una terminología procesal diáfana en lo que a las controversias contractuales se refiere, ya que éstas pueden ser previas o coetáneas a la celebración o desarrollo de un contrato y las que se deriven de la ejecución tardía o defectuosa de la obligación que surge del negocio jurídico. Si bien el artículo 75 de la norma citada, cuando habló de los procesos de ejecución o cumplimiento, no dijo nada sobre el trámite, por la forma de interpretación integral de las diferentes legislaciones y habida cuenta de la existencia de normas que remiten a él, como el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, es necesario concluir que se aplica el Código de Procedimiento Civil...”

*dirige: jurisdicción contencioso administrativa; y la materia o asuntos que le corresponde conocer: controversias contractuales derivadas de los contratos estatales, así como de los procesos de ejecución o cumplimiento de los mismos. (...) Así las cosas, es entonces la jurisdicción contencioso administrativa la encargada de resolver las controversias de todo orden que surjan de la relación contractual en la que sea parte una entidad del Estado (...)*¹²⁴

Para concretar nuestro tema de la ejecución de la Garantía Única de Cumplimiento resulta necesario recurrir a algunos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En Sentencia del año 2003 se estableció que

*“(...) no debe perderse de vista que el mencionado artículo 75 de la Ley 80 de 1993, le adscribió a la jurisdicción contenciosa la competencia para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución originados en la actividad contractual. Bajo esta premisa, la jurisdicción conocerá no solo de los contratos celebrados por una entidad pública para el cumplimiento de los fines estatales, sino de los contratos celebrados entre particulares que garanticen el cumplimiento del contrato estatal, por estar estrechamente relacionados con el desarrollo, ejecución y culminación del objeto del contrato principal (...)*¹²⁵.

Concurriendo con lo anterior en el 2006 se reitero que *“El Estatuto contractual, en el inciso primero del artículo 75, al regular los aspectos atinentes a la solución de las controversias contractuales, preceptúa que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las controversias derivadas de contratos estatales y “de los procesos de ejecución” o cumplimiento. Se reitera entonces que, independientemente del régimen aplicable al contrato, de derecho público o de derecho privado, la jurisdicción contencioso administrativa conoce de la ejecución derivada de los contratos estatales*¹²⁶.

Finalizando este tema, vale la pena mencionar la posibilidad de plantear excepciones en el proceso de ejecución. Esto en referencia al pronunciamiento del año 2005, donde la Sección Tercera estableció que en los procesos ejecutivos en los cuales el título ejecutivo este constituido por un Acto Administrativo, solamente será posible plantear las excepciones de pago, compensación, confusión, notación,

¹²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388 de 1996.

¹²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 20 de Noviembre de 2003, Rad. 19929

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Fredy Ibarra Martínez, Sentencia del 29 de Noviembre del 2006, Rad. 24414.

remisión, prescripción y transacción, cuando estos estén basados en hechos ocurridos después de la expedición de dicho Acto Administrativo; la indebida representación de las partes o la falta de notificación en legal forma y la pérdida de la cosa debida, con la advertencia que no proceden las excepciones previas¹²⁷.

¹²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 27 de Julio de 2005. Rad. 2365.

11. COMPARACION DEL SEGURO PRIVADO Y EL SEGURO PÚBLICO

11.1 LA REVOCACIÓN DE LA PÓLIZA POR FALTA DE PAGO

Tratándose de seguros de naturaleza mercantil es uso corriente que la póliza que da la protección frente a un riesgo al asegurado, expire cuando el tomador de la misma no cumpla con su obligación de realizar el pago acordado con la compañía aseguradora, ya que en un contrato de este tipo (sinalagmático perfecto) no se puede permitir que la compañía aseguradora asuma la protección frente a un riesgo determinado (una obligación) sin que exista una contraprestación para ella, la cual en este caso es el pago por parte del tomador de una suma de dinero conocida como prima.

Dado que el seguro mercantil salvaguarda intereses de naturales privada, es apenas lógico que este se sujete al principio de la correlatividad entre las causas, es decir; la causa para que exista la póliza es el pago de la prima, y el pago de la prima se realiza como consecuencia de la existencia de la póliza. Donde uno y otro concepto se retroalimentan y encuentran su razón de existir conjuntamente.

No sobra decir que los intereses privados asegurados se protegen por la mera liberalidad de las partes, donde una busca la forma de proteger su interés bien sea patrimonial o personal, trasladando un riesgo a la compañía aseguradora y a su vez esta le interesa lucrarse por el pago de las primas que resultan en el giro ordinario de sus negocios.

En pocas palabras la falta de pago producirá la terminación automática del contrato de seguro, situación que no puede ser desconocida por ningún tipo de convenio entre las partes, convirtiéndose en una cláusula de orden publico, tal y como lo establece el Artículo 1068 del Código de Comercio:

“La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes”. (subrayado fuera del texto original).

Otra situación a discutir, es la facultad de la compañía aseguradora como del asegurado en el derecho mercantil de revocar unilateralmente, el contrato de seguro.

A diferencia de la situación anterior la regulación de la contratación estatal es enfática en mandar que las pólizas de seguro entregadas como instrumento de realización de la garantía única de cumplimiento por parte del contratista a la entidad contratante, no expiren por la mora en el pago de la prima por parte del tomador o contratista.

Lo anterior si bien contraria la naturaleza mercantil que tiene la póliza de seguro entregada a la administración pública, no deslegitima que la existencia de la póliza se debe a la celebración del contrato estatal y que dicha póliza protege el interés público que se concreta en el contrato estatal, es decir; que dicho negocio siendo privado protege el erario del estado.

La ley 80 de 1993 disponía en su artículo 25 numeral 19 estableció que las pólizas dadas como garantía no expiran por falta de pago o pueden ser objeto de revocación unilateral por parte de la compañía aseguradora, en sana técnica legislativa la ley 1150 del 2007 si bien deroga dicho numeral, realiza una copia al carbón de dicho mandato en su Artículo 7 segundo inciso: “...*Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral...*”.

Sobre lo anterior vale la pena decir que esta disposición sacrifica el interés de las compañías aseguradoras por la protección que se debe dar del interés público, ya que en un Estado Social de Derecho, debe primar la protección jurídica del interés general que en este caso se materializa en el aseguramiento de la necesidad pública que se pretende satisfacer a través del contrato estatal, contrato respaldado por una póliza de seguro.

Concluyendo este punto es necesario establecer que la posibilidad de la revocatoria unilateral por parte del asegurado o de la compañía aseguradora es inadmisibles en el tráfico jurídico de la contratación administrativa, ya que la ley expresamente prohíbe dicha posibilidad.

11.2 LA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS EN LA SERIEDAD DE LA OFERTA

La indemnización en materia mercantil cuando los perjuicios no han sido establecidos con anterioridad a través de una cláusula penal o unas arras penales, se somete a un proceso probatorio para lograr una tasación adecuada de los mismos, a través de un proceso ordinario civil que se adelanta ante Juez competente.

En materia Administrativa el Decreto 4828 de 2008, en su artículo 7.1 establece el monto a cubrir por parte de la póliza que instrumentaliza la garantía de seriedad de la oferta, con lo cual si se llegare a presentar el siniestro amparado por la póliza, la indemnización sería el monto establecido en el Decreto sin que haya necesidad por parte de la administración de entrar a probar el monto de sus perjuicios.

11.3 LA PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE SEGUROS

Otro aspecto que vale la pena mencionar es lo que ha establecido el Decreto 4828 en relación con la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad diciendo:

“En la garantía única de cumplimiento no podrá incluirse la “Cláusula de Proporcionalidad” u otra similar, conforme a la cual el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada”.

Para hacer un pronunciamiento en relación con la conveniencia o no de hacer tal mención en el decreto, es preciso hacer en forma previa un pequeño análisis en relación con la regla proporcional en materia de seguros comerciales.

La regla proporcional está unida indefectiblemente a la figura del infraseguro, y encuentra consagración expresa en el inciso 2 del artículo 1102 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual, “...No hallándose asegurado el íntegro valor del interés, el asegurador sólo estará obligado a indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté...”.

Como se puede observar, en materia de seguros de carácter real, puede presentarse la figura conocida como infraseguro, consistente en que el valor asegurado es inferior al valor real del interés. Así, pudiendo el tomador asegurar el interés por su valor real, toma la decisión de asegurarlo por un valor inferior al mismo, lo que produce como consecuencia, que en el evento en que se produzca una pérdida amparada por la póliza correspondiente, la compañía aseguradora proceda a indemnizar la misma en la proporción en la que se encuentra asegurado el interés, sin exceder por supuesto, el valor asegurado.

Así, por mencionar un ejemplo, si el interés se encuentra asegurado en un ochenta por ciento del valor, de existir una pérdida, la compañía aseguradora solo pagará el 80% del valor de la misma, sin exceder la suma asegurada.

Lo anterior, como se deja ver en la misma norma, salvo que exista pacto en contrario, por virtud del cual, la compañía acepte no aplicar la regla proporcional e indemnice el valor total de la pérdida, sin exceder el valor asegurado.

Esta regla es propia de los seguros de carácter real, que versan sobre una cosa o sobre un conjunto de cosas, pues es posible que el tomador calcule con certeza el valor real del interés. Por el contrario, resulta ajena a los seguros de carácter patrimonial, en los que se pretende proteger el patrimonio de la persona como una unidad, pues en estos eventos no es posible conocer realmente el valor del interés.

En efecto, piénsese en un seguro de responsabilidad civil extracontractual. ¿Cuál es el valor real del interés a asegurar? Sencillamente no es posible calcularlo, por cuanto no es posible saber de qué magnitud van a ser los perjuicios que el asegurado pueda causar a terceros. Ello impide aplicar la regla proporcional, pues no existe el parámetro del valor real contra el cual comparar el valor asegurado, para así hallar la proporción. Lo mismo ocurre con los seguros de cumplimiento; no es posible conocer cuál es el valor real del interés pues no se puede conocer la magnitud de los perjuicios que se causan por un incumplimiento cualquiera, y sobra decir que ello nada tiene que ver con el valor del contrato.

A pesar de lo anterior, se volvió costumbre que las compañías aseguradoras en materia de seguros de cumplimiento, establecieran dentro del condicionado de las pólizas, una cláusula, llamada de proporcionalidad, de acuerdo con la cual, la indemnización en caso de incumplimiento generador de perjuicios, se haría calculando la proporción entre la parte cumplida del contrato y la no cumplida. Así, de entenderse que el contrato estaba cumplido en un noventa por ciento, por ejemplo, solo procedían a pagar el 10% del valor de la pérdida, aplicando una extraña regla proporcional que no tiene justificación de ningún tipo, entre otras cosas, por cuanto la magnitud de los perjuicios nada tiene que ver con esa circunstancia.

Por lo anterior, consideramos adecuado y conveniente por demás, que por lo menos en materia de seguros de cumplimiento de contratos estatales se haya puesto una talanquera a tan curiosa y perjudicial costumbre.

12. CONSIDERACIONES FINALES

Como se expuso a lo largo de este estudio, es pertinente resaltar las diferencias profundas que separan en su naturaleza jurídica al seguro de cumplimiento en materia privada y a la Garantía Única de Cumplimiento, cuando esta es instrumentalizada a través de una póliza de seguro. Esto debido a que ambas figuras son en esencia un amparamiento ante la posible ocurrencia de un hecho considerado como dañoso para el asegurado.

Estas dos figuras cuya fuente primaria y natural es buscar la protección de un interés legítimo, han recibido una doble regulación debido a los intereses que se predicen de los agentes que usan estas figuras.

Como se ha manifestado, este doble régimen ha desembocado en una serie de confusiones e imprecisiones que han generado una aplicación indebida, imprecisa y que en la práctica se ha prestado a equívocos, fruto de la falta de precisión normativa y de una errada concepción de entender lo regulado por las normas de Derecho administrativo igual a lo dispuesto por la normatividad de orden mercantil privado.

Fue pues, producto de este estudio identificar en todo el marco normativo aquellas falencias y errores de orden jurídico y de conveniencia práctica que presenta la normatividad sobre la materia; encontrando, que si bien la regulación no es la más acertada, si logra la protección del patrimonio público pero esto a través de elucubraciones jurídicas complejas, que no facilitan el tráfico de por sí ya difícil de la contratación administrativa. Situación que se presenta por diversas razones, tal vez la más importante por la aplicación mixta de normas administrativas y mercantiles. Que si bien, una pretende regular el seguro como tal, la otra regula es la Garantía única de Cumplimiento como elemento de la Contratación Administrativa.

Con la reciente expedición del Decreto 4828 de 2008 se pretendió en primera medida hacer caso al mandamiento de la ley en cuanto a reglamentación y en segunda medida suplir los procedimientos y pautas a cumplir durante el desarrollo y aplicación de la Garantía. Encontramos en este decreto una herramienta jurídica innovadora que pretende responder a los lineamientos de la ley 1150 de 2007 y que buscan desentramar la contratación administrativa como foco de corrupción, ineficiencia y de difícil aplicación por parte de los operadores jurídicos.

Si bien el Decreto cumple en su gran mayoría con las expectativas de los juristas, no sabremos si no con el paso del tiempo que tan beneficiosa fue esta reglamentación. Nosotros por nuestra parte dejamos claro una serie de diferencias que son merecedoras de resaltar y así mismo aportamos ciertas ideas que podrían ser tenidas en cuenta por los operadores en una futura modificación si es del caso.

BIBLIOGRAFIA

DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Bogotá: Legis, 2003.

DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. “Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa” .Colombo Editores, 1995.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública.

Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguros en Colombia (1971-2001). En: Revista ACOEDESE. Bogotá, D.C. (Septiembre), 2001.

GALINDO CUBIDES, Hernando. El seguro de fianza. Tercera Edición. 1985.

GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid: Editorial Aguirre, 1973.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro A. “Contratos Estatales”. Bogotá. Editorial Temis, 2007.

LÓPEZ, Hernán Fabio. “Contrato de Seguro”. Bogotá: Editorial Dupre Editores, 1999.

ORDOÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. “Elementos esenciales partes y carácter indemnizatorio del contrato No. 2”. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002.

OSSA J. Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

PALACIOS SÁNCHEZ, Fernando. “Seguros Temas Esenciales”. Bogotá: Editorial Universidad de la Sabana y ECOE Ediciones Ltda., 2007.

Régimen de la Contratación Estatal Anotado. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.

SALOM, Diana. Texto. Compañía Aseguradora de Fianzas, 2001.

SENA. Oficina Jurídica. DIRECTRIZ JURÍDICA No. 23 1-0010- 3-2006-01766. Bogotá D. C., (20, octubre, 2006).

SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo, Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Editorial Legis, 2007.

SITIOS WEB

Asociación de Fiduciarias. Definición Fiducia en Garantía. Disponible en: http://www.asofiduciarias.org.co/con_tenido/capitulo.asp?chapter=325

JURISPRUDENCIA

Código Civil. Bogotá: Editorial Legis, 2004.

Código Contencioso Administrativo. Bogotá: Editorial Legis, 2007.

Código de Comercio. Bogotá: Editorial Legis, 2005.

Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Bogotá: Ministerio de Gobierno. Octubre de 1993. Consejo de Estado. Sección Tercera.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico No. 7461, Febrero 07 de 2006.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP: Guillermo Chahin Lizcano, Auto del 22 de Noviembre de 1994, Rad. S-414.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 29 de Agosto del 2007, Rad. 15324.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, CP Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 3 de Febrero del 2000, Rad. 10399.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 10 de Marzo del 2005, Rad. 14245.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Fredy Ibarra Martínez, Sentencia del 29 de Noviembre del 2006, Rad. 24414.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: German Rodríguez Villamizar, Sentencia del 8 de Octubre del 2003, Rad. 16718.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia del 24 de Agosto del 2000, Rad. 11318.

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 11 de Diciembre de 2002, Rad. 22511.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 11 de Diciembre de 2002, Rad. 22511: "...

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 12 de Octubre de 2000, Rad. 18604.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 11 de Diciembre de 2002, Rad. 22511: “...

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 20 de Noviembre de 2003, Rad. 19929.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 3 de Mayo de 2001, Rad. 12724:

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, CP: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 27 de Julio de 2005. Rad. 2365.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 648 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-154 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-388 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-452 de 1999.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de julio de 1999. Sala de Casación Civil y Agraria, en Jurisprudencia de Seguros 1971-2000, ACOLDESE y FASECOLDA, Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 15 de mayo de 1992. M.P.: Alberto Ospina Botero.

Ley 1150 del 16 de julio de 2007.

Ley 225 de 1938.

Ley 80 del 28 de octubre de 1993.

Sentencia 22 de Noviembre de 1989.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto No. 1999040521-2. Agosto 20 de 1999.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto No. 2000022290-1. Julio 12 de 2000.

Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización.

ANEXOS

DECRETO 4828 DE 2008

Diario Oficial No. 47.213 de 24 de diciembre de 2008

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y, en especial, de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y por el artículo 7o de la Ley 1150 de 2007,

DECRETA:

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. Las disposiciones del presente decreto regulan los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos, y (ii) los contratos y de su liquidación; (iii) así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7o de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos aquí previstos.

Las normas contenidas en el presente capítulo son aplicables a todos los mecanismos de cobertura del riesgo señalados en el presente decreto.

PARÁGRAFO. El presente decreto no contiene reglamentación sobre los riesgos a que se refiere el artículo 4o de la Ley 1150 de 2007.

ARTÍCULO 2o. MECANISMOS DE COBERTURA DEL RIESGO. Se entiende por mecanismo de cobertura del riesgo el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de esta o en favor de

terceros, con el objeto de garantizar, entre otros (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.

El mecanismo de cobertura del riesgo es por regla general indivisible, y sólo en los eventos previstos en el presente decreto, la garantía otorgada podrá ser dividida por etapas contractuales.

PARÁGRAFO. Cuando el ofrecimiento sea presentado por un proponente plural bajo la figura de Unión Temporal, Consorcio o Contrato de Asociación Futura, la garantía deberá ser otorgada por todos los integrantes del proponente plural.

ARTÍCULO 3o. CLASES DE GARANTÍAS. En los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías:

- 3.1 Póliza de seguros
- 3.2 Fiducia mercantil en garantía
- 3.3 Garantía bancaria a primer requerimiento
- 3.4 Endoso en garantía de títulos valores
- 3.5 Depósito de dinero en garantía.

Lo anterior, sin perjuicio de que la responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas sólo puede ser amparada mediante póliza de seguro. El monto, vigencia y amparos o coberturas de las garantías se determinarán teniendo en cuenta el objeto, la naturaleza y las características de cada contrato, los riesgos que se deban cubrir y las reglas del presente decreto.

En los procesos de contratación, las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia podrán otorgar, como garantías, cartas de crédito stand by expedidas en el exterior.

ARTÍCULO 4o. RIESGOS A AMPARAR DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES. La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:

4.1 Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:

La garantía de seriedad de la oferta cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento, en los siguientes eventos:

4.1.1 La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.

4.1.2 La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.

4.1.3 La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.

4.1.4 El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.

4.1.5 La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.

Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:

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

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

4.2.2 Devolución del pago anticipado. El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

4.2.3 Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

4.2.4 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.

4.2.5 Estabilidad y calidad de la obra. El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.

4.2.6 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

4.2.7 Calidad del servicio. El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

4.2.8 Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados.

PARÁGRAFO. En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

ARTÍCULO 5o. CUBRIMIENTO DE OTROS RIESGOS. En adición a las coberturas de los eventos mencionados en el artículo anterior, la entidad pública deberá exigir en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

Cuando en algunos de los contratos de que trata el párrafo anterior la entidad contratante autorice previamente la subcontratación, se exigirá al contratista que en la póliza de responsabilidad extracontractual se cubran igualmente los perjuicios derivados de los daños que sus subcontratistas puedan causar a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos, o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro de responsabilidad civil extracontractual propio para el mismo objeto.

Lo anterior sin perjuicio de que la entidad contratante deba evaluar los demás riesgos a que puede estar expuesta, en cuyo caso exigirá al contratista las demás garantías que la mantengan indemne frente a esos eventuales daños.

ARTÍCULO 6o. CLÁUSULA DE INDEMNIDAD. En todos los contratos deberán las entidades incluir una cláusula de indemnidad conforme a la cual, será obligación del contratista mantenerlas indemnes de cualquier reclamación proveniente de terceros que tenga como causa las actuaciones del contratista.

ARTÍCULO 7o. SUFICIENCIA DE LA GARANTÍA. Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:

7.1 Seriedad del Ofrecimiento. El valor de esta garantía no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según se establezca en los pliegos de condiciones, y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

En el caso de licitaciones para la concesión de espacios de televisión, el monto mínimo de la garantía ascenderá al uno punto cinco por ciento (1.5%) del valor total estimado del espacio licitado.

Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre uno (1.000.000 smlmv) y cinco millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000.000. smlmv, exclusive, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre cinco (5.000.000 smlmv) y diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10.000.000 smlmv), inclusive, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al dos punto cinco por ciento (2.5%) del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto exceda de diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10.000.000 smlmv), el valor garantizado respecto de la

seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al dos por ciento (2.0%) del presupuesto oficial estimado.

La suficiencia de esta garantía será verificada por la entidad contratante al momento de la evaluación de las propuestas.

La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última.

7.2 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

7.3 Pago anticipado. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado, en dinero o en especie, y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

7.4 Cumplimiento. El valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. El contratista deberá otorgarla con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación de aquel. En caso de no haberse convenido por las partes término para la liquidación del contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto.

7.5 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. El valor de esta garantía no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el plazo del contrato y tres años más.

7.6 Estabilidad y calidad de la obra. El valor de esta garantía se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. La vigencia no será inferior a cinco (5) años, salvo que la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior.

7.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El valor de estas garantías se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

Su vigencia deberá establecerse con sujeción a los términos del contrato, y deberá cubrir por lo menos el lapso en que de acuerdo con la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta y por vicios ocultos.

7.8 Calidad del servicio. El valor y la vigencia de estas garantías se determinarán en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

7.9 Responsabilidad extracontractual. El valor asegurado en las pólizas que amparan la responsabilidad extracontractual que se pudiera llegar a atribuir a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor del contrato, y en ningún caso inferior a doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (200 smlmv) al momento de la expedición de la póliza.

La vigencia de esta garantía se otorgará por todo el período de ejecución del contrato.

En el evento en que se deban amparar otros riesgos, la suficiencia de la garantía deberá fijarse por la entidad contratante, teniendo en cuenta el objeto del contrato y la naturaleza de tales riesgos.

ARTÍCULO 8o. EXCEPCIONES AL OTORGAMIENTO DEL MECANISMO DE COBERTURA DEL RIESGO. Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro, y en los contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad contratante determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

La entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de seriedad de la oferta para participar en procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes, en procesos de subasta inversa para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como en los concursos de mérito en los que se exige la presentación de una propuesta técnica simplificada.

ARTÍCULO 9o. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA. En los contratos de obra, operación, concesión y en general en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiere de su división en etapas, la entidad podrá dividir la garantía, siempre y cuando el plazo del contrato sea o exceda de cinco (5) años. En este caso, el contratista otorgará garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar.

La garantía así constituida deberá tener por lo menos la misma vigencia del plazo establecido en el contrato para la ejecución de la etapa correspondiente. En el evento en que el plazo de ejecución se extienda deberá prorrogarse la garantía por el mismo término.

Los riesgos cubiertos serán los correspondientes al incumplimiento de las obligaciones que nacen y que son exigibles en cada una de las etapas del contrato, incluso si su cumplimiento se extiende a la etapa subsiguiente, de tal manera que será suficiente la garantía que cubra las obligaciones de la etapa respectiva.

Los valores garantizados se calcularán con base en el costo estimado de las obligaciones a ejecutar en la etapa respectiva.

El valor base de los amparos durante la etapa de operación y mantenimiento, será el valor anual estimado de las prestaciones del contratista durante dicha etapa.

Estos amparos podrán otorgarse por períodos sucesivos de uno (1) a cinco (5) años, con la obligación de obtener la correspondiente prórroga o una nueva garantía, con anticipación al vencimiento del plazo de la misma.

Antes del vencimiento de cada una de las etapas contractuales, el contratista está obligado a prorrogar la garantía de cumplimiento o a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa subsiguiente. En todo caso, será obligación del contratista mantener vigente durante la ejecución y liquidación del contrato, la garantía que ampare el cumplimiento. En el evento en que el garante de una de las etapas decida no continuar garantizando la etapa siguiente, deberá informarlo por escrito a la entidad contratante con seis meses de anticipación a la fecha de vencimiento de la garantía correspondiente. En caso contrario, el garante quedará, obligado a garantizar la siguiente etapa.

En caso de que el contratista incumpla la obligación de prorrogar u obtener la garantía para cualquiera de las etapas del contrato, la entidad deberá prever en el mismo, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, sin que se afecte la garantía expedida para la etapa, en lo que tiene que ver con dicha obligación.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de contratos cuyo objeto corresponda a bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional y la contratación reservada del sector defensa y el DAS a que se refieren los artículos 53 y 79 del Decreto 2474 de 2008, el presente artículo se podrá aplicar en forma excepcional cuando el contrato tenga una duración mínima de tres (3) años. En estos casos, las entidades podrán, previa justificación debidamente motivada por parte del representante legal, establecer en los pliegos de condiciones del respectivo proceso de selección, las reglas aplicables para ajustar, disminuir o aumentar correlativamente, los valores garantizados respecto de los amparos de que tratan los numerales 7.4, 7.7, 7.8 y 7.9 del artículo 7o, en la medida que se vayan ejecutando las obligaciones respectivas a cargo del contratista. No obstante no ser correlativo el amparo descrito en el numeral 7.2 del artículo 7o, este podrá seguir las reglas de amortización. Los ajustes a los valores garantizados no alterarán la vigencia mínima de los amparos establecida en el presente artículo.

ARTÍCULO 10. COMBINACIÓN DE GARANTÍAS. Para los efectos del artículo anterior, los contratistas podrán combinar cualquiera de las modalidades de garantías admisibles contempladas en el artículo 3o de este decreto.

ARTÍCULO 11. APROBACIÓN DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO. Antes del inicio de la ejecución del contrato, la entidad contratante aprobará la garantía, siempre y cuando reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para cada caso.

ARTÍCULO 12. RESTABLECIMIENTO O AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA. El oferente o contratista deberá restablecer el valor de la garantía cuando este se haya visto reducido por razón de las reclamaciones efectuadas por la entidad contratante.

De igual manera, en cualquier evento en que se aumente o adicione el valor del contrato o se prorrogue su término, el contratista deberá ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso.

ARTÍCULO 13. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA RELATIVAS A MANTENER LA SUFICIENCIA DE LA GARANTÍA. Una vez iniciada la ejecución del contrato, en caso de incumplimiento del contratista de la obligación de obtener la ampliación de la garantía o de la obligación de obtener su renovación o de la obligación de restablecer su valor o de aquella de otorgar una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones que surjan por razón de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, la entidad contratante podrá declarar la caducidad del mismo.

ARTÍCULO 14. EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

14.1 En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

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

14.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

CAPITULO II.

PÓLIZA DE SEGURO

ARTÍCULO 15. CONDICIONES GENERALES DE LAS PÓLIZAS QUE GARANTIZAN EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES. De conformidad con lo previsto en el inciso 2o del artículo 7o de la Ley 1150 de 2007, la póliza única de cumplimiento tendrá como mínimo las siguientes condiciones generales, aplicables según el objeto del contrato amparado y el riesgo cubierto:

15.1 Amparos

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

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

15.2 Exclusiones

En la póliza única de cumplimiento expedida en favor de entidades públicas solamente se admitirán las siguientes exclusiones:

15.2.1 Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

15.2.2 Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de este.

15.2.3 El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.

15.2.4 El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

Cualquier otra estipulación contractual que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a las anteriores no producirá efecto alguno.

15.3 Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad.

En la garantía única de cumplimiento no podrá incluirse la “Cláusula de Proporcionalidad” u otra similar, conforme a la cual el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada.

La inclusión de una cláusula de ese tenor no producirá efecto alguno.

15.4 Cesión del contrato

Las condiciones generales de la garantía única de cumplimiento deberán señalar que en el evento en que por incumplimiento del contratista garantizado el asegurador resolviera continuar, como cesionario, con la ejecución del contrato y la entidad estatal contratante estuviese de acuerdo con ello, el contratista garantizado aceptará desde el momento de la contratación de la póliza la cesión del contrato a favor del asegurador.

En este caso, el asegurador cesionario deberá constituir una nueva garantía para amparar el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido por virtud de la cesión.

15.5 Improcedencia de terminación automática del seguro de cumplimiento expedido a favor de una entidad estatal por falta de pago de la prima e improcedencia de la facultad de revocación de ese seguro.

La garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas no expirará por falta de pago de la prima ni podrá ser revocada unilateralmente.

15.6 Inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada

A la entidad estatal no le serán oponibles por parte del asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.

ARTÍCULO 16. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS PÓLIZAS QUE GARANTIZAN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

16.1 Modalidad e intervinientes

En las pólizas de responsabilidad extracontractual que se contraten con fundamento en este decreto, la delimitación temporal de la cobertura deberá hacerse bajo la modalidad de ocurrencia, sin que resulte admisible establecer, para que haya cobertura, plazos dentro de los cuales deba presentarse la reclamación del damnificado al asegurado inferiores a los términos de prescripción previstos en la ley para la acción de responsabilidad correspondiente. En ellas tendrán la calidad de asegurados la entidad contratante y el contratista, limitado ello únicamente a los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la entidad contratante como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad extracontractual del contratista o sus subcontratistas.

16.2 Amparos

La póliza de responsabilidad extracontractual deberá contener, como mínimo, en adición a la cobertura básica de predios, labores y operaciones, los siguientes amparos:

16.2.1 Cobertura expresa de los perjuicios que cause el asegurado tanto en la modalidad de daño emergente, como en la modalidad de lucro cesante.

16.2.2 Cobertura expresa de perjuicios extrapatrimoniales

16.2.3 Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo en el evento en que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.

16.2.4 Cobertura expresa de amparo patronal.

16.2.5 Cobertura expresa de vehículos propios y no propios.

16.3 Mecanismos de participación en la pérdida, por parte de la entidad asegurada.

En la póliza de responsabilidad extracontractual solamente se podrán pactar deducibles con un tope máximo del 10% del valor de la cobertura que en ningún caso podrá ser superior a 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 smlmv). Las franquicias, coaseguros obligatorios y demás formas de estipulación que conlleven asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada se tendrán por no escritas.

16.4 Protección de los bienes

De conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 4o de la Ley 80 de 1993, la entidad contratante deberá evaluar si con ocasión de la ejecución del

contrato existe riesgo de daño para sus bienes. En ese evento deberá exigir a su contratista, en la póliza de responsabilidad extracontractual, la contratación de un anexo de responsabilidad contractual que cubra los daños a esos bienes que se puedan generar con ocasión del contrato. El valor asegurado se establecerá a criterio de la entidad.

Si para efectos del contrato a ejecutar no se requiere póliza de responsabilidad extracontractual, deberá solicitarse la póliza específica que ampare ese riesgo.

CAPITULO III.

FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTÍA

ARTÍCULO 17. FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTÍA. De conformidad con lo establecido en el artículo 3o de este decreto, se puede utilizar la fiducia mercantil con finalidad de servir de garantía como mecanismo de cobertura aceptable por la entidad contratante para cubrir los riesgos derivados de la seriedad del ofrecimiento o del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato o de su liquidación.

Los bienes o derechos que sean entregados en fiducia mercantil en garantía deberán ofrecer a la entidad contratante un respaldo idóneo y suficiente para el pago de las obligaciones garantizadas.

La sociedad fiduciaria, en desarrollo del contrato de fiducia en garantía, deberá expedir el respectivo certificado de garantía o el documento que haga sus veces, en el que conste:

1. El nombre de la entidad pública beneficiaria de la garantía.
2. La duración del contrato de fiducia.
3. El valor de la garantía.
4. La vigencia de la garantía la cual deberá adecuarse a lo previsto en el artículo 7º. de la norma del presente decreto, para cada una de las coberturas.
5. El valor de los bienes y derechos fideicomitidos que conste en el último de los estados financieros actualizados del fideicomiso y una descripción detallada de los mismos.
6. El procedimiento a surtir en caso de hacerse exigible la garantía, el cual no podrá imponer a la entidad contratante condiciones más gravosas a las contenidas en este decreto.
7. Los riesgos garantizados.
8. La prelación que tiene la entidad contratante para el pago.
9. Los mecanismos por los cuales la fiduciaria contará con los recursos para hacer efectiva la garantía, los cuales no podrán afectar la suficiencia de esta.

PARÁGRAFO. La fiduciaria no podrá proponer la excepción de contrato no cumplido frente a la entidad contratante.

ARTÍCULO 18. BIENES ADMISIBLES COMO OBJETO DE LA FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTÍA. Sólo podrá aceptarse como garantía la fiducia mercantil que tenga como activos que conforman el patrimonio autónomo los siguientes bienes y derechos:

18.1 Valores de aquellos que las normas del sector financiero autorizan para conformar carteras colectivas del mercado financiero, o la participación individual del contratista en estas mismas carteras.

18.2 Inmuebles sobre los cuales no pese gravamen alguno y que tengan un valor comercial determinado bajo el criterio de avalúo para realización o venta, que no tengan un valor inferior a dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 smlmv) al momento de constituir la garantía, que generen rentas predeterminadas con pagos en periodos no superiores a un (1) año, equivalentes mensualmente a por lo menos el cero punto setenta y cinco por ciento (0,75%) del valor establecido en dicho avalúo. Estas rentas no podrán estar a cargo del contratista garantizado y harán parte del patrimonio autónomo correspondiente.

El avalúo del bien inmueble deberá actualizarse mínimo una vez cada año calendario. En caso de que ese avalúo sea inferior al último en más del diez por ciento (10%) o que el bien pierda más del treinta por ciento (30%) de su valor en el término de doce (12) meses, el contratista garantizado deberá aportar nuevos bienes hasta cubrir el valor de la garantía exigida, en un término no inferior a treinta (30) días calendario contados desde la fecha del requerimiento escrito de la fiduciaria. El incumplimiento de la obligación de aportar nuevos bienes generará para el contratista las consecuencias previstas en el artículo 13 de este decreto.

PARÁGRAFO 1o. Para todos los efectos de los bienes y derechos que pueden entregarse al patrimonio autónomo, los bienes inmuebles no podrán ser reconocidos como activo de garantía sino por el setenta por ciento (70%) del valor que arroje el avalúo y los valores hasta por el noventa por ciento (90%) de su valor efectivo anual, mes vencido.

PARÁGRAFO 2o. De las rentas periódicas que produzcan los bienes o derechos que conforman el patrimonio autónomo la fiduciaria retendrá el uno por ciento (1%) mensual hasta completar el valor equivalente al tres por ciento (3%) del avalúo del bien o valor, sumas que invertirá en una cartera colectiva del mercado financiero y que destinará para el ejercicio de conservación, defensa y recuperación de los bienes fideicomitidos y los gastos necesarios para hacer efectiva la garantía. El saldo mensual de dichas rentas periódicas será entregado a quien indique el fideicomitente.

Este procedimiento se mantendrá hasta el momento en que deba hacerse efectiva la garantía, evento este en el cual todas las rentas se mantendrán en el fideicomiso para destinarlas al objeto principal del contrato.

ARTÍCULO 19. AVALÚO DE LOS BIENES ENTREGADOS AL PATRIMONIO AUTÓNOMO. El avalúo que fija el valor de los activos inmuebles que conforman el fideicomiso, deberá ser emitido bajo el criterio de valor de realización a corto plazo por una entidad colegiada autorizada para realizar avalúos en el país, escogida de manera exclusiva por la fiduciaria. En todo caso los evaluadores deberán ser independientes y deberán estar registrados en el registro nacional de evaluadores. La totalidad de la remuneración de los evaluadores y de los costos del avalúo será exclusivamente pagados por la fiduciaria con cargo a los recursos del fideicomiso, por lo que esta deberá tomar las medidas que aseguren la existencia de dichos recursos líquidos.

ARTÍCULO 20. CONSTITUCIÓN Y APROBACIÓN DE LA FIDUCIA MERCANTIL. Para la aprobación de la garantía por parte de la respectiva entidad, los oferentes o contratistas deberán acreditar la constitución de la garantía a través de la copia del respectivo contrato y entregar el certificado de garantía expedido por la sociedad fiduciaria.

El contrato de fiducia mercantil debe contener al menos los siguientes requisitos sin los cuales no podrá ser aceptado como garantía por parte de la entidad contratante:

20.1 Las partes del contrato fiduciario

En el contrato de fiducia se debe estipular que actúan como partes (i) el constituyente – que puede ser el oferente o contratista o una persona jurídica autorizada por sus estatutos para garantizar obligaciones de terceros– y (ii) la fiduciaria.

20.2 Beneficiario

En el contrato de fiducia se debe estipular que el beneficiario es la entidad pública ante la cual el constituyente vaya a presentar una oferta o tenga celebrado un contrato. Cuando la fiducia esté constituida exclusivamente por valores de que trata el artículo 18.1 precedente, esta podrá otorgarse a favor de varias entidades públicas para garantizar obligaciones derivadas de otras propuestas o contratos.

20.3 Conservación de los bienes

En el contrato de fiducia se debe estipular que es obligación del fiduciario realizar todos los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitidos o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación.

20.4 Idoneidad de la garantía

El contrato deberá contener la obligación del fiduciario de efectuar periódicamente valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo a precios de mercado o técnica y suficientemente atendiendo el valor de realización de los mismos, con el objeto de velar por la idoneidad de la garantía.

Adicionalmente, deberá incluirse la obligación para el fiduciario de avisar a la entidad contratante, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que conoció que los bienes no resultan suficientes para el pago de las obligaciones garantizadas por disminución de su precio en términos de valor de mercado, con el fin de que se proceda a su reposición o ampliación, según el caso.

20.5 Reposición y ampliación de la garantía

En el contrato de fiducia debe quedar pactada la obligación a cargo del oferente o contratista de reemplazar o aumentar dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al requerimiento del fiduciario los bienes cuyo valor se disminuya por aplicación de las normas de valoración a precios de mercado, o de entregar otros adicionales de las especies y características indicadas.

20.6 Procedimiento en caso de incumplimiento

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14 de este decreto, y sin que pueda hacerse más gravosa la actuación de la entidad contratante, en el contrato de fiducia se debe señalar con claridad el procedimiento a surtir en caso de incumplimiento de las obligaciones del oferente o contratista. En todo caso, cuando exista incumplimiento se pondrá en conocimiento de la sociedad fiduciaria el acto administrativo en firme y esta adelantará los trámites del caso para hacer efectiva la garantía.

A la fiduciaria no le será admisible discutir la responsabilidad del contratista.

20.7 Obligaciones del fiduciario

En el contrato de fiducia se deben estipular claramente las obligaciones del fiduciario, que incluyan el procedimiento para la realización de los bienes transferidos en garantía, el aviso para su renovación o reemplazo por pérdida o deterioro de su valor de mercado cuando sea del caso, así como, la rendición de cuentas e informes periódicos sobre su gestión.

20.8 Rendición de cuentas

En el contrato de fiducia se debe estipular la rendición de cuentas a cargo del fiduciario de acuerdo con las reglas legales y reglamentarias relacionadas con la

obligación de rendición de cuentas radicada en cabeza del fiduciario a favor no sólo del fideicomitente sino de la entidad beneficiaria.

20.9 Liquidación del negocio fiduciario

En el contrato fiduciario en garantía se debe estipular que en la fecha de liquidación del contrato que se garantiza mediante la fiducia, también se podrá solicitar la liquidación del contrato de fiducia mercantil.

20.10 Admisibilidad de la dación en pago

En el contrato de fiducia en garantía se pactará que la dación en pago de los bienes fideicomitidos sólo procede cuando la entidad estatal así lo autorice, siempre y cuando hubiese transcurrido más de un (1) año sin que se pueda realizar el bien. En ese evento se entenderá que la entidad lo recibe por el valor del cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado efectuado para ese fin, siempre y cuando ese monto cubra –como mínimo– el valor del perjuicio reclamado.

CAPITULO IV.

GARANTÍAS BANCARIAS A PRIMER REQUERIMIENTO

ARTÍCULO 21. GARANTÍA BANCARIA A PRIMER REQUERIMIENTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 3o de este decreto, las garantías bancarias a primer requerimiento pueden ser utilizadas como mecanismo de cobertura aceptable por la entidad contratante para cubrir los riesgos derivados de la seriedad del ofrecimiento o del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y de su liquidación.

A través de una garantía bancaria, una institución financiera nacional o extranjera, asume el compromiso firme, irrevocable, autónomo, independiente e incondicional de pagar directamente a la entidad contratante, a primer requerimiento, hasta el monto garantizado, una suma de dinero equivalente al valor del perjuicio sufrido por esa entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proponente o contratista, ante la presentación del acto administrativo en firme que así lo declara.

ARTÍCULO 22. CONDICIONES PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS A PRIMER REQUERIMIENTO. Las entidades públicas podrán aceptar el otorgamiento de garantías bancarias a primer requerimiento para garantizar la seriedad de los ofrecimientos y las obligaciones derivadas del contrato y de su liquidación, siempre y cuando reúnan las siguientes condiciones:

22.1 La garantía deberá constar en documento privado en el cual el establecimiento de crédito asuma en forma expresa, autónoma e irrevocable en

favor de la entidad pública contratante el compromiso de honrar las obligaciones a cargo del solicitante, en caso de incumplimiento por parte de este.

22.2 La garantía deberá ser efectiva a primer requerimiento cuando el acto administrativo en firme que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales o cualquiera de los eventos constitutivos de incumplimiento de la seriedad de los ofrecimientos hechos, se ponga en conocimiento del establecimiento de crédito.

El contratista u oferente deberá acreditar la constitución de la garantía, mediante la entrega del documento contentivo de la misma, suscrito por el representante legal del establecimiento de crédito o por su apoderado y en ella deberá constar: (i) el nombre de la entidad pública beneficiaria de la garantía; (ii) los riesgos garantizados; (iii) la forma de hacer exigible la garantía, en la cual no se podrá imponer a la entidad contratante condiciones más gravosas a las contenidas en este decreto; (iv) el valor de la garantía y, (v) la vigencia de la garantía la cual deberá adecuarse a lo previsto en el artículo 7o de este decreto, para cada una de las coberturas.

ARTÍCULO 23. CLASES DE GARANTÍAS BANCARIAS A PRIMER REQUERIMIENTO. Serán admisibles, las siguientes garantías bancarias a primer requerimiento:

23.1 El contrato de garantía bancaria

A través del contrato de garantía bancaria una entidad bancaria emisora, obrando por cuenta y por orden del proponente o contratista, se obliga irrevocablemente con la entidad estatal, en calidad de beneficiaria, a pagarle hasta el monto garantizado, los perjuicios directos derivados del incumplimiento de las obligaciones que con ocasión de la propuesta, del contrato o de su liquidación surjan para el proponente o el contratista.

El pago lo efectuará la entidad emisora dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a aquel en que le sea entregado el acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el que conste el incumplimiento del proponente o contratista y se disponga el cobro de la garantía.

En los contratos de garantía bancaria que se celebren para garantizar las obligaciones derivadas de la seriedad de los ofrecimientos hechos por los proponentes, así como de las surgidas de contratos estatales, las entidades públicas beneficiarias deberán exigir que se incluya una estipulación según la cual, el pago se hará a primera demanda o a primer requerimiento.

El contratista u oferente deberá acreditar el otorgamiento de la garantía, mediante la entrega del documento original contentivo del contrato, suscrito por el

representante legal del establecimiento bancario o por su apoderado y en ella deberá constar el nombre de la entidad pública contratante como beneficiaria y la forma de hacerla exigible.

23.2 La carta de crédito stand by

A través de la carta de crédito stand by la entidad emisora, obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones del proponente o contratista, se obliga a garantizar irrevocablemente el pago en dinero de las obligaciones que con ocasión de la propuesta o del contrato surjan para el proponente o el contratista.

Ese pago lo efectuará el banco emisor contra la entrega de la carta de crédito, acompañada del acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el que conste el incumplimiento del proponente o contratista.

En las cartas de crédito stand by que se expidan para garantizar las obligaciones derivadas de la seriedad de los ofrecimientos hechos por los proponentes, así como de las surgidas de contratos estatales, las entidades públicas beneficiarias deberán exigir que se incluya una estipulación según la cual, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el Código de Comercio para el crédito documentario, y en el presente decreto, las condiciones generales de contratación de esta clase de garantías serán las establecidas en las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional.

El contratista u oferente deberá acreditar el otorgamiento de la carta de crédito stand by, mediante la entrega del documento original contentivo de la misma, suscrito por el representante legal de la entidad emisora o por su apoderado y en ella deberá constar el nombre de la entidad pública contratante como beneficiaria de la carta de crédito stand by, los requisitos mínimos de suficiencia exigidos en este decreto y la forma de hacerla exigible.

CAPITULO V.

ENDOSO EN GARANTÍA DE TÍTULOS VALORES

ARTÍCULO 24. ENDOSO EN GARANTÍA DE TÍTULOS VALORES. Será admisible como garantía de la seriedad del ofrecimiento, el endoso en garantía por parte del oferente, de uno o varios de los siguientes títulos valores de contenido crediticio: (i) certificados de depósito a término emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; (ii) pagarés emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; y (iii) títulos de tesorería - Tes.

En todos los casos, el oferente deberá ser el endosatario exclusivo del título valor.

Los títulos valores endosados sólo podrán ser recibidos por el setenta por ciento (70%) de su valor, porcentaje que deberá cubrir –como mínimo– los montos exigidos por la entidad contratante para la garantía de seriedad de la oferta.

La fecha de vencimiento del título valor no podrá ser inferior en ningún caso a los términos establecidos en el artículo 7o de este decreto ni exceder en más de 6 meses esos términos.

Para aprobar esta garantía deberá la entidad pública revisar que el título cumpla con los requisitos de suficiencia generales establecidos en este decreto y con aquellos establecidos en este artículo.

La entidad contratante o un depósito de valores autorizado para funcionar en Colombia, serán los encargados de cumplir la obligación de custodia de los títulos valores de que trata este capítulo.

ARTÍCULO 25. EFECTIVIDAD DE LOS TÍTULOS VALORES ENDOSADOS EN GARANTÍA. En caso de incumplimiento de las obligaciones del oferente la entidad estatal expedirá el acto administrativo de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del presente decreto y al vencimiento del título lo presentará para el pago a la entidad emisora, la cual procederá a pagarlo. Si el monto del perjuicio fuere inferior al valor del título, la entidad procederá a devolver el excedente al oferente o a quien este determine, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha en que recibió el pago.

Cuando la fecha de vencimiento de los títulos no coincida con la de exigibilidad de las obligaciones a cargo del oferente, la entidad pública deberá atender las siguientes reglas:

1. En caso de que el incumplimiento de las obligaciones del oferente se produzca en forma anterior al vencimiento del título valor o títulos valores, la entidad pública deberá esperar hasta la fecha de redención del título o títulos.
2. En caso de que el vencimiento del título valor o títulos valores se produzca en fecha anterior a la exigibilidad de la obligación, la entidad pública procederá a redimir el título y a depositar a su nombre el importe en una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera. Ese depósito se registrará por las normas establecidas en el artículo 1173 del Código de Comercio para el depósito en garantía hasta que cesen los riesgos a que se encuentra expuesta la entidad en relación con el otorgante de la garantía.
3. Si no se presenta incumplimiento procederá la entidad a devolver al oferente, el título valor o el dinero, según el caso.

4. En aplicación de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio para el endoso en garantía de títulos valores, los títulos entregados en garantía de las obligaciones contraídas por oferentes y contratistas no podrán ser negociados.

CAPITULO VI.

DEPÓSITO DE DINERO EN GARANTÍA

ARTÍCULO 26. DEPÓSITO DE DINERO EN GARANTÍA. Será admisible como garantía el depósito de dinero en garantía de conformidad con lo previsto en el artículo 1173 del Código de Comercio.

Esta garantía será constituida ante una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera y deberá otorgarse a favor de la entidad contratante, por el monto exigido por esta última, respetando como mínimo los límites establecidos en este decreto.

Para hacer efectiva esta garantía, deberá la entidad proceder conforme a lo previsto en el artículo 14 de este decreto y sólo podrá acceder a los recursos depositados en garantía, una vez se encuentre en firme el acto administrativo que ordene su efectividad.

CAPITULO VII.

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 27. SUJECCIÓN A NORMAS VIGENTES. En los aspectos no regulados en el presente decreto se aplicarán las normas que rigen la materia para cada caso.

ARTÍCULO 28. OBLIGACIÓN DE ADECUAR LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO Y DE RESPONSABILIDAD CIVIL A LAS NORMAS DE ESTE DECRETO. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 490 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los representantes legales de las compañías aseguradoras están en la obligación de adecuar los clausulados de sus pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil a las disposiciones de este decreto. Para tal efecto deberán depositar ante la Superintendencia Financiera, dentro de los ciento veinte (120) días calendario siguientes a la fecha de entrada en vigencia de esta norma, los clausulados correspondientes. No será admisible la utilización de anexos o cláusulas contractuales que contravengan o que pretendan dejar sin efecto las disposiciones de este decreto, las cuales de llegar a emplearse se tendrán por no escritas, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda surgir por ello para los representantes legales de las compañías de seguros.

Durante el lapso de ciento veinte (120) días calendario a que se refiere el inciso anterior, las pólizas de seguro que se contraten mantendrán los clausulados que hasta la fecha de expedición de este decreto vienen rigiendo, salvo en lo que se refiere a las exclusiones previstas en el artículo 15.2 de este decreto, las cuales rigen a partir de la fecha y serán las únicas admisibles, por lo cual deberán incorporarse a las pólizas por vía de anexo. Vencido ese plazo, no serán admisibles pólizas que no se adecuen a las disposiciones de este decreto.

<Notas de Vigencia>

<Legislación Anterior>

ARTÍCULO 29. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga los artículos 16, 17, 18 y 19 del Decreto 679 de 1994, el Decreto 280 de 2002, y el Decreto 2790 de 2002, y las demás disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 24 de diciembre de 2008.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro del Interior y de Justicia,
FABIO VALENCIA COSSIO.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

La Directora del Departamento Nacional de Planeación,
CAROLINA RENTERÍA RODRÍGUEZ.