

**LA GARANTÍA ÚNICA EN CONTRATOS ESTATALES A LA LUZ DE LA NUEVA
LEY DE CONTRATACIÓN ESTATAL (LEY 1150 DE 2007)**

**ANDRÉS FELIPE BEDOYA ESCOBAR
MARIA CLARA CASTRO RESTREPO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2008**

**LA GARANTÍA ÚNICA EN CONTRATOS ESTATALES A LA LUZ DE LA NUEVA
LEY DE CONTRATACIÓN ESTATAL (LEY 1150 DE 2007)**

**ANDRÉS FELIPE BEDOYA ESCOBAR
MARIA CLARA CASTRO RESTREPO**

Monografía de grado presentada para optar al título de Abogado

Asesoras:

**Juana Flórez Peláez
Tatiana Isaza Jaramillo**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2008**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, octubre de 2008

CONTENIDO

	Pág.
1. DEFINICIÓN DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO ANTE ENTIDADES ESTATALES, CON LA DESCRIPCIÓN DE SUS CARACTERÍSTICAS Y CLASES BAJO EL ESQUEMA DE LA LEY 80 DE 1993	11
1.1 DEL CONTRATO DE SEGURO.....	11
1.1.1 Algunas definiciones doctrinarias	12
1.1.2 Características del contrato de seguro	13
1.1.3 Elementos esenciales del contrato de seguro	14
1.1.4 Partes y otros intervinientes en el contrato de seguros	15
1.1.4.1 El tomador	16
1.1.4.2 El asegurador	16
1.1.4.3 El Asegurado.....	17
1.1.4.4 El Beneficiario	18
1.1.5 Clasificación genérica del contrato de seguro: Seguro de daños vs. Seguro de personas	18
1.1.5.1 Breve referencia a los seguros de personas	18
1.1.5.2 De los seguros de daños.....	18
1.2 DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO	21
1.2.1 Antecedentes histórico – normativos	21
1.2.2 Concepto del seguro de cumplimiento.....	24
1.2.3 Partes en el contrato de seguro de cumplimiento.....	24
1.2.4 Elementos esenciales del seguro de cumplimiento	26
1.2.4.1 Interés asegurable.....	26
1.2.4.2 Riesgo asegurable	27
1.2.5. Del principio indemnizatorio en los seguros de cumplimiento.....	28
1.2.6 Discusiones doctrinarias sobre la naturaleza del seguro de cumplimiento.....	29
1.2.7 Clases de seguro de cumplimiento	35
1.2.7.1 Seguro de cumplimiento de obligaciones legales.....	35
1.2.7.2 Seguro de cumplimiento de obligaciones contractuales.....	36

1.3 SEGUROS DE CUMPLIMIENTO EN CONTRATOS CELEBRADOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O LAS ENTIDADES ESTATALES.....	40
1.3.1 Características.....	40
1.3.1.1 Fuente.....	41
1.3.1.2 Obligatoriedad de la garantía.....	41
1.3.1.3 Excepción a la adhesión.....	41
1.3.1.4 Accesoriedad de la póliza de cumplimiento.....	42
1.3.1.5 Excepción a la revocación unilateral.....	42
1.3.2 Elementos esenciales.....	43
1.3.2.1 Prima o precio del seguro.....	43
1.3.2.2 La obligación condicional del asegurador.....	44
1.4 DE LA GARANTÍA ÚNICA EN LA LEY 80 DE 1993.....	47
1.4.1 Modalidades de garantía única.....	48
1.4.2 La póliza de cumplimiento como garantía única.....	49
1.4.2.1 Etapas del contrato amparadas.....	50
1.4.2.2 Modificaciones a la póliza de cumplimiento.....	50
1.4.2.3 Críticas a la garantía única.....	51
1.4.2.4 Amparos en la garantía única.....	51
2. LAS GARANTÍAS EN LA REFORMA A LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	58
2.1 LA PROMESA DE LA LEY 1150 DE 2007.....	58
2.2 LA SUERTE DE LA GARANTÍA ÚNICA EN LA LEY 1150 DE 2007.....	60
2.3 ALGUNOS CAMBIOS EN CUANTO A LAS GARANTÍAS INTRODUCIDOS POR LA LEY 1150 DE 2007.....	61
2.3.1 Ampliación de las garantías.....	62
2.3.2 El nuevo rol del Gobierno Nacional en la construcción de pólizas uniformes.....	63
2.3.3 El fraccionamiento de las garantías.....	64
2.3.4 No obligatoriedad de las garantías.....	65
2.3.5 Declaratoria de incumplimiento mediante acto administrativo.....	68
2.3.5.1 El panorama de la declaratoria del incumplimiento en la Ley 80	71
2.3.5.2 La fórmula de la Ley 1150 de 2007.....	78
2.3.5.3 Término de la prescripción en la nueva ley.....	79

2.3.6 Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la Ley 1150 de 2007	82
2.4 EXCEPCIONES A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL	83
2.5 LA APROBACIÓN DE LA GARANTÍA ÚNICA COMO REQUISITO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO	86
2.6 DE ALGUNAS DE LAS REGLAMENTACIONES A LA LEY 1150.....	89
2.6.1 Del fortalecimiento de los procesos de planeación – Una nueva carga para la entidad contratante	89
2.6.2 Consecuencias de la distribución de los riesgos	90
2.6.3 Subasta inversa – No obligatoriedad de la garantía de seriedad de la oferta	92
2.6.4 De las garantías en la adquisición en bolsa de productos.....	94
2.6.5 No obligatoriedad de la garantía de seriedad de los ofrecimientos en el concurso de méritos.....	97
3. POSIBLES REGLAMENTACIONES A LA GARANTÍA ÚNICA EN VIRTUD DE LA LEY 1150 DE 2007	100
3.1 NUEVOS MECANISMOS DE COBERTURA DEL RIESGO.....	101
3.2 CONDICIONES GENERALES DE LAS PÓLIZAS.....	102
3.2.1 Clases, niveles de amparos y exclusiones	103
3.2.1.1 Seriedad de los ofrecimientos hechos.....	104
3.2.1.2 Buen manejo del anticipo	105
3.2.1.3 Amparo de cumplimiento.....	107
3.2.1.4 Amparo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones	108
3.2.1.5 Amparo de estabilidad de las obras, de calidad de servicio y de calidad de bienes suministrados	111
3.2.2 De la agravación del estado del riesgo.....	112
3.2.3 De la prescripción en la declaratoria del siniestro.....	113
3.3 CRITERIOS GENERALES PARA LA EXIGENCIA DE LAS GARANTÍAS...114	
3.3.1 De la correcta elección del mecanismo de cobertura del riesgo.....	114
3.3.2 Algunas exigencias sobre las garantías.....	115
3.4 CRITERIOS PARA EL FRACCIONAMIENTO DE LAS GARANTÍAS	116
3.4.1 Definición de contrato complejo y criterios para su identificación	116
3.4.2 Listado de contratos complejos	117

3.4.3 De la complejidad sobreviniente	117
3.4.4 Incorporación de liquidaciones parciales definitivas	117
3.5 CRITERIOS PARA LA EXONERACIÓN DE LA GARANTÍA	118
3.6 OTROS ASPECTOS A REGLAMENTAR	119
3.6.1 Regulación del clausulado de los contratos estatales	120
3.6.2 Cambio de la estructura de las partes en el contrato de seguro.....	122
4. CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFÍA	130

INTRODUCCIÓN

El objetivo esencial del presente trabajo de grado es el estudio de la “garantía única” en el Estatuto General de la Contratación Pública. La elección del tema se hizo en parte, por la motivación que supone la importancia misma de la contratación estatal como uno de los vehículos de inversión y desarrollo social más dinámicos con los que cuenta el Estado.

Las buenas prácticas que se adelanten a propósito de la contratación pública, permitirían no sólo el crecimiento del aparato estatal, sino además que posibilitarían el mejoramiento y desarrollo del sector privado, el cual se vería favorecido por los procesos negociales que se lleven a cabo con el Estado.

Para el efecto, es inexpugnable el aseguramiento de procesos de selección transparentes y objetivos de contratistas que denoten, no solo la moralidad del sector público, sino que además contribuyan a la pacificación y normalidad del país.

El Estatuto General de la Contratación Pública en Colombia, Ley 80 de 1993, reformada recientemente por la Ley 1150 de 2007, tiene herramientas innovadoras para nuestro medio, que usadas correctamente, podrían coadyuvar para combatir los índices de corrupción pública.

Decíamos que la escogencia del tema de la presente monografía obedeció en parte a la importancia de la contratación estatal como alternativa de crecimiento nacional sostenido. Asimismo, nos sentimos atraídos por un tema específico que opera en los procesos de contratación pública, cual es el de la garantía única, que puede constituirse como una póliza de seguro de cumplimiento u otros

mecanismos de cobertura del riesgo como se anotará en el desarrollo de esta monografía.

En efecto, la contratación pública puede llegar a cumplir sus nobles cometidos de desarrollo social, siempre y cuando se le provea de los instrumentos necesarios para ello, uno de los cuales, es sin duda, la garantía única que salvaguarda los intereses patrimoniales de las entidades públicas frente a los eventuales incumplimientos de índole contractual de parte de quienes contratan con el Estado.

Esta figura, cuya mayor parte del desarrollo normativo ha sido impulsado por el sector público, no configura un tópico sobre el cual se hayan hecho diversos análisis, situación que se ha agudizado por la reciente expedición de la Ley 1150 de 2007, pues tal vez, la escasa bibliografía sobre el particular aunado al carácter lozano de la Ley 1150, ha desanimado otros esfuerzos académicos por tratar el tema.

En ese orden de ideas, hemos tratado de efectuar un estudio sobre la garantía única para contrastar sus dos últimos regímenes, esto es, la Ley 80 y la Ley 1150.

Valga advertir al lector lo siguiente: al abordar la garantía única bajo el esquema de la Ley 80, quisimos profundizar en la póliza de cumplimiento, por ser ésta, la modalidad más usual para amparar los riesgos propios de la actividad contractual con el Estado. Por su parte, los cambios introducidos al particular en virtud de la Ley 1150, fueron examinados de una forma más general, toda vez que el Gobierno Nacional a la fecha aún no ha expedido el decreto reglamentario sobre la materia.

Finalmente, hemos querido aventurarnos a desafiar a la suerte e intentar anticipar algunos de los posibles cambios sobre los cuales, a nuestro juicio, el ejecutivo debiera pronunciarse al expedir el reglamento sobre la garantía única.

Esperamos que este trabajo se constituya en una fuente de consulta de fácil entendimiento para todos aquellos que estén interesados en afianzar sus conocimientos sobre el seguro de cumplimiento otorgado a favor de entidades estatales y en comprender los cambios que la nueva Ley 1150 de 2007 incorporó al tema de la garantía única.

1. DEFINICIÓN DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO ANTE ENTIDADES ESTATALES, CON LA DESCRIPCIÓN DE SUS CARACTERÍSTICAS Y CLASES BAJO EL ESQUEMA DE LA LEY 80 DE 1993

Antes de atrevernos a dar una definición de la póliza de cumplimiento ante entidades estatales con sus respectivas características y clases, siendo éste el objetivo de este capítulo, es pertinente hacer en primer lugar, una breve referencia al contrato de seguro en general con algunos de sus rasgos y elementos fundamentales, pues ello es necesario para entender el seguro de cumplimiento y posteriormente, en términos más específicos, la póliza de cumplimiento estatal, que no es más que una de las modalidades de la garantía única como se anotará más adelante.

1.1 DEL CONTRATO DE SEGURO

Primero es menester conocer el alcance que tradicionalmente se le ha dado al concepto de contrato en la doctrina:

El contrato es entendido como “el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones. Esta fuente es, pues, un acto jurídico típico y caracterizado, puesto que sus efectos se producen en razón de la voluntad de los agentes”.¹

Específicamente, el seguro es un contrato en virtud del cual, una de las partes, el asegurador, se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso en que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

¹ OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Régimen General de las Obligaciones*, Bogotá: Temis, 1987, p. 40.

Siendo así, el contrato de seguro no es más que la transferencia del riesgo puro², que hace una de las partes a otra, a cambio de una contraprestación denominada prima. Además, busca la distribución entre un amplio número de personas expuestas al riesgo, de las consecuencias que traería consigo, la realización del mismo.

1.1.1 Algunas definiciones doctrinarias

JAIME BUSTAMANTE FERRER y ANA INÉS URIBE OSORIO, en su libro “Principios Jurídicos del Seguro”, definen el contrato de seguro como: “Un contrato, en virtud del cual el asegurador asume un riesgo amparable en el que tenga interés el asegurado, con el fin de indemnizarlo si ocurre un siniestro previsible, a cambio de una prima convenida”.³

El tratadista J. EFRÉN OSSA en su libro la “Teoría General del Seguro. El Contrato”, reproduce la definición de Joseph Hémard, según la cual 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”.*⁴

² Se entiende el *riesgo puro*, según el Doctor J. EFRÉN OSSA, como “la posibilidad de pérdida. Más exactamente, la de irrupción eventual de una necesidad económica, que bien puede ser la de hacer frente a un abrupto detrimento del activo, o la de absorber un imprevisto aumento del pasivo [...]”. Y el *riesgo especulativo*, opina el profesor J. EFRÉN OSSA, “implica, a la vez, la posibilidad de pérdida y la de ganancia, como el ejemplo de la lotería. Se advierte además, su trascendencia en la vida económica”. (Tomado de: OSSA G, J. Efrén. *Teoría General del Seguro. La Institución*, Bogotá: Temis, 1988, p. 3 - 4)

³ BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, ANA. *Principios Jurídicos del Seguro*, Santa fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 2.

⁴ OSSA G, J. Efrén. *Teoría General del Seguro: El Contrato*. Bogotá: Temis, 1984, p. 2.

1.1.2 Características del contrato de seguro

Actualmente en nuestra legislación, no aparece ninguna definición amplia del contrato de seguro; simplemente se describen sus características en el artículo 1036 del Código de Comercio, el cual expresa: “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

A continuación se expondrá brevemente el alcance de cada una de esas características:

- Bilateral: Que sea bilateral, significa que las partes se obligan recíprocamente, es decir, el contrato genera obligaciones para ambos contratantes. La obligación principal del tomador es el pago de la prima, de suerte que la principal del asegurador, es asumir el riesgo y pagar el siniestro. (Artículo 1496 del Código Civil).

- Aleatorio: Significa azar, suerte, riesgo; es un contrato que entraña la posibilidad de ganancia o pérdida. (Artículo 1498 del Código Civil).

- Oneroso: Cada parte se grava en beneficio de la otra. No existe ni puede existir gratuidad. (Artículo 1497 del Código Civil).

- Principal: En general, el seguro subsiste por si solo sin depender de otro contrato, salvo en el caso del seguro de cumplimiento de contratos estatales, evento en el cual pareciera ser que se trata de un contrato accesorio. Sobre este punto se volverá más adelante. (Artículo 1499 del Código Civil).

- Consensual: A partir del 24 de enero de 1.998, por disposición de la Ley 389 del 18 de julio de 1.997, el contrato de seguros dejó de ser solemne, para convertirse en un contrato consensual. Ello significa, que el contrato no requiere ninguna

formalidad para perfeccionarse. Sin embargo, la ley ha establecido ciertas limitaciones para su acreditación⁵.

- De adhesión: El asegurado se adhiere a las condiciones o estipulaciones consignadas previamente en las pólizas. Estas condiciones son redactadas por la aseguradora dentro de las pautas y límites establecidos por la Superintendencia Financiera, quien interviene en general en la industria aseguradora.

El contrato de seguros se caracteriza por ser de aquellos que responden a la idea de contratos de adhesión, toda vez que la aseguradora define los lineamientos y contenidos generales de las pólizas que ofrece al público. Empero, tratándose de grandes conglomerados económicos, esta característica no se hace tan evidente, debido a que la capacidad de negociación de éstos, les permite de alguna forma la discusión de los contenidos de las pólizas. Más adelante se volverá a tocar este tema en relación a los seguros de cumplimiento en los contratos estatales.

- Tracto sucesivo: Esto quiere decir que el contrato de seguro es de ejecución continuada porque no se realiza en un solo momento, sino que se va desarrollando a través del tiempo. Su ejecución no es instantánea.

1.1.3 Elementos esenciales del contrato de seguro

Conviene ahora ocuparse de los elementos esenciales del contrato de seguro (artículo 1045 del Código de Comercio) que lo diferencian de otro tipo de contratos, a saber: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador.

⁵ En los términos del artículo 1046 del Código de Comercio: “El contrato se probará por escrito o por confesión [...]”

El *interés asegurable* como tal, es entendido como la relación económico- jurídica que se tiene con lo que se desea asegurar, esto implica que quien lo tiene, no está interesado en la ocurrencia del siniestro y quiere evitar cualquier tipo de riesgo.

Sobre el *riesgo asegurable*, cabe advertir que se trata de un suceso incierto, que no depende exclusivamente de la voluntad del beneficiario, del tomador o del asegurado.

La *prima o precio del seguro*, no es otra cosa que la contraprestación que recibe el asegurador en virtud de la asunción del riesgo que a él le ha sido transferido. El pago de la prima es obligación del tomador del seguro.

La *obligación condicional del asegurador*, se refiere a la obligación que asume la compañía de seguros y consiste en pagar la prestación asegurada, obligación que está sujeta a condición suspensiva, que se materializa en la realización del riesgo asegurado; dicho en otras palabras, en la ocurrencia del siniestro⁶.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno y obedeciendo al artículo 897 del Código de Comercio, “cuando un acto no produce efecto alguno, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”. La ineficacia de pleno derecho se asimila a la inexistencia en materia civil.

1.1.4 Partes y otros intervinientes en el contrato de seguros

Se comenzará indicando que las partes del contrato de seguro son, de un lado, el tomador y de otro, el asegurador.

⁶ OSSA G, *El contrato*, op. cit, p. 44 y 427

1.1.4.1 El tomador

Es la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos. Por ello se dice que es el otro extremo de la relación jurídica y en el régimen general del contrato de seguro, su capacidad y conducta precontractual (artículo 1058 del Código de Comercio) son factores determinantes de la validez del negocio jurídico; de igual manera, a su cargo están las cargas, deberes y obligaciones respectivos, como la de pagar la prima (artículo 1066 del Código de Comercio).

La posición del Doctor EFRÉN OSSA⁷ frente a la figura del tomador, es que es aquel en cuya conducta y organización empresarial se concentran los riesgos a cargo del asegurador, siendo éstos: i) El riesgo moral (la honestidad, la probidad, la prudencia, etc); ii) El riesgo técnico (la idoneidad profesional, la infraestructura operacional); y iii) El riesgo financiero (la capacidad económica para responder por sus compromisos contractuales).

1.1.4.2 El asegurador

Es la persona jurídica que asume los riesgos y está debidamente autorizada para ello, con arreglo a leyes y normatividades colombianas vigentes (artículo 1037 del Código de Comercio). La Superintendencia Financiera expide el certificado público de autorización a los interesados que acepten constituirse como persona jurídica, que en el caso de las operaciones y gestiones de seguros, debe ser una sociedad anónima o una empresa cooperativa de seguros; y que acrediten las condiciones de acceso, es decir, el debido respaldo patrimonial, la solvencia moral y la

⁷ Ibíd., p. 475.

idoneidad profesional de los socios que participarán en su conformación, así como de los representantes que la administrarán⁸.

De acuerdo a lo anterior, considera el doctor EFRÉN OSSA⁹, que los contratos celebrados por personas naturales o jurídicas que, a falta de autorización legal, usurpen esta calidad jurídica (la de aseguradores), adolecen de nulidad, bien por ser contrarios a una norma imperativa, como lo es el ya mencionado artículo 1037 del Código de Comercio, o por falta de capacidad legal, es decir por la incapacidad particular consistente en la prohibición que la ley le ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (artículo 1504, inciso final Código Civil).

Sin embargo, en el contrato de seguros intervienen más personas aunque en rigor, éstas no adquieran la calidad de partes en el mismo, tal es el caso del asegurado y del beneficiario.

1.1.4.3 El Asegurado

Basta decir que es la persona en la que recaen los riesgos y quien también interviene en el contrato de seguro, como ya se enunció. El asegurado tiene interés asegurable, es decir que es aquel que tiene una relación económica con bien específico o una universalidad jurídica que se puede ver afectada con a realización del riesgo asegurado.

⁸ ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza. *Las partes en el Contrato de Seguro*, en *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C, N°. 18, septiembre de 2002., p.11 – 12.

⁹ OSSA G, *El contrato*, op. cit. p. 3

1.1.4.4 El Beneficiario

Es quien recibe el pago del valor del siniestro; y esto porque en todo contrato de seguro tiene que haber un beneficiario, aunque a él no se haga una referencia expresa, ya que, la ley exige en la póliza su nombre o la forma de identificarlo si fuere distinto del tomador (artículo 1047, numeral 3° del Código de Comercio). A falta de esta identificación, el asegurado tendrá esa calidad.

1.1.5 Clasificación genérica del contrato de seguro: Seguro de daños vs. Seguro de personas

Una vez definido el concepto de contrato de seguro, las características principales del mismo, sus elementos esenciales y las partes que lo componen, es pertinente abordar la clasificación que existe entre los seguros de daños y de personas.

1.1.5.1 Breve referencia a los seguros de personas

Los seguros de personas son aquellos que amparan a la persona del asegurado contra los riesgos que le amenacen en su existencia o en su integridad personal, a través de seguros como el de vida, salud o accidentes.

No obstante, al no ser este nuestro objeto de estudio, no se dirá más sobre el particular y por el contrario, pasaremos a abordar los seguros de daños para llegar finalmente al seguro de cumplimiento.

1.1.5.2 De los seguros de daños

En estos seguros, tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado por la realización de un riesgo.

Estos seguros se clasifican a su vez, en seguros reales y en seguros patrimoniales. En los primeros, se pretende proteger al asegurado de los daños

que puedan sufrir sus bienes específicos, por ende se dice que en éstos, el objeto del interés asegurable es la cosa misma y el valor asegurable tiene relación con el valor de la cosa en que radica. Por su parte, en los patrimoniales, la protección no se circunscribe a ciertos bienes, sino que se busca proteger la universalidad jurídica del asegurado, representada en su patrimonio.

Una de las mayores diferencias entre el seguro de daños y el de personas, es que al primero lo rige el principio indemnizatorio, consagrado en los artículos 1088 y 1089 del Código de Comercio; la premisa de este principio es simple: el seguro no puede configurarse en un vehículo de enriquecimiento.

Se pretende entonces, dejar al asegurado en la misma situación en la que se encontraba antes de la ocurrencia del siniestro, puesto que se cubre el perjuicio causado sin que se presente ningún tipo de fuente de enriquecimiento para él.

1.1.5.2.1 Clases de seguros patrimoniales: Entre los seguros patrimoniales se encuentran: i) el de responsabilidad civil; ii) el de infidelidad; iii) el de manejo y iv) el de cumplimiento.

i) Seguro de Responsabilidad Civil (R.C): A grandes rasgos, “el seguro de responsabilidad civil aparece definido en la Ley como aquel seguro por el que el asegurador cubre el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.”¹⁰

¹⁰ SOTO, Ricardo Alonso “*Responsabilidad Civil y Seguro*”. [Citado: 3 octubre 2008]. Disponible en: <http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerecho>.

ii) Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros: Con este se pretende proteger el patrimonio del asegurado de pérdidas causados por actos deshonestos o fraudulentos de terceros o de empleados. Para RICARDO ALONSO SOTO, el objeto de este seguro es proteger los dineros y documentos valores que, en el giro normal de los negocios, están expuestos a riesgos fraudulentos, o deshonestos de los empleados, pérdidas por destrucción, sustracción o desaparición durante su manejo y transporte, pérdida por dinero falsificado o documentos falsificados y adulterados.¹¹

iii) Seguro de Manejo: Es el seguro mediante el cual se cubre “cualquier pérdida que sufra el asegurado como consecuencia de hurto calificado, hurto, abuso de confianza y estafa, de acuerdo con su definición legal, en que incurran sus empleados mientras tengan este carácter, siempre y cuando el hecho sea cometido durante la vigencia de la póliza.”¹²

iv) Seguro de Cumplimiento: Este seguro será desarrollado ampliamente a continuación, no sin antes advertir, que en efecto, para la Corte Suprema de Justicia, se trata de un típico caso de un seguro de daños, lo que reafirma la clasificación que sobre el particular hemos hecho:

*[...] El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 1088 del Código de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor [...]*¹³

¹¹ LÓPEZ GONZÁLEZ, Patricia, “Manual de reclamación en Seguros. Ramos técnicos (aspectos generales)”, [Citado: 3 octubre 2008]. Disponible en: <<http://www.monografias.com>>.

¹² Ibid., p. 17-18

¹³ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, 21 de septiembre de 2000. M.P: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Expediente No. 6140. Bogotá: La corte.

1.2 DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

Antes de entrar a examinar a fondo este seguro, es muy importante en primer lugar, hacer un recorrido histórico en aras de conocer sus inicios y desarrollos normativos.

1.2.1 Antecedentes histórico – normativos

Uno de los inicios normativos para el seguro de cumplimiento de carácter estatal fue la Ley 53 de 1909, ya que, por medio de ésta, se pretendía salvaguardar el patrimonio público y de esta manera, proteger el interés general.

En dicha norma no se estipulaba propiamente la obligación de suscribir un contrato de seguro o de cumplimiento, pero sí consagraba la obligación de pactar una cláusula penal en caso de un posible incumplimiento contractual. Con esta exigencia, se evidencia claramente la preocupación del legislador por mantener intacto el patrimonio público, aunque no existiera un tercer agente que actuara como asegurador para responder por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.¹⁴

Así pues, el artículo 4 de la Ley 53 de 1909 consagraba: “En todo contrato que el Gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos, u otros análogos, se estipulará precisamente una cláusula penal pecuniaria, para el caso en que el contratista faltare al cumplimiento del contrato, por su culpa”¹⁵.

Ahora bien, a partir de la Ley 225 de 1938, el Gobierno Nacional comenzó a exigir el seguro de cumplimiento en todos sus contratos y ya no bastaba con una simple

¹⁴ SPATH AGAMEZ, Soad, et. al., *Investigación sobre el Seguro de Cumplimiento*. Especialización en Responsabilidad Civil y Seguros, cohorte 2006, Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Medellín.

¹⁵ Ver: Ley 53 del 27 de noviembre de 1909, art. 4

cláusula penal, lo que más tarde fue convirtiéndose en un requisito para el perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales y de esta forma, las entidades públicas se constituyen en entes promotores de los seguros de cumplimiento y de los diferentes amparos que éste supone. Por esta razón, se ha dicho que la primera aparición real del seguro de cumplimiento en Colombia se dio con la expedición de la Ley 225 de 1938.

La finalidad de la Ley 225 consistía en garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanen de leyes o de contratos. Y se incluyeron dos tipos de seguros diferentes pero con aspectos regulados muy similares: El seguro de cumplimiento y el de manejo, que buscaban, en esencia, garantizar el pago de perjuicios sufridos por las entidades estatales generados por el incumplimiento de sus contratistas; y proteger el patrimonio de dichas entidades contra las pérdidas por fraude o apropiación indebida de fondos de sus funcionarios, respectivamente.

Al momento de la expedición de la mencionada Ley 225, las compañías de seguros obtuvieron la autorización para expedir pólizas, fianzas, garantías y seguros de cumplimiento que no sólo garantizaran la fidelidad de un empleado, sino también, el cumplimiento de obligaciones legales y contractuales. Esta ley estuvo vigente, sin controversia, hasta 1971, año en el cual se expidió nuestro actual Código de Comercio, en el cual se establece que los seguros, en su totalidad, quedaban regulados allí.

Sin embargo, para algunos doctrinantes, la Ley 225 continuaba vigente por tratarse de una norma especial y específica de carácter complementario y por este motivo no podía ser objeto de derogación; mientras que para otros estudiosos, la mencionada norma era complementaria del Código anterior y por lo tanto era derogada con la nueva disposición normativa comercial.¹⁶

¹⁶ SPATH AGAMEZ, et. al., op. cit., p. 26

De igual forma, con la mencionada ley queda consagrada la figura de la subrogación de la aseguradora en los derechos del Estado en contra de las personas, cuyo manejo y/o cumplimiento estaban garantizando y se incluyen todos los privilegios a que hubiese podido acudir la administración pública para el cobro de sus perjuicios.

Todo tipo de discusión en cuanto a la Ley 225 de 1938 fue dirimida con la expedición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), el cual introdujo un capítulo solamente dedicado a los seguros especiales y dentro de éstos se refirió al Seguro de Cumplimiento en tres artículos diferentes, referentes al objeto, destinatarios y a la subrogación en este tipo de seguro. De hecho, según el doctor DÍAZ-GRANADOS, este decreto “compiló las normas vigentes, entre las cuales incluyó las correspondientes al seguro de cumplimiento de la antigua ley”.

Ahora bien, además de la normatividad anteriormente mencionada, dentro del ámbito del seguro de cumplimiento otorgado a favor de Entidades Estatales, también han entrado a regir un sinnúmero de decretos reglamentarios y una variedad de normas generales referentes a la contratación estatal, entre las que encontramos: Ley 53 de 1909, Ley 110 de 1912, Ley 61 de 1921, Ley 167 de 1941, Decreto 528 de 1964, Decreto 3130 de 1968, Decreto 1670 de 1975, Decreto 150 de 1976, Decreto 222 de 1983, Ley 45 de 1990, artículos 43 y 47, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, cuyo Decreto Reglamentario es el 066 de enero 16 de 2008, derogado por el Decreto 2474 de julio de 2008.

Lo anterior se debe a que el desarrollo de los seguros de cumplimiento en Colombia ha sido impulsado en gran medida por el afán de encontrar mecanismos que permitan proteger el patrimonio público.

1.2.2 Concepto del seguro de cumplimiento

CLARA INÉS RUSINQUE lo define como:

Un contrato por el cual una compañía de seguros, a cambio de un precio, comúnmente denominado prima, garantiza el cumplimiento de una obligación contenida en un contrato, una disposición legal o una orden judicial; y queda obligada a pagar los perjuicios que se ocasionen como producto de dicho incumplimiento hasta por una suma determinada de dinero, que corresponde al valor asegurado¹⁷.

Se dice entonces, que la obligación de la aseguradora en un contrato de seguro de cumplimiento consiste en la protección del acreedor asegurado contra el incumplimiento del correlativo deudor.

Con base en la definición expuesta, se puede entender que la finalidad general del seguro de cumplimiento, de acuerdo a la concepción del Doctor CÉSAR AUGUSTO NÚÑEZ VILLALBA, consiste en garantizar la indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones de dar o hacer contenidas casi todas en contratos.¹⁸

1.2.3 Partes en el contrato de seguro de cumplimiento

En complemento de lo mencionado anteriormente sobre las partes, simplemente se advertirá que:

Asegurador: Debe estar autorizado para operar en el ramo del seguro de cumplimiento.

¹⁷ RUSINQUE, Clara Inés. Seminario Especializado de Seguro de Cumplimiento. Asociación Colombiana de Técnicos en Reaseguros "ACTER", Bogotá D.C, enero 15 a 26 de 2007.

¹⁸ NÚÑEZ VILLALBA, César Augusto. "El Seguro de Cumplimiento", en: Memorias del cuadragésimo aniversario de Acoldese y del trigésimo aniversario del código de comercio. "Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia", 1971-2001. Acoldese 40 años. Bogotá: septiembre 2001, p.259-303.

Tomador: Suele ser el contratista, a quien se le exige la garantía por parte del contratante; luego, el contratista es quien va directamente a la compañía de seguros a suscribir el seguro (o a tomarlo) y quien debe en consecuencia, pagar la prima.

De acuerdo al inciso segundo del artículo 1037 del Código de Comercio, el tomador es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos. En el caso del contrato de cumplimiento, tradicionalmente se ha entendido que, se trata de la segunda modalidad, es decir, constituye un típico caso de un seguro contratado por cuenta ajena. Empero, en rigor, ello no es del todo cierto, ya que uno de los efectos de esta modalidad es precisamente que el tomador queda amparado hasta concurrencia de su interés, de conformidad con el artículo 1042 del Código de Comercio. Si se aplica esto al ámbito del seguro de cumplimiento, habría que decir que el tomador, esto es, que el contratista tendría interés asegurable, situación que desconfiguraría la naturaleza de este seguro y lo terminaría confundiendo con el seguro de responsabilidad civil contractual.

En ese orden de ideas, el seguro de cumplimiento es un seguro por cuenta ajena pero que tiene una característica especial que impide que se le apliquen los efectos de esta modalidad de contratación de los seguros.

Esto es así, puesto que no resulta coherente afirmar que el contratista o deudor de la obligación contractual protegida por el seguro de cumplimiento sea el mismo individuo asegurado, ya que, el riesgo depende directamente de la conducta de dicho deudor, quien en caso de incumplir, es responsable de que se concrete el siniestro, surgiendo entonces, la obligación de indemnizar los perjuicios por parte de la aseguradora.

De acuerdo a lo anteriormente expresado, si tomador (contratista – deudor) y asegurado coinciden en la misma persona, se presenta un enriquecimiento o

premiación con la indemnización y perdería sentido la finalidad del seguro de cumplimiento, que lo que busca es proteger el patrimonio del acreedor o entidad asegurada.

1.2.4 Elementos esenciales del seguro de cumplimiento

En tanto contrato de seguro, obviamente el de cumplimiento, supone la concurrencia de los elementos esenciales antes vistos. Para los fines específicos de este acápite, sólo se examinarán dos de esos elementos (interés y riesgo asegurables) que ameritan ser precisados a propósito de esta clase de seguro de daños patrimonial.

1.2.4.1 Interés asegurable

El artículo 1083 del Código de Comercio, norma que se encuentra dentro del Capítulo II del Título V, que regula los seguros de daños, manifiesta que: “Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización del riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”.

Para el caso que nos ocupa, el seguro de cumplimiento, quien tiene el interés asegurable es el acreedor de la obligación, contratante o asegurado. Éste es quien tiene interés en que el siniestro, v. gr., el incumplimiento, no ocurra.

La persona que debe realmente tener el interés asegurable de contenido económico es el acreedor, o sea el contratante o simplemente, la entidad estatal en materia de Ley 80 de 1993, quien frente al incumplimiento del deudor, podría tener un detrimento en su patrimonio¹⁹.

¹⁹ ARTUNDUAGA R, Jorge O y LOZANO G, Germán E. *El Seguro de Cumplimiento a favor de las Entidades Estatales*, Bogotá D.C, 1987, Trabajo de grado (Abogado), Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, facultad de Jurisprudencia, p. 59.

Esto significa que al deudor o contratista no le asiste ningún interés asegurable y en efecto, éste no podría ser indemnizado por razón de su propio proceder; por lo tanto carecería de interés asegurable; y si lo llegare a tener, no sería un interés lícito, pues iría en contra de los principios éticos y jurídicos.

1.2.4.2 Riesgo asegurable

En el seguro de cumplimiento, el riesgo es la conducta misma del deudor, es decir, el riesgo que se pretende asegurar es el hecho consistente en el incumplimiento contractual imputable del deudor que perjudica al acreedor.

Aunque en el artículo 1054 del Código de Comercio se exige que el riesgo no debe depender exclusivamente de la voluntad del tomador, del beneficiario o del asegurado, en el seguro de cumplimiento, por lo general, es el mismo deudor quien toma el seguro, claro está por cuenta ajena, y es de ese deudor de quien depende exclusivamente el riesgo²⁰.

Respecto a la supuesta modalidad de que el seguro de cumplimiento sea tomado por cuenta ajena, remítase a la aclaración que hicimos en páginas anteriores.

Asimismo, en el artículo 1055 del Código de Comercio se estableció qué riesgos se consideran inasegurables y entre ellos están “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario”.

Contradiendo lo anterior, en el seguro de cumplimiento, el riesgo asegurable consiste en la eventualidad del incumplimiento imputable al deudor, es decir, aquel que sea resultado de una conducta dolosa, culposa o meramente potestativa por parte del contratista, ya que no es imputable a éste el acaecimiento de hechos como el caso fortuito y la fuerza mayor, salvo que dichas situaciones imprevistas e imprevisibles sean asumidas por parte del mismo contratista. El incumplimiento

²⁰ SPATH AGAMEZ, et. al., op. cit., p. 20.

imputable a éste, puede darse por la inejecución total, parcial o tardía de las obligaciones a su cargo.

Es más, si prevalece el artículo 1055 del Código de Comercio, no podría entenderse la concepción de riesgo del seguro de cumplimiento porque en caso de que ocurriera el siniestro, éste no sería indemnizable si se le imputa culpa grave, dolo o actuaciones meramente potestativas al contratista, lo que restaría efectividad a los seguros de cumplimiento. Situación que pone de manifiesto el doctor EFRÉN OSSA, al opinar que:

Si además, el riesgo asegurado, que no es otro que el incumplimiento de sus obligaciones (las del deudor afianzado), puede eventualmente imputarse a su conducta dolosa, intencional o gravemente culposa, la aplicación del artículo 1055 resulta ineludible. Y en la medida en que estas causas son inasegurables, el incumplimiento contractual debe entenderse excluido del seguro y desprovista de amparo la entidad asegurada²¹.

En ese orden de ideas, es viable afirmar que el seguro de cumplimiento tiene un carácter especial, *sui generis*, por lo que algunas normas generales del contrato de seguro no le son aplicables en estricto sentido, como ocurre con el artículo 1055 ídem.

1.2.5. Del principio indemnizatorio en los seguros de cumplimiento

La aplicación del “Principio Indemnizatorio” al seguro de cumplimiento, que como ya se afirmó, es un seguro de daños patrimonial, consiste en que la entidad estatal asegurada (acreedor) recibe la indemnización limitada al perjuicio sufrido por causa del incumplimiento del contratista (deudor), pero sin presentarse en ningún momento un enriquecimiento o beneficio para el asegurado por la ocurrencia del siniestro. Por lo tanto, con este principio lo que se pretende es evitar que el

²¹ OSSA G, *El contrato*, op. cit. p. 474 – 475.

acreedor asegurado tenga interés en el incumplimiento del deudor. Adicionalmente, en los seguros de cumplimientos en principio²², se deben demostrar los perjuicios causados al contratante y por eso, si el incumplimiento no genera ninguna clase de perjuicios económicos no se puede hacer efectiva la póliza.

1.2.6 Discusiones doctrinarias sobre la naturaleza del seguro de cumplimiento

En este apartado de la monografía, es preciso abordar la discusión que al interior de la doctrina se ha planteado acerca de la naturaleza jurídica del seguro de cumplimiento. De esta forma, se procurará dejar claras las reglas que rigen dicha figura.

La doctrina se pregunta entonces, si el seguro de cumplimiento responde a la naturaleza de un verdadero seguro o si se trata de una fianza. Así, de acuerdo a la opinión del Doctor CÉSAR AUGUSTO NÚÑEZ VILLALBA, se trata de un verdadero seguro; dicho autor sostiene: “estimo que en este momento existe una tendencia mayoritaria doctrinal y jurisprudencial en el sentido de que las garantías otorgadas a través de pólizas son un seguro”.²³

Inclusive, el mismo Doctor NÚÑEZ VILLALBA, en su artículo sobre el seguro de cumplimiento, afirma que la jurisprudencia colombiana ha contribuido a decantar y aclarar controversias de naturaleza jurídica; de hecho la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 21 de Septiembre del 2000 MP. Silvio Fernando Trejos, expediente 6140, toma partido por el concepto de que el seguro de cumplimiento, es un “seguro”.

²² Salvo en el caso de la garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos que como se verá más adelante, la doctrina ha aceptado que no se requiere probar la existencia de los perjuicios.

²³ NÚÑEZ VILLALBA, op. cit., p.14.

En ese orden de ideas, el mencionado autor trae a colación una parte de tal providencia:

Para adoptar un criterio sobre el perjuicio que puede haber causado ese siniestro es preciso en primer lugar dejar muy en claro que son dos cosas diferentes la fianza o aval de una parte, y el seguro de cumplimiento, de otra. En los primeros, nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal. El acreedor tendrá, pues, pluralidad de deudores y en muchas ocasiones podrá escoger a su arbitrio a cual de ellos ejecutar, [...] En el segundo, bajo la forma de seguro, se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal de que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurado toma a su cargo, hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada. A ese texto simplemente una glosa, no ha debido emplearse la expresión afianzada porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación, comúnmente denominado Seguro de Cumplimiento, es negocio diferente de la fianza²⁴.

Autores como HERNANDO GALINDO CUBIDES expresan que es preferible llamar a este tipo de seguros, “seguros de fianza”, por ser el término “cumplimiento” un concepto amplio, pues de lo contrario, todos los contratos serían de cumplimiento, incluyendo al contrato de seguros por contener cláusulas que deben cumplirse.

Además, este autor expresa que la figura jurídica del seguro de fianza es independiente, tiene características que le son propias, cada vez ha tomado mayor auge y hoy en la economía, es un instrumento indispensable al ser un contrato a través del cual una aseguradora (fiadora), mediante el cobro de una prima, protege al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de una obligación específica a cargo del deudor principal (fiado).²⁵

²⁴ Ibíd., p. 14.

²⁵ SPATH AGAMEZ, et. al., op. cit., p. 32 y siguientes.

Afirma GALINDO CUBIDES, que la fianza como tal, se rige por el Código Civil y el seguro de fianza por las reglas del contrato de seguro que trae el Código de Comercio y por las condiciones y tarifas previamente aprobadas por la autoridad competente.

De todos modos, para establecer si el seguro de cumplimiento es un contrato de fianza o de seguro, también conviene de alguna manera trazar un paralelo entre ambos contratos. Para el efecto, es necesario remitirnos a las disposiciones del Código Civil, específicamente al artículo 2361, según el cual: “La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”.

De acuerdo a lo anteriormente mencionado, encontramos una *similitud* entre el seguro de cumplimiento y la fianza, consistente en que en el campo del seguro de cumplimiento, la aseguradora se obliga frente al acreedor asegurado a responder en caso de que su deudor incumpla con una obligación determinada; así pues, la compañía de seguros, a través de la subrogación, responde frente al acreedor por una obligación ajena, ya que, garantiza a éste, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una obligación a cargo del deudor.

En la fianza, por su parte, el fiador también responde por una obligación ajena frente al acreedor, pero aquí lo que ocurre es que hay una sola obligación a cargo de un deudor y un fiador.

Y entre las *diferencias* entre la fianza y el seguro de cumplimiento, se encuentran las siguientes:

- En primer lugar, se aclara que la fianza se cataloga como una actividad libre, mientras el seguro en general, es una actividad reglada y vigilada.

- A la aseguradora en un contrato de seguros (en este caso un seguro de cumplimiento) no se le considera como un deudor solidario de su asegurado o garantizado. Y la obligación del asegurador puede cumplirse en dinero o a través del reemplazo o reposición si es posible.

Por el contrario, en la fianza, el fiador sólo puede satisfacer su obligación a través de la vía dineraria.

- Una diferencia importante que se observa entre ambas figuras es respecto a la gratuidad u onerosidad. La fianza es por naturaleza gratuita, pues tiene por objeto la utilidad de una de las partes, es decir, la parte que garantiza la obligación ajena, lo hace sin recibir nada a cambio, además, por ser gratuita, se celebra intuitu persona; sin embargo, en ciertas ocasiones la fianza puede ser remunerada sin que se pierda el carácter personal y en esa medida, el fiador recibe una contraprestación a cambio de la obligación contraída.

El seguro de cumplimiento por su parte, siguiendo la misma dirección del contrato de seguros y teniendo claro el objeto que desarrollan las compañías de seguros, nunca puede ser un contrato gratuito y siempre se predica su onerosidad, toda vez que cada parte se grava en beneficio de la otra.

- Lo anterior, nos conduce a otra diferencia consistente en que la fianza es un contrato unilateral porque al tiempo de su celebración, el único obligado es el fiador, quien se compromete a responder por una obligación ajena, pero excepcionalmente, puede ser oneroso y por ende bilateral cuando la fianza es remunerada.

Del seguro de cumplimiento, se predica su bilateralidad, puesto que cada parte se obliga frente a la otra; una de ellas, se obliga al pago de una prima, mientras que la otra se compromete a resarcir los perjuicios que pudiera sufrir el asegurado respecto al incumplimiento de una obligación clara y específica en la que pueda llegar a incurrir su deudor.

- Es pertinente aseverar que el monto de la obligación que está a cargo de la aseguradora, en un seguro de cumplimiento, no puede superar el valor asegurado; dicha obligación consiste en garantizar el pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación contractual asegurada y surge al momento del siniestro, es decir, se condiciona a la ocurrencia del riesgo, el cual se refiere al incumplimiento por parte del deudor.

En la fianza en cambio, el acreedor tiene la posibilidad de escoger si exige el cumplimiento de su prestación al deudor o al fiador, pues éste último tiene a su cargo, garantizar una obligación ajena que es la misma a la que se obliga el deudor, pero no hay un límite respecto a las responsabilidades del fiador. Además, el fiador se compromete a cumplir la obligación afianzada pero no se trata de una obligación condicional.

- La consecuencia de que las garantías se otorguen a través de contratos de seguros, como en el caso del seguro de cumplimiento, consiste básicamente en que la compañía aseguradora al momento de presentarse el siniestro no puede proponer al asegurado los beneficios de excusión y de división regulados en los Artículos 2384 y 2392 del Código Civil respectivamente; mientras que, en la fianza sí existen para el fiador estos beneficios.

Cabe además determinar que en el Derecho Positivo colombiano y en la jurisprudencia, las garantías que se otorguen a través de pólizas, tienen la

naturaleza jurídica de “seguro”, no de fianza, por disposición expresa de las leyes, en especial la Ley 225 de 1938 artículos 2 y 7, Decreto 663 de 1993 (Modificado por el Decreto Nacional 2359 de 1993, Modificado por el Decreto Nacional 2489 de 1999, Modificado por el Decreto Nacional 1577 de 2002) artículo 203, Código de Comercio artículo 1099 y la Ley 80 de 1993 (Modificada por la Ley 1150 de 2007).

Ahora bien, basados no sólo en la diversidad de opiniones doctrinarias, sino también en el análisis paralelo que se viene realizando entre la fianza y el seguro de cumplimiento, puede concluirse que el seguro de cumplimiento es un auténtico contrato de seguros y por consiguiente un contrato de índole comercial al cual se le aplica la normatividad correspondiente a esta clase de contrato, dejando claro que son personas jurídicas autorizadas por la ley, quienes otorgan los seguros en general. En esa medida entonces, el régimen normativo aplicable al seguro de cumplimiento son las disposiciones del Código de Comercio en las que se consagran todas las características y elementos relativos al contrato de seguro, no las normas del Código Civil que regulan la fianza, como contrato de carácter civil de que se trata²⁶.

Esta conclusión es compartida por la Corte Suprema de Justicia quien al respecto ha manifestado:

[...] En lo que toca con la carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado, porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la propia estipulada en la póliza, de carácter condicional, por supuesto distinta de la que contrajo el deudor del contrato objeto de aseguramiento [...]

Para adoptar un criterio sobre el perjuicio que puede haber causado ese siniestro es preciso en primer lugar dejar muy en claro que son dos cosas diferentes la fianza o aval de una parte, y el seguro de cumplimiento, de otra. En los primeros, nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal; y el acreedor tendrá, pues,

²⁶ *Ibíd.*, p. 12.

*pluralidad de deudores y en muchas ocasiones podrá escoger a su arbitrio a cuál de ellos ejecutar, [...] en el segundo, bajo la forma de seguro se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo, hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada, [...] ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación, comúnmente denominado SEGURO DE CUMPLIMIENTO, es negocio diferente de la fianza [...]*²⁷

1.2.7 Clases de seguro de cumplimiento

Debe recordarse que el seguro de cumplimiento como tal, tiene como misión salvaguardar el patrimonio del acreedor – contratante al garantizar el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer y no hacer, radicadas en cabeza del deudor – contratista, derivadas de la ley o de un contrato.

Dentro del seguro de cumplimiento se encuentran dos grandes clasificaciones, las cuales pasamos a desarrollar. Así pues y atendiendo al tipo de obligaciones que éstos respaldan, tenemos que se habla de: seguro de cumplimiento de obligaciones legales y seguro de cumplimiento de obligaciones contractuales:

1.2.7.1 Seguro de cumplimiento de obligaciones legales

Estos tipos de seguros se subclasifican así mismo en: i) de cumplimiento de disposiciones legales propiamente tales y ii) de cumplimiento de cauciones judiciales.

Los primeros, se refieren a las garantías que cubren el riesgo de incumplimiento de obligaciones derivadas de normas de carácter general, tales como leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, etc. Son comunes en la normatividad

²⁷ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, 21 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Expediente No. 6140. Bogotá: La corte.

tributaria, aduanera y cambiaria, y se prestan a favor de la entidad pública encargada de la administración y control del cumplimiento de este tipo de obligaciones.

Los segundos, están encaminados a indemnizar los perjuicios que un acto procesal le pueda causar a la otra parte o a terceros y son pre requisito para la producción del acto buscado, v. gr., embargo como medida previa, el levantamiento de medidas cautelares, el trámite de recursos como casación o revisión.

No se dirá nada más sobre el particular por no ser nuestro objetivo desarrollar estas garantías.

1.2.7.2 Seguro de cumplimiento de obligaciones contractuales

Hay que distinguir la naturaleza jurídica de las partes que celebran el negocio jurídico, toda vez que ello es determinante para definir el régimen aplicable al contrato de seguro. Las pólizas pueden ser otorgadas a favor de particulares o a favor de entidades estatales.

1.2.7.2.1 Seguro de cumplimiento celebrado entre particulares: Las pólizas de cumplimiento que garantizan los perjuicios causados por el incumplimiento de obligaciones que emanan de contratos celebrados entre particulares, no es precisamente el objetivo central de la presente monografía, por ende, simplemente procederemos a referirnos a algunas de sus características principales para contrastarlas posteriormente con las de los seguros de cumplimiento ante entidades estatales.

1.2.7.2.1.1 Amparos básicos: Entre los amparos que son otorgados por parte de la compañía aseguradora al acreedor asegurado, están: la seriedad de la oferta,

correcto manejo del anticipo, cumplimiento de contrato, pagos de los salarios, prestaciones sociales y estabilidad de la obra.

Como consecuencia de la primera característica, no se tiene ninguna disposición legal que establezca las coberturas y vigencias mínimas, a diferencia del seguro de cumplimiento de entidades estatales como se verá más adelante.

1.2.7.2.1.2 Las cláusulas penales y las multas: Son una de las exclusiones del seguro de cumplimiento entre particulares, y se ha discutido su procedibilidad en los contratos celebrados con la administración pública²⁸. Esta exclusión en los seguros de cumplimiento, cuyo objeto es el amparo de un contrato celebrado entre particulares, obedece a la facilidad que tendrían las partes de ponerse de acuerdo para simular una multa o cláusula penal y por supuesto un incumplimiento, defraudando de esta manera a las compañías de seguros.

1.2.7.2.1.3 Configuración del siniestro: Existe una diferencia importante en cuanto al siniestro entre la póliza de cumplimiento de contrato celebrados entre particulares y contratos celebrados con entidades estatales. El autor HERNANDO GALINDO hace un claro paralelo:

En la póliza entre particulares se configura el siniestro en el caso de que el afianzado sea legalmente responsable del incumplimiento de la obligación garantizada, respecto de cada uno de los amparos independientemente contratados; mientras que en la garantía única se entiende causado el siniestro con el acto administrativo debidamente ejecutoriado que declare la realización del riesgo que ampara la póliza, la caducidad del contrato, o la imposición de multas o cláusulas penales, por causas imputables al contratista.²⁹

Sobre este punto se volverá en los Capítulos II y III de esta monografía.

²⁸ Este tema será objeto de estudio en el Capítulo II de esta monografía.

²⁹ GALINDO CUBIDES, Hernando. *El Seguro de Fianza*, Legis, Bogotá D.C, 2005, p. 120.

1.2.7.2.1.4 Subrogación de la aseguradora: Baste decir que, cuando se toma un seguro de cumplimiento, la compañía de seguros exige al tomador o contratista un fiador solidariamente responsable para que en caso de incumplimiento de parte suya (configuración del siniestro), la aseguradora tenga contra quien más repetir para recuperar el valor indemnizado.

A continuación, se indican los requisitos que comúnmente son exigidos por el mercado asegurador a propósito del fiador o contragarante:

- Un pagaré en blanco firmado por el contratista y por un fiador solvente que debe poseer propiedad raíz.
- Copia de las cédulas del contratista y el fiador.
- Copia del impuesto predial donde consten las propiedades del fiador. Debe aclararse que el valor de las propiedades debe cubrir el valor total del contrato.
- Certificado de libertad y tradición de los inmuebles del fiador, con los cuales se está respaldando este contrato realizado por el contratista. Dichos inmuebles no pueden estar afectados a vivienda familiar.

1.2.7.2.1.5 Terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima: Expresamente el artículo 1068 del Código de Comercio establece una consecuencia jurídica derivada del no pago de la prima por parte del tomador, cual es la terminación automática del contrato de seguro.

Este efecto, sin dudas, afecta los intereses del beneficiario en un seguro de cumplimiento, quien usualmente no coincide con el tomador de la póliza. Así pues, el contratante – beneficiario de la póliza, necesariamente estaría supeditado a la buena fe y diligencia del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con el asegurador.

Por tales razones, consideramos que la práctica comercial debe cambiar en relación a la estructuración de la póliza, siendo el contratante directamente quien la tome y no descargue esta responsabilidad en su contraparte. En el Capítulo III se expondrá más al detalle esta propuesta.

Para concluir esta característica propia de los contratos de seguros, adviértase que, en tratándose de la pólizas expedidas para amparar el cumplimiento de las obligaciones ante la administración pública, expresamente la Ley 80 en su artículo 25 numeral 19, dispone que la garantía que presta el contratista “no expirará por falta de pago de la prima”. Más adelante volveremos sobre el tema.

1.2.7.2.1.6 Revocatoria unilateral del contrato de seguro: Dispone el artículo 1071 del Código de Comercio que el contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por cualquiera de las partes. En caso de ser el asegurador quien decida revocarlo, deberá notificar tal decisión al tomador con mínimo 15 días de anticipación, pudiendo éste último recuperar la prima no devengada.

En los seguros de cumplimiento, las aseguradoras renuncian a esta facultad debido a que en estos contratos, la prima se causa íntegramente desde la celebración del contrato, razón por la cual, nunca hay lugar a devolución de la prima. Luego mal harían las aseguradoras en revocar unilateralmente el contrato, no pudiendo el tomador recuperar en absoluto parte de la prima.

No obstante, y en relación a los seguros expedidos para amparar el incumplimiento de las obligaciones de quienes contratan con el Estado, existe norma expresa que excepciona el artículo 1071 del Código de Comercio. En efecto, el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 establece que la garantía “no expirará por revocatoria unilateral”.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, se ha pronunciado sobre la irrevocabilidad unilateral del contrato de seguro de cumplimiento en los siguientes términos:

La singularidad de tal seguro también tiene, por otra parte, sus proyecciones en punto de su irrevocabilidad porque es bien conocido que en el seguro en general, es admisible que las partes puedan ponerle término en forma unilateral; pero excepcionalmente hay seguros que rechazan tal idea, entre los que destaca el de cumplimiento que aquí se analiza, toda vez que la especialidad del riesgo objeto de cobertura, cual es, reitérese, garantizar el cumplimiento de una obligación, repudia por puro sentido común la posibilidad de que las partes lo ultimen de tal modo. Nótese, analógicamente, cómo en punto de contratación administrativa ya fue explícita la Ley 80 de 1993, al señalar que tales pólizas no expiran “por revocación unilateral” (Artículo 25, numeral 19).

La verdad, si se conviene en que es la naturaleza misma del seguro de cumplimiento la que se opone a que el antojo de cualquiera de las partes le dé finiquito, allí deben quedar comprendidos por igual el asegurador y el tomador. No se descubren razones serias para entrar en distingos y proporcionar tratamientos desiguales. Si ha sido práctica común la de que la persona del deudor pague la prima y se ha llegado hasta que sea ella misma la que resulte tomando el seguro, inicuo fuera permitir que el asegurado quede a merced de la actitud caprichosa y aun aviesa de ese tomador. Odioso sería que se patrocinara que la garantía se reduce a si él “quiere” o le “parece bien”³⁰.

Ahora bien, una vez abordados todos estos temas preliminares, es preciso a continuación entrar a desarrollar en propiedad el seguro de cumplimiento ante entidades estatales.

1.3 SEGUROS DE CUMPLIMIENTO EN CONTRATOS CELEBRADOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O LAS ENTIDADES ESTATALES

1.3.1 Características

³⁰ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Mayo 2 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez. Expediente N°. 6785. Bogotá: La Corte.

Proponemos al lector seguir con la dinámica que hasta aquí se ha manejado, de modo tal, que se tratarán por separado las principales características de este seguro, en aras de una mayor inteligencia sobre el particular.

1.3.1.1 Fuente

Lo primero que debe dejarse claro es que la póliza de cumplimiento contractual otorgada ante entidades estatales tiene consagración normativa expresa en la Ley 80 de 1993³¹, también llamada, “Estatuto de Contratación Estatal” y en sus decretos reglamentarios, especialmente el Decreto 679 de 1994; adviértase que el mencionado estatuto, fue recientemente reformado por la Ley 1150 del 2007, en donde se prolongó la vigencia de la norma que consagra la garantía única hasta que el ejecutivo expida el reglamento sobre la materia. Todo esto será objeto de estudio en el segundo capítulo.

1.3.1.2 Obligatoriedad de la garantía

Como ya se ha indicado, la Ley 80 hizo obligatoria la exigencia de la póliza de cumplimiento en la mayoría de los contratos estatales, salvo para los de empréstito, los interadministrativos, los de seguros y los celebrados con cooperativas de trabajo asociado (artículo 25 numeral 19). De todas formas, la constante bajo el esquema de este estatuto es la exigencia irrestricta del otorgamiento de las pólizas. En el Capítulo II se encontrará más información sobre el particular.

1.3.1.3 Excepción a la adhesión

Como ya se indicó atrás, el contrato de seguro constituye un caso de contrato de adhesión, en donde generalmente la aseguradora como parte dominante en la

³¹ Ver Ley 80 de 1993, artículo 25 numeral 19.

relación jurídica determina el contenido de las pólizas. Esta regla general parece encontrar una excepción en los seguros de cumplimiento ante entidades estatales en la medida en que, algunas de las condiciones de las pólizas, tales como, los amparos, coberturas y vigencias, no las define unilateralmente la aseguradora sino que le son impuestas por la normatividad³². De tal suerte, frente a estos puntos, el asegurador termina adhiriéndose al contrato.

Finalmente, valga aclarar que de todas formas, las compañías de seguros conservan poder discrecional sobre otros temas como lo son las exclusiones aplicables a las pólizas de cumplimiento de entidades estatales.

1.3.1.4 Accesoriedad de la póliza de cumplimiento

Para la expedición de la póliza de cumplimiento, se parte del requisito consistente en la existencia de un contrato suscrito por una entidad estatal y un contratista.

Ahora bien, esta característica accesoría del contrato de seguro supone además la validez del contrato estatal principal, pues en caso de que éste se llegare a afectar, por ejemplo, como consecuencia de una nulidad, no tendría sentido continuar con un seguro que ampara el cumplimiento de unas obligaciones derivadas de un contrato viciado.

1.3.1.5 Excepción a la revocación unilateral

El seguro de cumplimiento estatal, o mejor, la "Garantía Única", no expirará por revocación unilateral del contratista. Esto es así, debido a la naturaleza del seguro de cumplimiento otorgado a favor de entidades estatales y a su función económica, cual es proteger el patrimonio del acreedor ante el incumplimiento del

³² Ver. Decreto 679 de 1994

deudor y por ello no se puede dejar a voluntad de éste la existencia de la garantía y es necesario para dar certeza y utilidad a la figura considerar que este tipo de seguro es irrevocable en todos los casos, posición sostenida por el doctor EFRÉN OSSA de esta manera:

*[...] Los seguros de cumplimiento no admiten la revocación unilateral. Esta repugna a su función jurídico-económica. Mal puede el asegurador declarar intempestivamente su voluntad de eximirse, frente al asegurado, de la responsabilidad que tiene contraída para el caso del incumplimiento de la entidad estatal o persona afianzada y que quizás esté en avanzado estado de gestación en el momento mismo de la declaración. Ni siquiera parece admisible su revocación como efectos de la declaración unilateral del asegurado [...]*³³

1.3.2 Elementos esenciales

Respecto de los elementos esenciales bastaría remitirse a lo que ya se ha mencionado con antelación, salvo en lo que se refiere a la prima y a la obligación condicional del asegurador, sobre las cuales haremos unas precisiones a continuación.

1.3.2.1 Prima o precio del seguro

El pago de la prima es una obligación del tomador del seguro, es decir, del contratista de la administración pública.

Como ya se advirtió, la improcedencia de la terminación por el no pago de la prima es una figura aplicada al seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales y se cataloga como un privilegio consagrado en la Ley 80 de 1993, por estar de por medio el patrimonio de la entidad a cuyo favor se contratan las garantías. Por lo tanto, en el caso que el contratista se halle en mora del pago de la prima, el

³³ OSSA G, *El contrato*, op. cit. p. 507.

contrato no terminará y no podrá utilizar dicha eventualidad la compañía de seguros como excepción para el no el pago de la indemnización.³⁴

1.3.2.2 La obligación condicional del asegurador

En el caso específico del seguro de cumplimiento estatal que garantiza contratos estatales, el asegurador se obliga a indemnizar el daño o perjuicio que le cause el incumplimiento del deudor (contratista) al beneficiario (acreedor – entidad estatal); esta obligación de aseguramiento sólo se origina cuando acaece el riesgo asegurado. La responsabilidad del asegurador respecto del pago de la indemnización está limitada al monto asegurado y hasta la concurrencia del perjuicio patrimonial que demuestre haber sufrido el asegurado como consecuencia del incumplimiento³⁵.

Aquí cabe hacer la siguiente precisión: la materialización del riesgo es lo que determina el surgimiento de la obligación condicional del asegurador, es decir, esta nace cuando se da el incumplimiento contractual imputable al contratista.

En complemento de lo mencionado en esta monografía a propósito de la obligación condicional del asegurador, se abordará la siguiente discusión doctrinaria que se ha presentado en relación a los seguros de cumplimiento de obligaciones contractuales ante entidades estatales.

Nos referimos pues a una discusión que pone en evidencia una vez más la contradicción entre algunas de las normas generales del contrato de seguro (en

³⁴ Ver Ley 80 de 1993, artículo 25 numeral 19.

³⁵ ESCOBAR, José Fernando. “*Aspectos Generales del Seguro de Cumplimiento*”, en: IX Encuentro Nacional, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros “Acoldese”, (N° 9. 1983 Octubre 28–31: Pereira), ponencia del capítulo de Manizales, Bogotá D.C, Skandia, 1983, p.117.

este caso, artículo 1110 del Código de Comercio) con las normas especiales del estatuto de la contratación estatal (Ley 80 de 1993).

¿Cuál es el origen de la advertida discusión? De un lado, la legislación mercantil otorga a la aseguradora la facultad de elegir el medio de pago de la indemnización por la ocurrencia del siniestro; pudiendo pagarla en dinero o “mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada”. En el caso específico de los seguros de cumplimiento, bien puede el asegurador sustituir la posición contractual que antes ocupaba el contratista en relación con el asegurado para terminar de ejecutar las obligaciones incumplidas.

De otro lado, el criterio de la Ley 80 es sustancialmente diferente al de la ley mercantil. La entidad pública a quien el contratista le incumple, como acreedor, tiene intactas las opciones que le brinda la *obligatio*³⁶, es decir, la posibilidad de i) insistir en la ejecución *in natura* de la prestación, en tanto esta sea posible física y moralmente o ii) pretender la ejecución por equivalente de la prestación incumplida. Así pues, en caso de que el cumplimiento del contrato esté amparado con una póliza, el acreedor (entidad estatal) podrá hacer efectiva la garantía o solicitar a la aseguradora la ejecución del contrato incumplido.

Como se observa, si se da preferencia a la legislación mercantil se cercena la facultad expresa de la entidad contratante para escoger la forma de hacer efectiva la obligatio (in natura o por equivalente); si lo contrario, es decir, si se privilegia estatuto de contratación estatal, se terminaría desconociendo la facultad del asegurador para elegir la forma de pagar la prestación asegurada.

³⁶ Para los efectos de este acápite, entiéndase por *obligatio*, el incumplimiento del contrato estatal imputable al contratista que genera perjuicios a la entidad contratante.

Invitamos pues al lector a abordar más a fondo esta discusión y a conocer las diferentes posiciones que sobre el particular existen.

Una vez ocurrido el siniestro, que en el caso del seguro de cumplimiento otorgado a favor de la administración pública, se refiere al incumplimiento contractual por parte del contratista, se faculta a la entidad estatal a continuar con la ejecución del contrato con el garante de la obligación, es decir, la aseguradora en los casos en los que el contrato se haya extinguido por terminación unilateral (Ley 80 de 1993 artículo 17) o por caducidad (artículo 18 de la misma Ley). De igual forma, la Ley 80 de 1993, en el artículo 4, numeral 1 establece que las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal exigirán al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, igual exigencia podrán hacerla al garante.

Estos artículos han causado debates y diferentes posiciones en cuanto a la supuesta facultad del acreedor del pago (la entidad estatal), para escoger la forma como dicho pago debe ser realizado. De ahí que el doctor JUAN MANUEL PRIETO³⁷, opine que la Ley 80 de 1993 le permite al acreedor escoger la modalidad de pago de su obligación, pudiendo incluso “*exigir*” a la compañía de seguros la asunción del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, pues esta operación le evita a la entidad estatal el procedimiento de apertura de otra licitación, reduciendo costos, y a su vez, en muchas ocasiones para las aseguradoras puede resultar más económico terminar la ejecución del contrato que pagar la indemnización.

Sin embargo, el hecho que la aseguradora le de el efectivo cumplimiento a los contratos asegurados, también es objeto de discusión porque ello no cabría dentro

³⁷ PRIETO, Juan Manuel. “*De las Garantías de los Contratos Estatales*”, en: La Nueva Contratación Administrativa, Bogotá D.C, Cámara de Comercio de Bogotá, 1994, p. 104 - 105.

del objeto social de las compañías de seguro. Esto lo resuelve el artículo 1110 del Código de Comercio que establece la facultad de pagar la indemnización en dinero o reparar la cosa asegurada, que en el caso en cuestión, equivale a la terminación del contrato incumplido.

Por su parte, el académico, doctor DÍAZ GRANADOS³⁸, considera que sigue siendo una facultad de la aseguradora escoger la forma de pago de la indemnización, ya que la ley no dejó dudas respecto a la posibilidad que el garante concluyera el contrato, pero para que esto ocurra debe haber un acuerdo de voluntades entre la entidad estatal y la compañía de seguros. Si bien la aseguradora puede optar por pagar la indemnización, no habría problema alguno que en concordancia con el citado artículo del Código de Comercio, ésta pueda ser pagada mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, traduciéndose en “la satisfacción del acreedor mediante la ejecución del objeto de la obligación incumplida”.

Todas estas diferencias se justifican y se aplican de forma preferencial respecto a las pólizas de seguro de cumplimiento que garantizan los contratos estatales en la medida que la Ley 80 de 1993 es una norma de carácter especial, frente al régimen general del Código de Comercio. Por ende, el criterio de la especialidad indicaría que las normas de la Ley 80 se deben priorizar por sobre las normas de la legislación mercantil.

1.4 DE LA GARANTÍA ÚNICA EN LA LEY 80 DE 1993

Una vez especificadas las características generales del seguro de cumplimiento otorgado ante entidades estatales solo resta ocuparse de los amparos que se

³⁸ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. *Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*, Bogotá: Colombo Editores, 1995, p. 74 - 75.

incluyen en la llamada “garantía única”, la cual no es otra cosa, sino el mecanismo de cobertura de riesgos dispuesto en su momento por la Ley 80 de 1993 para hacerle frente a los eventuales incumplimientos contractuales de los cuales podían ser víctimas las entidades estatales en su condición de contratantes.

1.4.1 Modalidades de garantía única

Antes de hablar de los amparos básicos que esta debe tener. Es preciso dejar claro que la Ley 80 previó que la garantía ofrecida por los contratistas (garantía única propiamente tal) y proponentes (garantía de seriedad de la oferta) podía consistir en una de dos modalidades: i) en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente establecidas³⁹ o ii) en garantías bancarias.

Lo anterior se dispuso así en atención a la presencia permanente de riesgos contractuales y a la solidez de las compañías aseguradoras y las entidades bancarias, las cuales cuentan con la inspección y vigilancia por parte del Estado.

Estas dos formas de garantía de los contratos estatales cubren todos los riesgos que se presenten y que estén relacionados con todas las obligaciones contractuales, exceptuándose la responsabilidad civil extracontractual, la cual es objeto de cobertura en póliza anexa.

Para hablar de la *Garantía Bancaria*, es viable traer a colación el Decreto 1516 de 1998, el cual estipula en su artículo primero, la posibilidad de que las obligaciones a favor de entidades estatales puedan ser garantizadas por bancos, entidades financieras y compañías de financiamiento comercial. Es de anotar, que esta clase de garantía contractual es poco usada generalmente por su alto costo.

³⁹ Nos referimos al seguro de cumplimiento otorgado a favor de entidades estatales del que se ha venido hablando.

Una breve ilustración de lo que se entiende como garantía bancaria podría ser “la asunción en forma solidaria de una obligación, por parte de un establecimiento bancario”⁴⁰. Esta garantía se constituye por medio de un documento que normalmente se exige en la práctica comercial, pero no se impide que pueda ser constituida consensualmente.

La entidad financiera pues, asume el compromiso de pagar o garantizar el pago de una suma cierta de dinero, a favor de un beneficiario, por cuenta de obligaciones a cargo de un ordenante o tercero, en caso que éstos incumplan, habiendo de por medio una duración y unas condiciones de pago determinadas.

Tal y como se enunció en la introducción de esta monografía, por ser la póliza de cumplimiento el mecanismo más usado para amparar los riesgos derivados del ejercicio contractual con las entidades estatales, se ha escogido desarrollar a fondo este mecanismo, razón por la cual no se dirá nada más sobre la garantía bancaria.

1.4.2 La póliza de cumplimiento como garantía única

La *póliza de seguro o garantía única*, de la que ya hemos venimos hablando a lo largo de este trabajo con mucho detenimiento por ser la forma de garantía más utilizada para amparar los riesgos derivados de la celebración, ejecución y liquidación del respectivo contrato estatal, consiste básicamente, en la expedición de una póliza única de seriedad de la oferta o de cumplimiento por parte de una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, la cual celebra un contrato de seguro con el contratista, quien se considera tomador del seguro en beneficio de la entidad estatal contratante, titular del interés asegurable.

⁴⁰ BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. *Las Obligaciones en el Derecho Moderno*, (Colección Profesores; N° 18), Bogotá, Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 102.

1.4.2.1 Etapas del contrato amparadas

Se denomina garantía única pues se intenta que por conducto de esta se amparen todos los posibles riesgos que se derivan de la actividad contractual. En ese sentido es preciso advertir que, la regulación sobre la misma, se divide en concordancia con las diferentes etapas de los contratos, a saber: la fase precontractual, la fase de ejecución de las obligaciones e incluso la fase poscontractual⁴¹.

Queda claro pues que, no solo los que celebren contratos con las entidades estatales deben acreditar esta garantía sino también los proponentes, cuyo amparo estaría encaminado a la seriedad de sus ofrecimientos. Y esto porque se considera que la garantía única de cumplimiento y la de seriedad de la oferta son de carácter obligatorio en los contratos estatales, debido a la urgente necesidad de velar por el interés general o público que está envuelto en ellos, así como por la protección del patrimonio público.

1.4.2.2 Modificaciones a la póliza de cumplimiento

Otro punto a tratar es el referido a las modificaciones de la póliza. Hay casos en que se aumenta el valor del contrato o se prorroga su vigencia y al momento de ocurrir este tipo de eventos, así mismo, deberá extenderse o prorrogarse la garantía e igualmente tendrá que reponerse si el valor de la misma se ve afectado por la ocurrencia de siniestros. Esto no es más que la consecuencia del carácter accesorio de la póliza en relación al contrato celebrado entre la entidad estatal y el contratista.

⁴¹ La fase precontractual a través de la garantía de seriedad de la oferta; la postcontractual, a través del amparo de estabilidad de la obra, por ejemplo.

Lo anterior tiene una finalidad vital, cual es la real y efectiva salvaguardia del patrimonio público o estatal mediante el acatamiento de la totalidad de las obligaciones que surgen dentro de los diferentes contratos estatales.⁴²

1.4.2.3 Críticas a la garantía única

No obstante lo mencionado hasta aquí, la doctrina ha encontrado ciertas flaquezas en la garantía única. Tal es el caso del Doctor ANTONIO PABÓN SANTANDER, para quien las ventajas de la garantía única son relativa y parcialmente ciertas, pues a su juicio, se trata del otorgamiento o suscripción de una sola póliza pero que “desde ningún punto de vista aporta ventajas económicas al contratista, puesto que en materia de cálculo y cobro de la prima, la compañía de seguros se limita a calcularla independientemente para cada riesgo amparado, de la misma manera que lo haría como si se le solicitaran pólizas independientes”⁴³.

1.4.2.4 Amparos en la garantía única

El artículo 16 del Decreto 679 de 1994, el cual reglamenta el artículo 25 de la reformada Ley 80 de 1993, habla sobre la garantía única y dice que “tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales por razón de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales”⁴⁴.

Nos preguntamos entonces ¿quién define si la garantía única ofrecida por el contratista se ajusta a la normatividad? Es a la entidad estatal a la que le

⁴² Ver Decreto 679 de 1994, artículo 17.

⁴³ PABÓN SANTANDER, Antonio, “*El Siniestro en la Garantía Única de Cumplimiento dentro del marco de la Ley 80 de 1993*”, en: Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, N.º. 93 (dic. 1997), p. 51.

⁴⁴ Ver Decreto 679 de 1994, artículo 16.

corresponde revisar la idoneidad de la garantía prestada por el contratista; debe revisar no solo que esté en armonía con el respectivo contrato sino también que contenga los amparos necesarios. La garantía única ampara entre otros riesgos, el cumplimiento del contrato, correcta inversión del anticipo, pago de salarios, prestaciones sociales, estabilidad de la obra y calidad del bien o servicios.

Por ello entonces, es que en el artículo 67 del mencionado decreto se expone una lista de garantías que debía prestar obligatoriamente el contratista que se toman hoy como las clases de amparos de una póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales:

1.4.2.4.1 Garantía o amparo de seriedad de la oferta: Cubre a la entidad estatal del incumplimiento del proponente de las obligaciones contractuales, especialmente, de la suscripción del contrato en los términos objeto de la licitación. Por esta razón, se dice que esta garantía opera antes del perfeccionamiento del contrato como un requisito precontractual para garantizar su suscripción y el término de vigencia debe ser mínimo al del tiempo que transcurre entre la presentación de las propuestas y la adjudicación del contrato.

Se tiene entonces, como finalidad principal de la garantía de seriedad de la oferta, la consistente en que los sujetos proponentes que participan en la licitación presenten ofertas serias y de esta manera, en el evento en que se adjudique el contrato a uno de ellos y no cumpla con la suscripción del mismo, se le puede pedir a la compañía de seguros, quien actúa como garante, la indemnización correspondiente.

De hecho, el artículo 30 numeral 12 de la Ley 80 establece:

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por

la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

1.4.2.4.2 Garantía o amparo del buen manejo del anticipo: Esta clase de amparo se encarga de cubrir a la entidad contra el uso o apropiación indebida que el contratista haga de los dineros y bienes dados anticipadamente para la ejecución del contrato. En la Ley 80 de 1993 (artículo 40) se estableció que cualquier anticipo no podría ser superior al 50% del valor del respectivo contrato.

Aunque muchas veces se asemejen los términos de anticipo y pago anticipado, la doctrina ha considerado algunas diferencias, ya que, en el anticipo las sumas que se entregan al contratista son en calidad de préstamo, por lo que el dinero sigue siendo de la entidad estatal respectiva y lo que se busca con el amparo es asegurar que el monto entregado se invierta en los gastos para los cuales ha sido solicitado, además se amortiza por el contratista en cada cuenta en la proporción que vaya ejecutando el contrato.

Por otra parte, en el pago anticipado, el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada; por ello se dice que es un verdadero pago en su favor y solo se hacen las debidas retenciones que ordene la ley por concepto de los impuestos que graven dicho ingreso. Por tratarse de un pago anticipado, el contratista no tiene que reintegrarlo a medida que ejecute el contrato, pues la garantía tiene como objetivo principal no la correcta inversión del dinero, sino la recuperación del valor pagado en el evento de que ocurra un incumplimiento por parte del contratista.

La cuantía asegurada es equivalente al 100% del valor del anticipo o del pago anticipado y el tiempo de vigencia no se encuentra en la ley. Sin embargo, varios autores coinciden con el tratadista, doctor DÁVILA VINUEZA, quien opina que la vigencia de este amparo es igual al término de amortización total del anticipo,

pues una vez se amortiza éste en su totalidad, deja de existir el riesgo consistente en la utilización indebida del mismo⁴⁵. Pero en el caso de pago anticipado, el doctor PINO RICCI⁴⁶ aclara que la vigencia debe ser el plazo entre el contrato y la liquidación de éste, pues el riesgo del incumplimiento de la obligación a cargo del contratista sigue vigente hasta la finalización del contrato.

1.4.2.4.3 Garantía o Amparo de Cumplimiento: Es el amparo encargado de cubrir a la entidad estatal contra el riesgo del incumplimiento contractual que puede ser total, parcial o tardío.

Se ha discutido ampliamente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, si el amparo comprende además, el valor de la cláusula penal pecuniaria y multas ocasionadas por el retraso del contratista, incluyendo los perjuicios adicionales que se puedan ocasionar. Adviértase que el máximo juez de lo contencioso administrativo ha variado su jurisprudencia. De este punto, nos ocuparemos en el Capítulo II de la presente monografía.

1.4.2.4.4 Garantía para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones: Cubre a la entidad estatal contra el incumplimiento de las obligaciones laborales a las que se obliga el contratista con sus trabajadores para la ejecución del contrato, es decir, que garantiza el pago de prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones del personal que el contratista emplee en el país para ejecutar el contrato.

Este amparo es muy común solicitarlo en los contratos de construcción de obra y de prestación de servicios, en los que el contratista necesite a terceras personas

⁴⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal: Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, 2da edición, Bogotá: Legis, 2003, p. 365- 366.

⁴⁶ PINO RICCI, Jorge. *Régimen de Contratación Estatal*, 2da edición, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 122-125.

para el cumplimiento del mismo. Y esto tiene íntima relación con el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece la solidaridad por las obligaciones en favor de los trabajadores, entre el dueño de la obra y el contratista en el caso en que las labores normales del primero se encuentren relacionadas con el servicio u obra ejecutada.

Aunque se trajo a colación la disposición del Código Sustantivo del Trabajo, en el caso de los contratos estatales no es necesario entrar a cuestionarse caso por caso si se da la relación de la labor contratada con la actividad normal de la entidad estatal porque en el Decreto 679 de 1994, se estableció en forma imperativa que esta garantía debe ser constituida en la totalidad de los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los que se empleen terceros, esto en razón al interés general que buscan en todo momento las entidades públicas, para quienes es de suma importancia, la protección de su patrimonio estatal en el evento en que tuviera que responder por las obligaciones laborales que incumpla el contratista.

El tiempo de vigencia de este amparo se establece en razón a la prescripción de las obligaciones laborales que es de tres (3) años contados a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, se volverá en el capítulo III, momento en el cual presentaremos nuestra crítica al respecto.

1.4.2.4.5 Garantía o amparo de calidad del bien o servicio y de correcto funcionamiento de los equipos: Cubre a la entidad contra el incumplimiento de los requisitos fijados en el contrato respecto del bien o servicio.

Este amparo opera generalmente en los contratos de compraventa de bienes muebles o de prestación de servicios, asegurando todas las necesidades públicas a través del correcto funcionamiento de los equipos, y la calidad de los bienes vendidos o el trabajo que se preste a la entidad estatal.

La vigencia de la garantía debe cubrir por lo menos el lapso en que el contratista debe responder por la garantía mínima presunta por vicios ocultos, de acuerdo a los términos pactados en el contrato y a la legislación civil y comercial. En los artículos 1923 del Código Civil y 934 del Código de Comercio se consagra que este plazo equivale a seis (6) meses contados a partir de la entrega.

Este amparo expresa claramente una manifestación de las figuras del saneamiento por evicción y vicios redhibitorios consagrados en los artículos 1894 y siguientes del Código Civil, al cobijar las posibles responsabilidades que se presenten después de la terminación del contrato por el cumplimiento deficiente por parte del contratista, que pueden consistir en deterioros de la obra realizada, prestación ineficiente de los servicios contratados o vicios en los bienes y equipos suministrados.

1.4.2.4.6 Garantía o amparo de estabilidad de la obra: Esta clase de amparo tiene aplicación básicamente en los contratos de obras de construcción y consiste el amparo en garantizar el arreglo de dichas obras por deterioros o daños que las afecten después de terminado el contrato y recibidas por la entidad contratante.

El término de vigencia de dicho amparo lo determina la entidad contratante teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y lo que se ha dicho al respecto es que no puede ser inferior a cinco (5) años contados desde la entrega de la obra y la liquidación del contrato, según lo contemplado en el Decreto 679. Pero, sin lugar a dudas, no puede dejarse a un lado el Artículo 2060 del Código Civil, el cual regula:

Si el edificio perece o amenaza ruina en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario. Si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrán

lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.

Luego, si el amparo se da por el mínimo que dispone el decreto, quedaría un período de cinco (5) años sin cobertura por la póliza, lo que afectaría a la entidad estatal, pues sólo se podría hacer efectiva la garantía dentro del lapso de tiempo acordado entre el contratista y la aseguradora. Como se verá más adelante en el Capítulo III de esta monografía, esto puede ser objeto de reglamentación por el ejecutivo.

2. LAS GARANTÍAS EN LA REFORMA A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El propósito fundamental de este acápite es la comparación de las garantías en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007. Asimismo, se estudiarán algunas disposiciones que reglamentan tangencialmente el tema de las garantías en la contratación estatal, disposiciones que están contenidas en el Decreto 2474 de 2008 el cual derogó el Decreto 066 de ese mismo año.

Valga advertir al lector que el estudio comparativo se ha hecho de una forma general, toda vez que el Gobierno Nacional a la fecha no ha expedido el decreto reglamentario de las garantías, el cual se espera desarrolle suficientemente este substancial tópico.

2.1 LA PROMESA DE LA LEY 1150 DE 2007

Antes de empezar el tema de fondo del presente capítulo, es pertinente hacer ciertas consideraciones acerca de la promesa y los cambios generales que la Ley 1150 introdujo al anterior estatuto de contratación estatal.

Se comenzará entonces advirtiendo que no hay consenso entre los estudiosos del tema en cuanto a las bondades de la nueva ley de contratación pública, toda vez que ya se han pronunciado voces a favor y en contra del imperativo categórico que inspiró su creación, cual es la mayor transparencia y eficacia en los macro procesos de contratación con el Estado colombiano.

Por ejemplo, para el ex viceministro de Justicia, GONZALO SUÁREZ BELTRÁN: “el propósito de la Ley 1150 de 2007 no es de derogar la Ley 80 sino de ajustarla, con el doble cometido de hacer más transparente la contratación pública y de

mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos ejecutados a través de la misma”⁴⁷.

Para el Dr. SUÁREZ BELTRÁN, la Ley 1150 pretende encaminarse hacia una tendencia regulatoria que se evidencia en el derecho comparado en donde los procesos de selección no se edifican y se definen en función exclusiva del valor de la propuesta, sino que éstos se adecuan a la naturaleza del objeto a contratar, lo que a juicio del ex viceministro “permite lograr una mayor transparencia en procedimientos más eficientes”⁴⁸.

Por el contrario, ya hay quienes han manifestado una opinión sustancialmente diferente, entre ellos se encuentra la consultora MARÍA TERESA PALACIOS, quien sostiene:

Es un error, en mi sentir [...] pretender que el Estatuto de Contratación Estatal se diseñe con el fin de que juegue un papel de norma ‘anticorrupción’. Esta visión desvirtúa por completo la razón de ser que busca la obtención de ‘buenas ofertas’ y de ‘buenos oferentes’, es decir, propuestas de calidad y condiciones requeridas, al mejor precio, por parte de oferentes capaces, cumplidos y confiables⁴⁹.

Esta opinión es plenamente compartida por ERNESTO MATALLANA CAMACHO, abogado, especialista y magíster de derecho público Universidad Externado de Colombia, quien ha expresado:

⁴⁷ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. “Impacto de la Ley 1150 de 2007 en la Contratación Pública Colombiana: Estructura de la reforma a la Ley 80 de 1993”. [Citado: 5 de septiembre de 2008]. Disponible en: <<http://www.esseconsultores.org/mem1150/impacto.pdf>>

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 2.

⁴⁹ PALACIOS, María Teresa. “La contratación directa”, “Misión de Contratación”, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Pública, Bogotá, 2002.

En nuestro entender dicha reforma no va a lograr sus nobles propósitos, por cuanto sencillamente, las causas de la corrupción administrativa no se encontraban en la Ley 80 de 1993, ellas hay que ubicarlas en otros escenarios, probablemente uno de ellos se encuentre en el funcionamiento de las campañas políticas, tal como lo expuse en la introducción de mi libro, y en el cual afirmo como lo hacen otros autores, que el diseño de la Ley 80 es el correcto, pues permite que sea un estatuto con ánimo de permanencia debido al sustento de ser una norma basada en principios⁵⁰.

Ahora bien, al margen de las opiniones anteriormente descritas, se entrará a abordar los principales cambios introducidos por la Ley 1150 en lo que a las garantías se refiere.

2.2 LA SUERTE DE LA GARANTÍA ÚNICA EN LA LEY 1150 DE 2007

El artículo 25 de la Ley 80 en su numeral 19 establecía la obligación para los contratistas, como deudores de las prestaciones cuyo posible incumplimiento podía repercutir en una afectación al patrimonio público de la entidad contratante, de constituir a favor de esta garantía única a fin de salvaguardar ciertas contingencias que se pueden presentar en la ejecución de un contrato, como lo son el cumplimiento del mismo, el pago de salarios y prestaciones sociales, la calidad de los bienes, la estabilidad de las obras y el buen manejo del anticipo, entre otros⁵¹.

Cabe resaltar que, tal protección debe ampliarse a la seriedad de los ofrecimientos hechos, de modo tal, que los efectos de la póliza cobijasen la etapa precontractual.

⁵⁰ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. “Reforma Ley 80 de 1993/ Ley 1150 de 2007”, [Citado: 5 de septiembre de 2008]. Disponible en:

<http://www.planeacion.cundinamarca.gov.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/presentaci%C3%B3n%20novedades%20para%20el%20controlinterno%20de%20la%20ley%201150_2007.pdf >

⁵¹ Propiamente, la responsabilidad civil extracontractual no está amparada en la garantía única. De acuerdo al artículo 17 del Decreto 679 de 1994, “[...] en los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad 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 [...]”

No obstante, dicho artículo fue expresamente derogado por la Ley 1150 de 2007 (artículo 32), norma que se encargó de regular esa garantía en su artículo 7. Empero, el legislador previó la aplicación temporal de la Ley 80 en cuanto la garantía única se refiere, mientras el ejecutivo reglamente la materia. A continuación, se harán explícitos los cambios que introdujo la nueva normatividad.

2.3 ALGUNOS CAMBIOS EN CUANTO A LAS GARANTÍAS INTRODUCIDOS POR LA LEY 1150 DE 2007

La inclusión de la garantía única en su momento por la Ley 80, supuso un avance importante de cara a la protección del erario público ante los incumplimientos contractuales atribuibles al contratista. Dicho avance ameritó la necesidad de su preservación en el nuevo estatuto, sin perjuicio de la posibilidad de que se le hicieran algunos ajustes como en efecto sucedió con la Ley 1150.

Las siguientes son las características más trascendentales del nuevo estatuto de la contratación estatal en Colombia en cuanto a garantías se refiere, las cuales serán abordadas en dicho orden:

- Ampliación de las garantías
- El nuevo rol del Gobierno Nacional en la construcción de pólizas uniformes
- Fraccionamiento de las garantías por etapas o riesgo
- No obligatoriedad de las garantías
- Declaratoria de incumplimiento mediante acto administrativo
- Las multas y la cláusula penal pecuniaria

2.3.1 Ampliación de las garantías

Luego de examinar el articulado de la nueva regulación de la contratación estatal, se observa evidentemente, un afán del legislador por ampliar las modalidades de garantías. Así, se permite el uso de cauciones diferentes a las pólizas de cumplimiento y las garantías bancarias, de conformidad con lo que establecerá el reglamento, v. gr. cartas de crédito, depósitos en garantía, fiducias en garantía, garantías reales, entre otras.

Frente al tema, el Dr. JUAN CARLOS EZQUERRA P. sostiene que:

Entre las alternativas que podrían tenerse en consideración, a fin de sustituir las garantías constituidas a través de las pólizas de seguros, se pueden mencionar inicialmente las garantías de pago a primer requerimiento y las cartas de crédito stand by, usualmente otorgadas por establecimientos bancarios [...] finalmente, estarían las opciones que ofrece la fiducia, utilizada con frecuencia para la administración de parte de los recursos de contratos de obra y de concesión [...].⁵²

Es notorio pues, el avance que ha tenido el tema con la consagración de nuevas formas de respaldo de las obligaciones del contratista. Así, no entrarían como garantes, en todos los casos, en la relación contractual con el Estado, personas diferentes a las partes, como necesariamente ocurría antes, piénsese en la compañía de seguros que expedía la póliza y en la entidad financiera (banco). Ahora, el mismo contratista puede ser su garante, como ocurre en los casos en los cuales grava sus bienes en beneficio del contratante (garantías reales).

Sólo se añadirá que, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1996 se pronunció sobre la exequibilidad de la exigencia de constituir a favor del contratante una garantía, sosteniendo que:

⁵² EZQUERRA P., Juan Carlos. “Las garantías en los contratos estatales, su utilidad práctica e importancia. El propósito de las garantías y definición de las garantías admisibles por las entidades públicas”. Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Pública, Bogotá, 2002.

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 estabilidad estatal⁵³.

2.3.2 El nuevo rol del Gobierno Nacional en la construcción de pólizas uniformes

Las pólizas bajo el esquema de la Ley 80 se caracterizaban por la asimetría de sus condiciones. En efecto, el anterior estatuto de contratación no se preocupó por homogenizar las condiciones generales que las pólizas debían tener, simplemente dio unas directrices muy generales, por lo cual se encuentran marcadas diferencias entre las pólizas ofrecidas por cada compañía de seguros.

Esta situación cambiaría gracias a la Ley 1150, al delegar en el Gobierno Nacional (art. 7) la determinación de las condiciones generales de las pólizas. Es preciso advertir que a la fecha el ejecutivo no ha expedido el decreto reglamentario de las garantías, razón por la cual, las anteriores directrices de la Ley 80, continúan vigentes como se anotó atrás.

En palabras del ex viceministro de Justicia, GONZALO SUÁREZ BELTRÁN: “se habilita al gobierno para uniformar el contenido de la póliza única de cumplimiento, haciendo prevalecer la condición de “gran cliente” del Estado, evitando las asimetrías que hoy se presentan en su texto entre las diversas compañías”⁵⁴.

⁵³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 154, 18 de abril de 1996. M.P: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁴ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. *Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007*. Bogotá D.C.: Legis, 2007. p. 72.

Sin embargo, la “homogenización” puede ser conveniente dentro de parámetros de razonabilidad, esto es dejando ciertos márgenes de modificación por las partes previendo las características del riesgo del contrato; mal se haría en asegurar uniformemente riesgos muy diversos. A manera de ejemplo, el incumplimiento de ciertos contratos puede traducirse para el estado en daños materiales en sus bienes, pero de otros puede traducirse en perjuicios económicos puros; no se cubriría el riesgo de incumplimiento de uno u otro evento con una garantía homogénea en una de las dos coberturas.

2.3.3 El fraccionamiento de las garantías

Una dificultad de la Ley 80 era que impedía el fraccionamiento de la garantía única, de suerte que, en virtud de la Ley 1150 es dable la división de la garantía, en función de las diversas etapas del contrato o de los riesgos propios de la actividad.

Anteriormente, era común que en los casos de contratos de concesión que se caracterizan en términos generales por su complejidad y/o larga duración, los contratistas no pudieran conseguir en el mercado productos capaces de garantizar su cumplimiento por todo el tiempo de duración del contrato. Por esta razón, debían acreditar dicha imposibilidad aportando a la entidad contratante el certificado expedido por la Superintendencia Financiera para que de esta forma, ésta aprobara la garantía por un término inferior, siempre y cuando el contratista se obligara a obtener la prórroga de la garantía con la antelación indicada por la entidad contratante, de conformidad con el artículo 18 del Decreto 679 de 1994.

Así pues, en tratándose de proyectos complejos, la nueva ley dispone que la garantía es susceptible de fraccionarse, con lo cual se estaría garantizando una protección adecuada y pertinente para cada fase de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato.

De esta forma, la Ley 1150 promete ser un instrumento idóneo para aminorar los riesgos en grandes proyectos como por ejemplo, la construcción del Túnel de La Línea, toda vez que, la magnitud de los mismos y en atención a la práctica del mercado reasegurador en el mundo que dificulta en demasía la consecución de la garantía única para períodos de tiempo superiores a cinco (5) años, el fraccionamiento de las garantías se constituye en una solución efectiva para esos eventos.

Adviértase al lector, que este tema será retomado en el Capítulo III de la presente monografía.

2.3.4 No obligatoriedad de las garantías

Ya lo dijera el ex viceministro de Justicia antes citado, al sostener que de acuerdo al nuevo estatuto:

Se establece la posibilidad de que conforme señale el reglamento, se puedan exonerar de garantía algunos contratos en los que, en atención a su cuantía o características, resulte más eficiente para el Estado prescindir de la misma. Tal es el caso de los contratos de mínima cuantía, empréstito, seguros, interadministrativos y aquellos que señale el reglamento⁵⁵.

Salvo en los casos contemplados expresamente en la Ley 80, como lo son los contratos de empréstito⁵⁶, interadministrativos⁵⁷ y en los de seguros⁵⁸, la

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 77.

⁵⁶ Decreto 2681 de 1993, artículo 7: Son contratos de empréstito los que tienen por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago.

Los empréstitos se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos. Su celebración se sujetará a lo dispuesto en los artículos siguientes [...]

⁵⁷ Son contratos interadministrativos aquellos que celebran entre si las entidades publicas a que se refiere el Art. 2 de la ley 80 de 1993, con excepción de los contratos de seguro, encargo fiduciario y fiducia publica.

⁵⁸ Ley 80 de 1993, artículo 25 numeral 19, inciso 4.

suscripción de la póliza o el otorgamiento de garantía suficiente constituía en el marco de esa norma una obligación infranqueable en cabeza del contratista, tal situación se comprueba por los artículos 5 # 4 y 25 # 19, mientras que, a la luz de la Ley 1150, se incorpora la novedosa alternativa expresamente, de no exigir la garantía en dos eventos adicionales a los ya anteriormente indicados bajo el esquema de la Ley 80, a saber: i) en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía⁵⁹ a los que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo la naturaleza del objeto del contrato y la forma de pago y el segundo evento ii) dependerá de la reglamentación que sobre el particular expida el Gobierno.

Las garantías, en tratándose de contratación estatal, dejan de ser una obligación irrestricta para convertirse en una facultad en cuanto a su exigibilidad por la administración en ciertos casos. En ese orden de ideas, se levanta dicha exigencia universal que tanto encarecía los procesos. Ahora, dependiendo de la naturaleza jurídica del negocio a celebrar, su cuantía y complejidad, es perfectamente viable la supresión de la garantía, haciendo más expedita la contratación pública.

Al menos esa es la promesa de la Ley 1150 en relación a este novedoso principio de la no obligatoriedad de las garantías. Está por verse que el Gobierno Nacional haga un uso razonado de esta cláusula general reglamentaria⁶⁰ y efectivamente señale criterios adecuados para eximir a los contratistas de la obligación de otorgar garantías, obligación que en muchos casos hace menos eficientes los procesos de contratación con el Estado debido a los altos costos que ello supone para los contratistas.

⁵⁹ Ley 1150 de 2007, artículo 7 inciso 5 en concordancia con el artículo 2 ídem.

⁶⁰ Nos referimos específicamente a la expresión contenida en el inciso quinto del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 que reza: “[...] así como en los demás que señale el reglamento [...]”. (subrayas fuera del texto).

Y es que la legislación de Colombia estaba en mora de conceder espacios para la exoneración del otorgamiento de las garantías, en los cuales se evidenciara que éstas no eran necesarias, eso sí, bajo condiciones objetivas y no meramente potestativas de la administración, como pueden ser ciertos criterios de identificación y valoración de los riesgos. Es por eso que, el papel del ejecutivo en este punto es exigente y se espera de él la elaboración de un reglamento en el cual la eficacia de la ejecución de los contratos no dependa inexorablemente de la existencia de pólizas de seguros o de garantías⁶¹.

Dos comentarios adicionales: el primero de ellos es que por medio de la Sentencia C-154 de 1996, la Corte Constitucional decidió sobre la exequibilidad de la excepción de la Ley 80 a propósito de la no obligatoriedad de las garantías en ciertos contratos:

Cuando la norma acusada exonera al contratista en el contrato de seguro, de otorgar la garantía única, lo mismo que a los contratistas en los contratos de empréstitos e interadministrativos, tiene en cuenta las condiciones relevantes que presentan los garantes, ya expuestas de manifiesto anteriormente, las cuales no se dan en relación con los contratistas de otros contratos y que llevó al legislador a darles un trato diferencial que es objetivo, razonable y proporcionado.

⁶¹ Sobre el particular ver SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. “Impacto de la Ley 1150 de 2007 en la Contratación Pública Colombiana: Estructura de la reforma a la Ley 80 de 1993”, [Citado: 5 de septiembre de 2008]. Disponible en: <<http://www.esseconsultores.org/mem1150/impacto.pdf>>: “[...] De otro lado, cuando se comparan los precios de productos de común uso en el mercado, aparece como evidente la existencia de un sobrecosto asociado a la compra pública. Una respuesta apresurada podría llevar a atribuir a esa situación a prácticas contrarias a la moralidad pública. El análisis un tanto más tranquilo podría descubrir una realidad diferente, cual es la de encontrar que quien le vende a la administración debe sufragar costos adicionales a aquellos en los que debe incurrir un particular para hacer lo propio. En la remuneración de esos costos se encuentran los registros obligatorios (RUP y SICE), las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento, la compra de los pliegos de condiciones, la demora misma de los procesos de selección (que traslada al proveedor el riesgo de volatilidad en el precio del producto), y la mora en el pago que por desventura ha hecho carrera, en lo que un ilustre tratadista denominara el empréstito forzoso de los contratistas para con el erario público [...]” (subrayas fuera del texto).

El segundo comentario es que la Ley 80 de 1993 (artículo 25 # 19) contempló la posibilidad de exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado del otorgamiento de las garantías, siempre que mediante resolución de parte de la entidad pública contratante, se justifique tal decisión en razón del objeto, cuantía, modalidad del contrato y características específicas de la organización de que se trate.

La Corte Constitucional en Sentencia C-949 de 2001 declaró la constitucionalidad de esta disposición argumentando que:

La exoneración de la cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías contractuales, constituye una medida razonable del legislador por las siguientes razones: [...] se trata de una medida discrecional de la administración, no de una imposición del legislador; [...] se establece un parámetro material al ejercicio de esta competencia; [...] se exige una determinación así se adopte mediante resolución motivada, lo que permite que los interesados que estén inconformes puedan impugnar la medida e incluso acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si es el caso⁶².

La excepción en otorgar garantía en el caso de las cooperativas, fue eliminada con la expedición de la Ley 1150 de 2008. Por tanto, la naturaleza jurídica de estas entidades ya no les alcanza por si misma para permitirles excepcionar la regla general según la cual “los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos”. Luego, salvo que en un caso concreto se den los presupuestos que fijará el Gobierno para la no obligatoriedad de la garantía, las cooperativas no estarán ya exoneradas de su otorgamiento.

2.3.5 Declaratoria de incumplimiento mediante acto administrativo

⁶² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 949, 5 de septiembre de 2001. M.P: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

El texto de la Ley 1150 (artículo 7) sobre el particular es el siguiente: “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”.

De acuerdo al Dr. SUÁREZ BELTRÁN, en aras de dar solución a algunas dificultades hermenéuticas suscitadas en vigencia de la Ley 80, la nueva ley expresamente prescribe que la entidad estatal declarará el incumplimiento mediante acto administrativo, “lo que desde luego rodea tal declaración de la presunción de legalidad que les es propia a los actos administrativos, de la que se sigue su imperioso obediencia dada la fuerza ejecutoria que lo rodea”⁶³.

Conviene entonces referirnos a los problemas interpretativos de los cuales habla el autor mencionado en el párrafo anterior, no sin antes hacer una breve referencia a las potestades extraordinarias que tiene la administración pública en cuanto a la fijación de ciertas cláusulas excepcionales.

Del poder de dirección y control del contrato por parte de la entidad pública

Ciertamente, en atención a la prevalencia en materia de contratación estatal, del interés general, representado por la entidad pública contratante, por sobre el interés individual del contratista, la ley ha dispuesto la incorporación de cláusulas excepcionales al derecho común. En ese sentido, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 prescribe:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos

⁶³ SUÁREZ BELTRÁN. “Reforma al Estatuto General...”, op. cit., p. 73.

a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado [...]

Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación⁶⁴, interpretación⁶⁵ y modificación⁶⁶ unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad⁶⁷ en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

*Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.
En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente [...]*

⁶⁴ Artículo 17 Ley 80 de 1993. De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- <Aparte subrayado del numeral 2 CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato [...]

⁶⁵ Artículo 15 *Ibíd.* De la interpretación unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

⁶⁶ Artículo 16 *Ibíd.* De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios [...]

⁶⁷ Artículo 18 *Ibíd.* De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre [...]

De la lectura de este artículo se sigue que, las llamadas cláusulas excepcionales son de inclusión obligatoria en cuatro contratos y facultativa en otros dos. Adicionalmente, en el primer evento, es decir, cuando son obligatorias, la ley llena el silencio de las partes al incorporarlas automáticamente.

2.3.5.1 El panorama de la declaratoria del incumplimiento en la Ley 80

Durante la vigencia de la Ley 80 se habían presentado ciertas discusiones sobre la posibilidad de que la administración pública profiriera actos administrativos mediante los cuales declarara la ocurrencia del siniestro.

Es preciso aclarar que, los debates se jugaron a dos niveles, esto es, tanto en el caso de la garantía de seriedad de la oferta como en el caso de la garantía única, propiamente tal, es decir, la que cubre el siniestro de incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En relación a la garantía de seriedad de la oferta, el artículo 30 numeral 12 de la Ley 80 prescribe que:

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

Aquí el siniestro ocurre cuando el adjudicatario no celebra el contrato. Siguiendo a ANDRÉS MUTIS VANEGAS y ANDRÉS QUINTERO MÚNERA⁶⁸, desde el punto de vista probatorio, a la entidad pública le bastaría afirmar que el adjudicatario finalmente no celebró el contrato en el momento acordado, en la medida que ello

⁶⁸ MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MÚNERA, Andrés. “La contratación Estatal, Análisis y Perspectivas”. Bogotá. Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana, 2000. p. 243. (colección profesores, No 28).

constituye una negación indefinida, con lo cual, la carga de la prueba se traslada al adjudicatario. Asimismo, estos autores expresan que no es necesario que la entidad pública expida un acto administrativo mediante el cual se deje constancia de la no celebración del contrato. En el evento en que la aseguradora no aceptase la reclamación, la entidad pública podría acreditar la ocurrencia del siniestro de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio.

Por el contrario, hay quienes consideran que:

La administración se encuentra plenamente legitimada para cobrar la indemnización al asegurado y por ello deberá proferir un acto administrativo mediante el cual declare el siniestro amparado y ordene al garante el pago de la suma asegurada. Es, en este caso, muy sencillo establecer cuando ocurre el siniestro puesto que el contratista escogido tiene un plazo para la celebración del contrato. Si esta no se realiza dentro de ese término habrá siniestro [...]»⁶⁹.

Las opiniones antes transcritas, a nuestro juicio, son una muestra de que no era claro, bajo el esquema de la Ley 80, si en relación a la garantía de seriedad de la oferta, la entidad pública podía acudir a un acto administrativo para declarar el siniestro.

En el ámbito de la garantía única, el siniestro de incumplimiento se materializa cuando el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato.

Respecto de la facultad de la entidad pública para declarar el siniestro de incumplimiento de cara hacer efectiva la garantía única, es preciso advertir que, había un caso que no generaba controversia alguna, toda vez que la ley

⁶⁹ PABÓN SANTANDER, Antonio. El siniestro en la garantía única de cumplimiento dentro del marco de la Ley 80 de 1993. En: Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. No. 93 (dic. 1997); p. 51.

expresamente regulaba el tema. Nos referimos a la cláusula de caducidad del contrato.

En efecto, cuando la entidad pública contratante declaraba el incumplimiento a través de un acto administrativo haciendo uso de la cláusula excepcional de caducidad, no había dudas sobre su legitimación para el efecto, comoquiera que, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993: “La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

El problema radicaba en los demás eventos, en los cuales el incumplimiento del contrato no derivaba en la caducidad del mismo, ya que la Ley 80 dejó lagunas y no era claro, cómo la entidad pública debía manifestarse en esos eventos. Nos referimos la modificación y la interpretación de cláusulas contractuales y la terminación unilateral del contrato.

¿La declaratoria mediante acto administrativo de la modificación, la interpretación de cláusulas contractuales y la terminación unilateral del contrato, a su vez configuraban el siniestro de incumplimiento?

La respuesta a esta preguntaba dependía de la postura que se siguiera, por lo tanto, en este punto del análisis, es necesario, anunciar las posiciones enfrentadas: de un lado, estaban i) quienes opinaban que salvo el caso de la declaratoria de caducidad del contrato, no le era dable a la administración declarar el siniestro de incumplimiento⁷⁰ mediante acto administrativo, debiendo en consecuencia, atender lo regulado por el artículo 1077 y 1080 del Código de Comercio, es decir, que la administración, debía proceder a formular la reclamación a la aseguradora ante la imposibilidad de declarar por sí misma el

⁷⁰ Nos referimos en las demás cláusulas excepcionales, a saber: terminación unilateral, modificación e interpretación.

siniestro en los demás eventos; de otra parte, ii) quienes consideraban que en virtud de la *potestad de "autotutela"*, la administración pública estaba plenamente facultada para que en virtud de un acto administrativo declarara el siniestro del incumplimiento.

Para los defensores de la primera postura, no se discutía que la ley le permitía a la administración pública actuar como juez en los contratos que la rigen para: interpretar, modificar, terminar y establecer la caducidad del contrato unilateralmente. Sin embargo y teniendo en cuenta el principio de legalidad según el cual "la administración puede actuar siempre y cuando se lo permita una norma", ésta, so pretexto del ejercicio de la *potestad de autotutela*, no podía hacer manifestaciones unilaterales de voluntad que resultaran en un menoscabo de los derechos del contratista o de sus garantes, cuando la ley no le otorgue expresamente una competencia para ello.

En conclusión, bajo el esquema de la Ley 80, y de acuerdo a:

Una interpretación legal restrictiva sólo habrá siniestro tratándose de caducidad, de esta forma, habiéndose incumplido el contrato, la entidad estatal al no tener competencia para emitir un acto administrativo declarando el siniestro, deberá formular ante la aseguradora una reclamación en concordancia con el artículo 1077, utilizando cualquier medio probatorio con el fin de establecer la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida [...] ⁷¹.

En caso tal de que la reclamación no fuera aceptada por la aseguradora, la vía judicial se constituía en la adecuada para definir si hubo o no configuración del siniestro (incumplimiento contractual por parte del contratista) y para determinar el

⁷¹ MARROQUÍN GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ, Angela María. *Jurisdicción competente para conocer derivadas de las controversias derivadas de las garantías de los contratos estatales*. Trabajo de grado para optar por el título de abogado, 2003, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, p. 97.

monto de los perjuicios causados. El juez competente era aquel que conocía del contrato estatal-principal.

Como se anotó, sobre el tema no había unanimidad y por el contrario, la Jurisprudencia del Consejo de Estado dejaba entrever una postura sustancialmente diferente:

[...] ¿Cuándo nace la obligación de indemnizar por parte del asegurador? Es decir: ¿A partir de cuándo es exigible por la administración al asegurador el pago de la acreencia?

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 firme⁷².

Para esta corporación era claro que la entidad pública, mediante el acto administrativo que declaraba unilateralmente el siniestro, no sólo establecía la existencia del mismo, sino que además, definía la cuantía del riesgo asegurado en aras de hacer efectivas las garantías para lo cual no requería la aquiescencia de la aseguradora ni de acudir al juez del contrato. Lo anterior, se fundaba en la fuerza ejecutoria y en la presunción de legalidad del acto administrativo que técnicamente materializaba el siniestro.

El máximo juez de lo contencioso administrativo ha dicho:

El Estado beneficiario de una garantía no tiene que asistir ante el asegurador y requerirlo para que lo indemnice; ni tampoco tiene que asistir, obligatoriamente, ante el juez para que le reconozca su derecho a indemnización, porque la ley le dio competencia para reclamar, como ya se dijo, administrativa y extrajudicialmente, es decir mediante acto administrativo. Por ello es que la objeción de los aseguradores respecto a la

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. 12 de octubre de 2000. Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez. Expediente: 18604. Bogotá: El consejo.

reclamación del Estado, generalmente, se logra mediante el ejercicio de los recursos de vía gubernativa. Así las cosas la obligación de indemnizar por parte del asegurador, cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, se hace exigible cuando el acto administrativo que reconoce la existencia del siniestro está en firme⁷³.

A juicio del Consejo de Estado, las entidades estatales podían declarar directamente la ocurrencia del siniestro sin intervención de la aseguradora ni del juez:

Es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias de la administración, toda vez que las garantías no son una pena convencional porque su función no es la estimación anticipada de perjuicios que pudiera sufrir la administración con la inejecución del contrato o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del contratista, como tampoco es un medio coercitivo para apremiarlo. Su función es, como ya se dijo, salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la administración frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista [...]

De manera que la administración pública al celebrar contratos con los particulares (siempre para la satisfacción del interés público) actúa revestida de las prerrogativas que ordinariamente ostenta en el ejercicio de sus funciones, de las cuales no se despoja en la gestión contractual; privilegio que no tiene su fundamento en la lex contractus, ni en la naturaleza intrínseca del contrato administrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al imperium del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas. Si el fin de todo contrato estatal es el interés público (art. 3º ley 80 de 1993) tiene justificación esta supremacía frente al interés privado que persiguen los particulares que negocian con el Estado; de ahí que esté dotada de diversos instrumentos que le permitan asegurar la realización de sus fines institucionales, tal como la decisión unilateral y ejecutoria en la cual ejerce directamente las potestades y derechos derivados de la ley y del contrato.

La llamada potestad de autotutela declarativa se materializa en actos administrativos que como tales gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para el contratista, quien si está inconforme con ellos tiene la carga de impugnarlos, ya sea ante la misma administración, ya sea ante el juez del contrato. Este principio se encuentra consagrado con carácter general en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo y constituye la prerrogativa de poder público que por excelencia tiene la

⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. 12 de julio de 2000. Consejera Ponente: Dra. Maria Elena Giraldo Gómez. Expediente: 16669. Bogotá: El consejo.

administración en todas las relaciones jurídicas en las que es parte, tanto en las de naturaleza extracontractual como en las contractuales, en las cuales se aplica en virtud del art. 77 de la Ley 80 de 1993 que expresamente incorpora a la gestión contractual pública las normas que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Vale la pena aclarar que este privilegio tiene un contenido eminentemente formal, en tanto incide exclusivamente en el ejercicio de las potestades y derechos de la administración, ya que exige a las entidades públicas de la carga de acudir a la justicia administrativa para obtener el reconocimiento y efectividad de sus pretensiones, sin afectar las reglas de fondo propias del contrato y permaneciendo inalterables los principios y las normas que gobiernan las relaciones jurídicas contractuales⁷⁴.

Más adelante en ese mismo fallo, el Consejo de Estado advierte:

Quedó aclarado antes que la cláusula de garantía es obligatoria en los contratos estatales por mandato de la ley. De igual forma se fundamentó por que la administración puede declarar el siniestro unilateralmente y cobrar en forma directa el seguro [...]

En cambio, en el campo de la contratación estatal no existe la objeción del asegurador en relación con la reclamación del asegurado, la cual se manifiesta con la expedición de un acto administrativo (unilateral), en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente. En otras palabras, el acto administrativo es la prueba de la realización del riesgo y el ejercicio del poder decisorio y previo de la administración, el cual si bien es un privilegio para ella, 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.

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.

En tales condiciones, no tiene ningún sentido seguir sosteniendo tal como lo hace el demandante, que es el juez del contrato quien debe verificar la ocurrencia del siniestro y a quien le corresponde determinar el

⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. 24 de mayo de 2001. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 13598. Bogotá: El consejo.

*incumplimiento de las obligaciones aseguradas a través de una garantía o póliza de seguro.*⁷⁵

Se han ilustrado pues las dificultades interpretativas que en vigencia de la Ley 80 existían en relación a la configuración del siniestro, lo que llevó a algunos a defender la autotutela del Estado para la declaración del riesgo asegurado por sí mismo en cualquier evento y, a otros, a cuestionar dicha facultad, en los casos diferentes a la caducidad del contrato.

A continuación, se indicará la claridad que la Ley 1150 de 2007 trae con su nuevo texto.

2.3.5.2 La fórmula de la Ley 1150 de 2007

Toda esta problemática hermenéutica, a juicio del Dr. SUÁREZ BELTRÁN, parece ser superada gracias a la nueva redacción del texto legal (art. 7 inciso 4 Ley 1150 de 2007) cuyo tenor se transcribe nuevamente: “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”. De tal suerte, resulta imperativo que el contratante informe al garante sobre el hecho constitutivo del siniestro en cualquiera de los casos para poder hacer efectiva las garantías.

De esta forma, la entidad contratante expedirá un acto administrativo que declare el incumplimiento del adjudicatario (no celebración del contrato) para hacer efectiva la garantía de seriedad de los ofrecimientos. Igualmente, en cualquier caso, expedirá un acto administrativo para declarar el incumplimiento del contratista de sus obligaciones para hacer efectiva la garantía única.

⁷⁵ Ibid.

Nótese como queda expresa esta amplia facultad para la administración asegurada de proferir un acto unilateral en el que declara el siniestro, el cual vincula a la aseguradora y goza de la presunción de legalidad.

2.3.5.3 Término de la prescripción en la nueva ley

Se ha dicho hasta aquí cual ha sido la claridad dada por la Ley 1150, no obstante, se hace necesario hacerse la siguiente pregunta: ¿Qué efectos tiene esta nueva regla de cara a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro?

Nos referimos a la pregunta de si la prescripción se empieza a contar desde la fecha del acto administrativo que declara el siniestro, o si por el contrario, esta empieza desde la fecha misma del incumplimiento efectivo por parte del contratista.

El artículo 1072 del Código de Comercio establece que: “se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”, que no es otro que el incumplimiento contractual de parte del contratista, es decir, cuando se concreta la materialización del riesgo. Luego, como se anotó, el siniestro en la garantía de seriedad de la oferta se da cuando el adjudicatario no suscribe el contrato, mientras que, en la garantía única se da cuando el contratista incumple total o parcialmente alguna de sus obligaciones.

Ahora bien, pareciera existir una excepción a la configuración del siniestro en materia de contratación estatal, ya que aquí se entiende causado el siniestro en virtud del pronunciamiento oficial de la entidad pública. No obstante, creemos que en atención a un ejercicio académico más profundo, es necesario detenerse en la naturaleza del acto administrativo que expide la entidad pública, para aclarar si se trata de un mero acto declarativo o si es un acto de carácter constitutivo.

Opinamos que el acto administrativo proferido por la entidad contratante, es un acto meramente declarativo que formaliza el siniestro y da cuenta que éste sí ocurrió, pero no podría entenderse que lo configura en rigor para todos los efectos, en este caso, en lo que tiene que ver con el término de prescripción, pues como se explicó, la materialización del siniestro es autónoma y obedece a la exteriorización de una serie de comportamientos activos u omisivos del contratista en relación a sus obligaciones contractuales.

De esta forma, creemos que sería conveniente que el decreto reglamentario profundizará sobre la materia, de modo tal que se estableciera claramente el contenido del acto administrativo por el cual se declara el siniestro, imponiendo a la entidad pública la carga de indicar desde cuándo se empieza a contar el término de prescripción, que no puede ser otro que a partir de la fecha efectiva del siniestro y reafirmando en todo caso que dicho acto administrativo, tan sólo declara el siniestro más no lo constituye en rigor.

Adviértase al lector que en el Capítulo III se retomará nuevamente el tema.

Adicionalmente, es preciso tener presente que el Código de Comercio establece un régimen especial de prescripción en cuanto a seguros se refiere. Así pues, el artículo 1081 ídem menciona dos tipos de prescripción: la ordinaria y la extraordinaria, las cuales se diferencian entre sí, no sólo de acuerdo al tiempo que debe mediar para que se genere el fenómeno extintivo, sino además, respecto del momento a partir del cual se empieza a contar dichos términos.

En la ordinaria, el tiempo debe empezarse a contar desde el momento en que el interesado, quien deriva un derecho del contrato de seguro, ha tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, siendo dicho término de dos (2) años.

Por su parte, en la extraordinaria, el término, que además es de cinco (5) años, empieza a contarse desde el momento del nacimiento del derecho, con independencia de cualquier circunstancia e incluso, aunque no se pueda establecer si el interesado tuvo o no conocimiento de tal hecho.

Conviene ahora precisar el alcance de las expresiones “hecho que da base a la acción” y “momento en que nace el derecho”. A juicio de la Corte Suprema de Justicia, ambas se refieren a la ocurrencia del siniestro (Ver Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 4 de julio de 1977, M.P. Dr. José María Esguerra Samper).

Al ser las expresiones antes indicadas equiparables al concepto “siniestro”, se sigue que el término de prescripción ordinaria empezaría a contarse desde el momento en que el asegurado o el beneficiario conocieron o debieron conocer el siniestro, por lo que si el conocimiento ocurrió el mismo día, desde ese momento se ha de computar el término de prescripción; por el contrario, si el conocimiento del asegurado o beneficiario acerca de la ocurrencia del siniestro se dio en un momento posterior, y no existe razón alguna para exigirles que lo hubiesen conocido antes, será a partir de la fecha de tal conocimiento cuando empiecen a correr los dos años de la prescripción. No obstante, cuando transcurran cinco años a partir de la fecha del siniestro se presenta la prescripción extraordinaria, salvo que se haya consumado previamente la prescripción ordinaria.

Así pues, creemos que estos términos, 2 años para la prescripción ordinaria y 5 años para la extraordinaria, se deben empezar a contar desde el momento efectivo en que el siniestro se materializó y no desde la fecha del acto administrativo.

Finalmente, no se debe confundir el tema la prescripción ordinaria o extraordinaria con la pérdida de ejecutoria del acto administrativo contemplada en el artículo 66

del Código Contencioso Administrativo. Al respecto, ha recordado la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto radicado No. 1999035395-2 del 20 de Agosto de 1999 que:

En el seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas, el Consejo de Estado mediante Sentencia de octubre 31 de 1994 ha señalado que en materia de prescripción deben aplicarse también las normas del Código Contencioso Administrativo, en virtud de que el título ejecutivo está compuesto por la póliza y el acto administrativo que ordena hacer efectiva la garantía, el cual debe expedirse en un término de dos años (artículo 1081 del Código de Comercio) y una vez ejecutoriada empieza a correr el término de 5 años previsto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

2.3.6 Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la Ley 1150 de 2007

Especial cambio habría sufrido el tema de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. En relación a este tema sería oportuno hacerse el siguiente cuestionamiento: ¿Pueden las entidades estatales incluir dentro del texto del contrato la competencia para declarar de manera unilateral la imposición de multas y la cláusula penal? Indíquese que al respecto el Consejo de Estado en Sentencia del 20 de Octubre de 2005, ref. 14579, determinó que en la Ley 80 no quedó prevista la posibilidad de la administración de incluir como cláusulas excepcionales las multas y la cláusula penal pecuniaria, salvo pacto expreso, pero en cualquier caso, es del resorte del juez del contrato hacer efectiva la cláusula penal en virtud de la imposición de la multa y/o de la declaratoria de incumplimiento del contrato, ya que la administración no puede hacerlo por sí misma.

De igual forma, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto del 25 de mayo de 2006, rad. 1748 advierte que la administración tiene en su favor la facultad para hacer efectiva las multas y la cláusula penal pecuniaria por acto administrativo expedido en virtud del artículo 18 de la Ley 80 (caducidad del contrato) o en los demás eventos, a través de un proceso ejecutivo ante la

jurisdicción contenciosa, lo que confirma que no es ella quien lo hace directamente.

Por su parte, la Ley 1150 en su artículo 17 establece efectivamente la posibilidad de la administración para imponer las multas pactadas en el contrato con el propósito de exhortar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, se condiciona esa atribución a una mínima manifestación del debido proceso, materializado en una audiencia previa para escuchar al contratista afectado, y adicionalmente la norma prescribe como requisito adicional que las prestaciones a cargo del contratista deben ser las únicas pendiente de ejecución. Asimismo, la administración puede declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Luego, la entidad contratante puede imponer las multas y la cláusula penal directamente, sin que sea necesaria la intervención judicial, pudiendo acudir para el efecto entre otros, a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago.

La norma dejó consignado expresamente un efecto retroactivo, en tanto, permite la aplicación retroactiva de estas facultades en los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1150, siempre que tales cláusulas se hayan contemplado en el contrato.

2.4 EXCEPCIONES A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

Expresamente la reforma, prescribe en el inciso segundo del artículo 7 que: “[...] Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral [...]”.

De esta forma, el legislador expresamente mantuvo intactas las dos excepciones a la revocabilidad de la póliza y su expiración por falta de pago de la prima. Empero, esto no es una novedad ya que el texto original de la Ley 80 de 1993 (artículo 25 # 19) estableció lo mismo en su momento.

En ese orden de ideas, cuando para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con la administración, un contratista toma una póliza de seguros con una compañía autorizada para ello, la falta de pago de la prima no genera la consecuencia jurídica, como sí ocurre en condiciones normales, esto es, la posibilidad de que la aseguradora termine unilateralmente el contrato de seguros.

Se trata de una regla a la cual le asiste sentido, toda vez que el cumplimiento del objeto contractual por parte del contratista depende en principio, de su voluntad de llevarlo a cabo y en la medida en que la constitución de la póliza es un requisito para la ejecución de las obligaciones (como se verá más adelante), el contratista pudiera tener interés en tomar la póliza para poder iniciar la fase de ejecución del contrato, pero no en pagar la prima, por lo que se podría ver inclinado a dejar de pagarla más adelante, en perjuicio de la entidad contratante.

Siendo así, se entiende por qué razón la falta de pago de la prima por parte del contratista no puede ser oponible a la entidad contratante.

Adicionalmente, es pertinente advertir que el mismo razonamiento podría utilizarse en relación al seguro de cumplimiento que ampara los contratos celebrados entre particulares. En efecto, la interpretación de que este seguro no puede ser objeto de terminación automática por mora en el pago de la prima, no es exclusiva del seguro de cumplimiento estatal, sino que ello obedece a la naturaleza misma de esta figura, sin importar quien sea la parte asegurada (una entidad pública o un particular).

Esto ya ha sido indicado previamente en otras investigaciones:

En cuanto a la prohibición de la terminación automática y la revocación unilateral del contrato de seguros, un gran sector de la doctrina considera que se trata de una disposición propia de los seguros de cumplimiento sin importar que se esté garantizando un contrato estatal o privado y ello tiene su lógica, dado que precisamente a quien menos interesa mantener el contrato de seguro es al contratista que ejecutará las prestaciones contractuales, pues en cualquier caso de incumplimiento, bien sea frente a la aseguradora o bien sea frente al contratante deberá responder con su patrimonio, en sentido contrario, a quien más interesaría mantener el seguro es al contratante afianzado, dado que es su patrimonio el que se encuentra en juego y es quien ostenta el interés asegurable, por ser el perjudicado directo en caso de un incumplimiento⁷⁶.

Es preciso ahora ocuparse del siguiente problema jurídico: ¿ocurre lo mismo cuando no es el contratista quien suspende la obligación de pagar la prima, sino el proponente, en relación a la garantía de la seriedad de los ofrecimientos hechos?

Para el efecto, se citará la posición que defiende la Superintendencia Financiera de Colombia. Para esta entidad no cabe duda que en tratándose del primer evento, es decir, cuando el incumplimiento recae en cabeza del contratista la respuesta es clara, es decir, no se afecta la estabilidad de la póliza⁷⁷.

No obstante, para la Superintendencia Financiera, cuando el no pago de la prima se da en relación a la garantía de seriedad de la oferta, la respuesta ha de ser otra, puesto que en su entender las normas de carácter exceptivo no pueden interpretarse de forma extensiva, debiéndose delimitar su alcance estrictamente a

⁷⁶ SPATH AGAMEZ, Soad, et. al., op cit. p. 72.

⁷⁷ La Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto Nro. 2001081484-2, del 12 de Diciembre de 2001, sostuvo que: “[...] el legislador instituyó el principio de permanencia de la garantía única, de tal suerte que mientras exista el contrato estatal se debe mantener hasta su liquidación y la prolongación de sus efectos. Así las cosas, se concluye que en el Estatuto de Contratación Administrativa se consagró un régimen de excepción a las reglas contenidas en los artículos 1068¹ y 1071² del Código de Comercio sobre situaciones que afectan la vigencia del seguro, el cual resulta aplicable respecto de cada uno de los riesgos que se deben amparar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del precitado decreto 679 [...]”

la literalidad de su texto, de donde se colegiría que el régimen previsto en la norma (artículo 25 # 19 Ley 80 de 1993) no se aplica a la garantía de seriedad de la oferta.

Valga advertir que el anterior concepto, lo emitió la entidad cuando estaba vigente la disposición del régimen anterior (Ley 80) que establecía: “[...] **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 [...]”. (Negrillas fuera del texto).

No obstante, con la nueva redacción propuesta por la Ley 1150 (art. 7) se zanja cualquier posible problema interpretativo que la anterior norma pudiera presentar. El nuevo texto es el siguiente:

[...] 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 [...]. (Subrayas fuera del texto).

Nótese como la nueva disposición resuelve el asunto simplemente eliminando los apartes resaltados en negrilla, que parecían circunscribir el tema a las garantías propias de la fase de celebración y ejecución del contrato, dejándose por fuera a las garantías de la fase precontractual. De esta forma, se supera el problema interpretativo que tanto chocaba a la Superintendencia, pues la llevaba a la conclusión de que una hermenéutica diferente a la norma suponía darle una aplicación extensiva a una norma restrictiva.

2.5 LA APROBACIÓN DE LA GARANTÍA ÚNICA COMO REQUISITO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

En todos aquellos eventos en los cuales el contrato estatal requiera del otorgamiento de una póliza de cumplimiento por parte del contratista, como quiera que no se encuentra dentro de las excepciones estipuladas en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80, ni dentro de la excepción adicional que contempló la Ley 1150 en su artículo 7, no puede iniciarse la ejecución del contrato hasta tanto la entidad contratante no haya efectuado la aprobación de la garantía única de cumplimiento.

En ese mismo sentido, el texto del artículo 41 de la Ley 80 indica que:

Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto. [...].
(Subrayas fuera del texto).

De igual forma, el artículo 26 del Decreto 679 de 1994 confirma lo anterior⁷⁸.

Siendo así, se observa que el tema de la aprobación de la garantía por parte de la entidad contratante como requisito de ejecución del contrato más no como requisito de perfeccionamiento del mismo, no sufre variaciones con la Ley 1150.

En este punto del análisis es pertinente hacerse la siguiente pregunta ¿qué pasa si un contrato estatal se perfecciona pero no se constituye la póliza sino meses después, aunque posteriormente se negocie con la compañía de seguros que la cobertura se retrotrae hasta la fecha de celebración del contrato estatal?

⁷⁸ Artículo 26. De los requisitos de ejecución. En desarrollo de lo dispuesto en el Art. 41 de la Ley 80 de 1993, para la ejecución del contrato se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de la disponibilidad presupuestal correspondientes. Lo anterior sin perjuicio de que se efectúe el correspondiente registro presupuestal, cuando a ello haya lugar, de acuerdo con la ley orgánica de presupuesto y sus disposiciones complementarias.

Para poder responder esta pregunta sólo faltaría tener presente el artículo 1057 del Código de Comercio que prescribe: “En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a partir de la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato”.

Ahora bien, si el contrato estatal exige la aprobación de la póliza para su ejecución, al no podersele aplicar alguna de las excepciones anteriormente descritas, se tiene que no se pueden dar las prestaciones en él contenidas, sin que previamente la entidad estatal haya emitido la aprobación de la garantía (la cual en el evento aquí planteado no se ha ni siquiera constituido) y se haya procedido al correspondiente registro presupuestal, so pena de que el funcionario que pretermite este deber legal incurra en causal de mala conducta de conformidad con el artículo el Art. 35, Numeral 1 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único).

Así las cosas, la entidad estatal contratante sólo puede aprobar la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare su cumplimiento idóneo y oportuno, y cubra los riesgos propios del contrato en los porcentajes y términos pactados⁷⁹.

Finalmente, haremos una última reflexión sobre aquella pregunta: En sentencia del 24 julio de 1998 del Consejo de Estado, bajo el radicado No. 8805, C.P. Dr. Delio Gómez, se pronunció sobre el tema de la expedición de pólizas con vigencia retroactiva, en los siguientes términos:

De acuerdo con el artículo 1054 del C.Co, por ser la futureidad e incertidumbre característica del riesgo asegurable, elemento esencial del contrato de seguro, jurídicamente no es posible expedir pólizas cuya vigencia

⁷⁹ La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República arribó a la misma respuesta mediante Concepto radicado número 80112 – 2008 EE 3362, del 30 de enero de 2008.

sea anterior a la fecha de su expedición, salvo la excepción del artículo 185 del E.O. del Sistema Financiero [...]

De esta forma, queda clara la prohibición a las compañías de seguros de celebrar contratos de esta índole con efectos retroactivos, respuesta ésta que confirma lo que habíamos indicado en líneas anteriores en relación a que, en tratándose de seguros de cumplimiento estatal, la entidad pública debe aprobar la garantía para que se dé inicio a la fase de ejecución de las obligaciones del contrato estatal.

2.6 DE ALGUNAS DE LAS REGLAMENTACIONES A LA LEY 1150

Al comienzo del presente capítulo se advirtió que en cuanto a las garantías aún está pendiente por parte del Gobierno Nacional, la expedición del decreto que las reglamentará. No obstante, ya se han expedido dos decretos desde la entrada en vigencia de la Ley 1150, a saber: el 066 de 2008 (16 de enero), derogado por el 2474 del mismo año (julio 7), cuyo propósito básicamente es la reglamentación parcial de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva se refiere.

A continuación se estudiarán algunas de las regulaciones que tienen cierta incidencia en el tema de las garantías.

2.6.1 Del fortalecimiento de los procesos de planeación – Una nueva carga para la entidad contratante

Se les ha impuesto a las entidades estatales una especial carga en la fase precontractual, que sin duda se espera que tenga efectos positivos en las etapas subsiguientes del proceso de contratación. Esta carga no es otra que la de elaborar previamente a la publicación del pliego de condiciones, un estudio anticipado y completo del proyecto que será objeto de contratación y la inclusión del mismo en los documentos que se pondrán a disposición de los oferentes.

Uno de los temas que deberá incluirse en los pliegos es el relativo a la distribución de los riesgos.

En palabras del ex viceministro de Justicia, “los pliegos de condiciones incluirán la estimación y tipificación de los riesgos previsibles. En ese sentido, las entidades contratantes deberán mejorar la calidad de los estudios previos, la que se acompaña de la obligación de publicar los estudios previos de sustento de los mismos a que se refiere el artículo 8 de la ley”⁸⁰.

No obstante lo anterior, los proponentes deberán cumplir igualmente un papel activo en la revisión y ajuste definitivo de la distribución de los riesgos en las licitaciones públicas, debiendo advertirle a la entidad contratante los posibles puntos débiles del pliego, toda vez recae en él la carga de la diligencia sobre la definición de los riesgos previsibles en atención a su condición de profesional de la actividad objeto de la negociación. Este cambio deberá ser valorado así por el juez del contrato, en los eventos en los cuales se presenten conflictos sobre la falta de advertencia de un riesgo que siendo previsible no fue denunciado por el proponente en su momento⁸¹.

2.6.2 Consecuencias de la distribución de los riesgos

De acuerdo al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007⁸², se debe incluir en los pliegos de condiciones la distribución de los riesgos en los contratos estatales.

⁸⁰ SUÁREZ BELTRÁN, “*Reforma al Estatuto General...*”, op.cit., p. 54.

⁸¹ Loc. Cit.

⁸² Artículo 4. De la distribución de los riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

Básicamente se resaltan tres importantes efectos de la introducción de esta reforma.

- a) De un lado, la distribución efectuada en el proceso de negociación corresponderá a los *riesgos previsibles* y dependerá en cada caso, de los compromisos recíprocos a los cuales lleguen las partes. De otro, los riesgos que respondan al criterio de lo imprevisible serán retenidos por el Estado (Ej. Incumplimiento, hecho del príncipe, teoría de la imprevisión)⁸³.
- b) Supresión de la garantía de utilidad⁸⁴, de la mano con el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007⁸⁵, que tanto favorecía a los contratistas.
- c) Posibilidad del garante de dimensionar más claramente el alcance del riesgo objetivo al cual se está sometiendo el contratista, a raíz de la incorporación de los estudios previos sobre la distribución del riesgo a los pre-pliegos los cuales son objeto de conocimiento público. Por ende, a los garantes se les debería exigir un mayor análisis en la suscripción de las garantías por la responsabilidad objetiva en el riesgo que asume el contratista.

Empero es necesario advertir que esta distribución se empieza a preparar desde la elaboración de los estudios y documentos previos por parte de la entidad estatal, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008⁸⁶.

⁸³ Sobre este punto ver SUÁREZ BELTRÁN, “*Reforma al Estatuto General...*”, op.cit., p. 54.

⁸⁴ Esta modalidad de garantía existió bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, pues en esta ley había una aplicación indiscriminada del principio de “equilibrio económico” que siempre favorecía al contratista. [Citado: 8 de octubre de 2008]. Disponible en: <<http://www.medellin.gov.co>>

⁸⁵ El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó la expresión contenida en paréntesis del segundo inciso del artículo 3 de la Ley 80 de 1993: “[...] Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, (además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado), colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

Es por ello que el mencionado decreto (art. 3 numeral 6) exige que dentro del contenido mínimo de los estudios y documentos previos se establezca: “[...] El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato [...]”.

Se advirtió al comienzo de este acápite que en virtud de la distribución de los riesgos, aquellos que obedecieran a la clase de los imprevisibles serían asumidos por la entidad estatal, en ese sentido, debe ésta incorporar al contenido de los estudios y documentos previos: “[...] El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular [...]”⁸⁷.

En ese orden de ideas, tanto el contratista como su garante, desde el período precontractual, conocen el panorama general de riesgos de la actividad objeto de negociación con el Estado y el contenido de la garantía que se debe suscribir.

2.6.3 Subasta inversa – No obligatoriedad de la garantía de seriedad de la oferta

⁸⁶ Artículo 3. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone [...] (Subrayas fuera del texto).

⁸⁷ Decreto 2474 de 2008, artículo 3 numeral 7.

La Ley 1150 establece las modalidades de selección del contratista⁸⁸ entre las cuales se encuentran la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.

Para los efectos del desarrollo del presente acápite sólo se mencionará a grandes rasgos las características de la selección abreviada. Esta corresponde a una convocatoria pública al igual que la licitación, la diferencia entre ambas estriba en el hecho de que las circunstancias objetivas indicadas en el artículo 2 de la Ley 1150, en tratándose de la primera, permiten acudir a procesos simplificados, es decir, que no ameritan un mayor desgaste en cuanto a la selección del contratista. En ese sentido, compartimos la opinión del Dr. SUÁREZ BELTRÁN, según la cual, lo que es exceptivo en la selección “abreviada” es el procedimiento y no la naturaleza pública y concurrencial del mismo.

La ley delega en el ejecutivo la reglamentación del procedimiento respectivo para los eventos en los cuales se puede hacer uso de la selección abreviada.

En efecto, el Decreto 066 y posteriormente el Decreto 2474 de 2008, desarrollan los mecanismos para la selección abreviada (art. 16 y siguientes Decreto 2474) los cuales son la subasta inversa, el acuerdo marco, la adquisición en bolsa de productos, proceso de menor cuantía, proceso de mínima cuantía y servicios de salud.

Antes de definir lo que se entiende por subasta inversa, es pertinente indicar cuáles bienes y servicios se pueden adquirir por ese mecanismo de contratación. Nos referimos a aquellos de *características técnicas uniformes y de común utilización*. Obsérvense los elementos que han de tener estos bienes y servicios: de un lado, su disponibilidad general en el mercado y de otro lado, la ausencia de complejidad en cuanto a su descripción se refiere, es decir, que tales bienes y

⁸⁸ Ley 1150 de 2007, artículo 2.

servicios comparten características similares con los de su tipo. De esta forma, la administración tendrá a su disposición una competencia de bienes y servicios capaces de satisfacer su necesidad, donde el único criterio o factor se escogencia será el precio (artículo 5 numeral 3 Ley 1150).

Habiendo esclarecido los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, es pertinente proceder a indagar sobre el mecanismo de subasta inversa. En palabras del ex viceministro SUÁREZ BELTRÁN: “corresponde a un procedimiento conforme al cual, en un ambiente público y concurrencial, los oferentes pueden presentar un proyecto de oferta inicial que puede ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva”⁸⁹. No es otra cosa sino, una puja dinámica entre los proponentes, puja que puede ser presencial o electrónica (artículos 18 y 23 Decreto 2474).

Expresamente, el ejecutivo facultó a la entidad estatal para definir si exige o no la garantía de seriedad de la oferta a aquellos proponentes que participen en la puja inversa (parágrafo artículo 19 Decreto 2474 de 2008). Este sería pues un evento en el cual, el Gobierno Nacional, determinó cuando no es imperativa la garantía, anticipándose de alguna manera al reglamento cuya expedición aún está pendiente y cuyo propósito específico será la regulación de las garantías, como se anotó atrás.

2.6.4 De las garantías en la adquisición en bolsa de productos

De acuerdo a lo expuesto en líneas anteriores, la bolsa de productos corresponde a uno de los mecanismos para la adquisición de bienes por parte del Estado en sede de la denominada selección abreviada. La entidad estatal que requiera de

⁸⁹ SUÁREZ BELTRÁN, “*Reforma al Estatuto General...*”, op. cit., p. 17.

algún producto que se oferte en estas bolsas, simplemente acudirá a las mismas para comprar dichos bienes a través de un proceso de naturaleza concurrencial y pública, beneficiándose de la puja a la baja entre los oferentes, quienes se tranzarán en una sana disputa hasta ofertar el menor precio, criterio de selección del futuro contratista por parte de la administración.

El literal k del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, establecía que: “La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: [...] k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas”. El numeral 1 del mencionado artículo fue derogado por la Ley 1150 en su artículo 32. No obstante, para los fines que nos interesan diremos que en desarrollo del anterior artículo, el Decreto 2503 de 2005 permitió a las entidades públicas acceder a las bolsas de productos de origen o destinación agropecuaria, permitiendo “la obtención de considerables ahorros, fruto de la competencia en un ambiente de mercado con costos de transacción reducidos”⁹⁰.

SUÁREZ BELTRÁN en su libro, ya referenciado anteriormente, deja entrever el rol que juegan las garantías en estos procesos; según este autor:

[...] la existencia de los elementos propios del funcionamiento bursátil rodeará la adquisición de esta clase de productos con características que favorecen los intereses de la entidad adquirente, tales como el hecho de que exista un mecanismo de compensación de operaciones que garantice el cumplimiento de las partes, la presencia de comisionistas profesionales que mejoren la concurrencia de oferentes y respalden la calidad de las ofertas⁹¹ (subraya fuera del texto).

⁹⁰ Ibíd. p. 27.

⁹¹ Loc. Cit.

Adviértase que cuando la entidad estatal desee comprar los productos previamente enlistados por las bolsas como susceptibles de adquisición por este medio (artículo 30 Decreto 2474 de 2008), deberá seleccionar y contratar un comisionista, para que adquiera los bienes por su cuenta. El comisionista elegido presentará garantía única de cumplimiento a favor de la entidad estatal, constituyéndose la garantía en un requisito de ejecución del contrato de comisión celebrado entre la entidad y el profesional comisionista. Obsérvese como se mantiene inmutable la sujeción de la ejecución del contrato al otorgamiento de la garantía, tal y como ocurría en la Ley 80 (artículo 41).

La anterior no es la única garantía que se debe prestar en estos procesos. A su vez, la entidad estatal prestará garantía de cumplimiento a favor del organismo de compensación de la bolsa respectiva, de tal suerte que quede amparado el cumplimiento de la negociación realizada (artículo 38 Decreto 2474 de 2008). Ahora, ¿qué tipo de garantías pueden ser? Coherentemente con lo establecido por el artículo 7 de la Ley 1150 no se limitan a pólizas de seguros y garantías bancarias, sino que pueden ser depósitos en efectivo, fiducias en garantía, endoso de títulos de alta liquidez al organismo de compensación, entre otros.

Una última garantía que se observa en relación a la adquisición de bienes en las bolsas de productos, es aquella que debe constituir el comitente vendedor de la entidad estatal a favor del organismo de compensación⁹² respectivo (artículo 40

⁹² De acuerdo con la Bolsa Nacional Agropecuaria, [Citado: 8 de octubre de 2008]. Disponible en: <<http://www.bna.com.co>>: Una Cámara de Compensación: “es una organización esencial del mercado organizado que actúa como intermediario en las transacciones de futuros y opciones, garantizando el cumplimiento de la transacción para todas las partes. Se deduce entonces que tanto los compradores como los vendedores de contratos de futuros y opciones no generan entre sí obligaciones financieras, sino entre las partes y la Cámara de Compensación. La cámara de compensación ejerce el control y supervisión de los sistemas de compensación y liquidación, garantizando el buen término de las operaciones. Dentro de las principales funciones de la Cámara de Compensación en un mercado de futuros y opciones encontramos las siguientes:

- Actuar como contraparte, siendo comprador para la parte vendedora y vendedor para la parte compradora.

Decreto 2474 de 2008). Asimismo, las entidades estatales podrán exigirle al comitente vendedor garantías adicionales, siempre y cuando justifiquen su necesidad de acuerdo al objeto a contratar y a su valor.

Para concluir este tema baste decir lo siguiente: i) el proceso de negociación se inclina a favor del postor que ofrezca en el menor precio; ii) la negociación se puede llevar a cabo bien sea presencial o electrónicamente; iii) Las inhabilidades e incompatibilidades de la contratación aplican tanto para comisionistas como para vendedores; iv) en caso de vacío normativo, el decreto remite a las regulaciones propias de cada bolsa de productos; v) se configura pues un nuevo desafío a cargo de quienes participen en estos procesos, bien sea pujando a la baja o garantizando las obligaciones de las partes, ya que se debe conocer a fondo las regulaciones, mecanismos y procedimientos de las bolsas y cámaras de compensación en aras de asegurar la celebración de un negocio o de brindar una asesoría óptima en cuanto a cubrimiento (garantía) se refiere.

2.6.5 No obligatoriedad de la garantía de seriedad de los ofrecimientos en el concurso de méritos

En el numeral 6.3 del presente capítulo se mencionó que el concurso de méritos es una de las modalidades de selección del contratista, introducida por la Ley 1150. Ahora es pertinente desarrollar un poco esta modalidad, para finalmente, indicar lo que el Decreto 2474 de 2008 dispone sobre la garantía de seriedad de los ofrecimientos.

-
- Determinar diariamente los depósitos de garantía por posiciones abiertas.
 - Liquidar diariamente las pérdidas y ganancias.
 - Liquidar los contratos al vencimiento [...]"

El artículo 2 numeral 3 de la Ley 1150 define el concurso de méritos⁹³, llamado por algunos como la contratación de “materia gris”. El concurso de méritos es un proceso de selección a través del cual las propuestas intelectuales se califican de conformidad con el criterio de la calidad y no en el precio de las mismas.

De acuerdo al artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, a través del concurso de méritos se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura.

Por su parte, el artículo 55 del Decreto 2474 de 2008 establece que la entidad pública interesada en la contratación de consultores o de proyectos, deberá definir en el pliego de condiciones el tipo de propuesta técnica que se le pedirá a los proponentes.

De otro lado, es claro que el texto de la reforma pretende premiar el talento y la experiencia de quienes participen en procesos de selección en calidad de consultores o de quienes presenten proyectos a las entidades estatales, sin que el precio sea en estos eventos factor determinante y decisivo en la escogencia del contratista.

La Ley 1150 en su artículo 5 numeral 1° consagra el principio “pasa no pasa” según el cual, “las condiciones del proponente no podrán ser objeto de calificación, sino de simple verificación, como criterios mínimos de capacidad del oferente”.

⁹³ “Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado”.

En ese orden de ideas, el concurso de méritos excepciona el principio de “pasa no pasa”, “pero referida únicamente a la posibilidad de medir los atributos intelectuales del proponente y su capacidad de resolver problemas concretos como el que la ejecución del contrato pueda suponer. De esta manera debe interpretarse en conjunto con lo dispuesto por el numeral 4° del artículo 5^o94.

Por su parte, el artículo 5 numeral 4 de la Ley 1150, establece que:

En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. (Subrayas fuera del texto)

Luego, le asiste razón a la norma descrita en tanto, se excluye el precio como factor de calificación de consultores, toda vez que “en este caso el paradigma consiste en adquirir lo mejor por el presupuesto disponible”95.

Expresamente, el artículo 74 del Decreto 2474 de 2008, facultó a las entidades estatales para abstenerse de exigir garantía de seriedad del ofrecimiento para la presentación de una propuesta técnica simplificada (PTS) a los proponentes que participen de un concurso de méritos.

⁹⁴ SUÁREZ BELTRÁN, “Reforma al Estatuto General....”, op. cit. p 35.

⁹⁵ Ibíd. p. 61.

3. POSIBLES REGLAMENTACIONES A LA GARANTÍA ÚNICA EN VIRTUD DE LA LEY 1150 DE 2007

A través de un ejercicio académico, intentaremos proponer algunos de los cambios que el Gobierno Nacional debería incluir en nueva regulación para lograr mejorar la cobertura de la garantía única y superar algunas de las problemáticas y discusiones que se han presentado a la luz de la actual normatividad que rige la materia. De esta forma, se intentarán introducir los parámetros mínimos que deberán ser tenidos en cuenta por el ejecutivo para asegurar los objetivos de la Ley 1150 de 2007 a propósito de la garantía única.

Como es lógico, las reflexiones que daremos a continuación se construirán con base en supuestos, toda vez que el legislador delegó en el ejecutivo la construcción de las condiciones generales apropiadas que las garantías deberán recoger y como se advirtió a lo largo del capítulo anterior, aún no se ha dado a conocer por parte del ejecutivo el contenido del mencionado decreto.

Así pues, el contenido de este capítulo de alguna forma, refleja las conclusiones a las cuales hemos arribado luego de estudiar el tema de la garantía única en los dos capítulos anteriores.

Al ser este capítulo el producto de la investigación de los autores y con el ánimo de no desconocer la existencia de un proyecto de reglamentación que actualmente existe sobre la materia, queremos extender una invitación al lector para que visite el sitio web: www.gobiernoenlinea.gov.co en donde podrá encontrar el mencionado proyecto.

Según se lee en el texto del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, los puntos sobre los cuales deberá profundizar el decreto reglamentario son los siguientes:

- i) “Las garantías consistirán [...] en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto”.
- ii) “El Gobierno Nacional señalará las condiciones que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales”.
- iii) “El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos [...]”
- iv) El Gobierno Nacional señalará los casos en los cuales dadas “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”
- v) “Las garantías no serán obligatorias [...] en los demás casos que señale el reglamento”

Una vez delimitado el ámbito de regulación del decreto, es preciso entonces empezar a exponer brevemente algunos de los puntos que a nuestro juicio, deberían ser objeto de tratamiento por el ejecutivo.

3.1 NUEVOS MECANISMOS DE COBERTURA DEL RIESGO

Ya nos hemos referido al particular anteriormente. El texto de la reforma permite que se usen otras figuras como garantías de cumplimiento de los contratos estatales. El decreto reglamentario podría estipular como tales, entre otras, las siguientes:

- Cartas de crédito
- Depósitos en garantía
- Fiducias en garantía
- Garantías reales
 - De la hipoteca

- De la prenda

Es importante que el decreto establezca las condiciones generales que deben reunir cada una de estas alternativas para optimizar la protección al patrimonio de la entidad estatal. Más adelante, indicaremos algunos de los parámetros que se deben tener presentes en cuanto a las garantías reales, por ejemplo.

Finalmente, nos permitimos sugerir el siguiente cambio a propósito de un nuevo rol que podría desempeñar el Fondo Nacional de Garantías. Sea lo primero indicar que la naturaleza jurídica de este Fondo corresponde a una sociedad anónima, a través de la cual el Gobierno Nacional pretende facilitar el acceso al crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas, mediante el otorgamiento de garantías.

La idea sería ampliarle las facultades al Fondo, de modo que pueda competir con el mercado asegurador, ofreciendo a estas empresas usuarias (contratistas), la posibilidad de que otorguen garantías únicas de cumplimiento de acuerdo a las exigencias establecidas por la ley, pero en condiciones económicas más favorables que las que encontrarían en las compañías de seguros. Esto, en atención a que evidentemente, las micro, pequeñas y medianas empresas no cuentan con la misma capacidad financiera de las demás empresas que contratan con el Estado, de modo que, ésta puede ser una razón que las llevan a no participar siempre de los procesos de selección, pues no cuentan con los recursos necesarios para costear los sobrecostos como lo son las garantías.

De tal suerte, con esta modificación se contribuiría a la inclusión de nuevos posibles contratistas y se ayudaría al desarrollo de este sector empresarial.

3.2 CONDICIONES GENERALES DE LAS PÓLIZAS

Como se advirtió en páginas anteriores, el Gobierno Nacional está llamado a establecer los criterios que han de seguirse para la constitución de las garantías, específicamente, las pólizas de cumplimiento, para que de esa forma se unifiquen en cierta medida los contenidos de las mismas.

A continuación, presentaremos algunos puntos que, a nuestro juicio, debieran ser reglamentados por el ejecutivo:

3.2.1 Clases, niveles de amparos y exclusiones

Comoquiera que el Gobierno Nacional debe procurar establecer las condiciones generales de las pólizas, de modo tal que se unifique el contenido de las mismas para evitar la diferencia que hay entre las pólizas expedidas por las diferentes aseguradoras, el reglamento deberá abordar el tema de las clases y los niveles de amparos mínimos que éstas deben incluir. Asimismo, deberá dar claridad sobre las exclusiones que pueden operar en los amparos.

Aquí es necesario hacer la siguiente reflexión: expresamente la Ley 1150 derogó el artículo 25 # 19 de la Ley 80 de 1993, no obstante, le concedió efectos ultractivos a la aplicación de la misma hasta tanto el ejecutivo expidiera el decreto reglamentario.

Es por ello que actualmente se sigue aplicando la norma anterior y las reglamentaciones que de ella se han hecho, como lo es por ejemplo, el Decreto 679 de 1994, que en sus artículos 16 y 17 establece los montos y vigencias mínimas de las garantías de acuerdo a cada uno de los amparos contenidos en la garantía única.

Una vez se expida el decreto reglamentario, se deroga definitivamente el artículo 25 # 19 de la Ley 80, lo que significa que, el fundamento normativo del Decreto 679 de 1994, se pierde igualmente. Se hace preciso pues, que el decreto

reglamentario se pronuncie sobre el tema, ya que es el espacio ideal, bien sea para ratificar las disposiciones del Decreto 679 en cuanto a montos y vigencias mínimas amparadas se refiere o para modificar estas reglas de acuerdo a una nueva filosofía.

Por otra parte, adviértase que hoy por hoy puede sostenerse que hay uniformidad en el tema de los amparos mínimos que la garantía única debe incluir, no obstante, en el tema de las exclusiones el tema no es pacífico, y no lo es precisamente, porque dependiendo de la compañía de seguros las exclusiones pueden variar en cada caso. Evidentemente, el tema preocupa, por lo cual, es preciso que el decreto reglamentario estableciera el régimen de las exclusiones para que de esta forma y al margen de quién sea el asegurador, se garantice una protección uniforme para las entidades contratantes.

A continuación, se mencionarán algunas reglamentaciones que el Gobierno Nacional debería tener presentes en relación a los diferentes amparos que ofrecen las garantías.

3.2.1.1 Seriedad de los ofrecimientos hechos

Una problemática que pudieran entrañar algunos procesos de selección complejos es la dilación de los mismos en el tiempo. De esta forma, es preciso incorporar los mecanismos para delimitar la vigencia de la póliza, pues de lo contrario, ésta se haría inotorgable.

De otro lado, es pertinente que el ejecutivo reflexione sobre la conveniencia de que mediante este amparo se cubran los eventos en los cuales se presente una oferta con un precio que no sea serio. Obviamente, ello implicaría imponer la carga a las aseguradoras de evaluar en cada caso la seriedad de los precios de las propuestas de sus tomadores.

Finalmente, la doctrina ha reconocido que en la garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos, no es necesario entrar a demostrar la ocurrencia de los perjuicios ni su monto, ya que una vez acaecido el siniestro, el cual en este caso lo constituye la no celebración del contrato por el adjudicatario, se hace efectiva la póliza por el valor asegurado⁹⁶.

Así pues, valdría la pena que el decreto reglamentario se pronuncie sobre el tema, con el ánimo de evitar posibles discusiones al respecto.

3.2.1.2 Buen manejo del anticipo

La doctrina hace diferencia entre anticipo y pago anticipado. Existe unidad de criterio al entender que el anticipo es un préstamo que las entidades estatales realizan a favor del contratista para invertir en la ejecución de un contrato, que debe amortizarse en cada cuenta.

Contrario al anticipo, el pago anticipado regularmente se presenta en los contratos de ejecución instantánea y, como su nombre lo dice, dicho pago implica abonar parte del valor total del contrato, que en todo caso no podrá exceder del cincuenta por ciento del valor contratado. Ello implica que su monto pasa a ser exclusivo del contratista; como tal, los dineros públicos pasarán a ser privados, lo cual permite, en consecuencia, que el contratista disponga libremente de esos dineros sin importar la destinación.⁹⁷

Por su parte, entre los elementos esenciales del anticipo, encontramos:

⁹⁶ Sobre este punto ver: HERRERA, Benjamín. Régimen de la exorbitancia. En: *“Estudios de profundización en contratación estatal”*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Cámara de Comercio de Bogotá, 1997. p. 178.

⁹⁷ José Antonio Causa, “Alcances del anticipo y el pago anticipado”, [Citado: 10 de octubre de 2008]. Disponible en: <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/21/4_ALCANCES%20DEL%20ANTICIPO%20Y%20EL%20PAGO_DERECHO_No%2021.pdf>.

- Es un préstamo que hace la entidad estatal hace al contratista.
- El préstamo tiene destinación específica, concretamente debe destinarse al gasto que demanda la ejecución del contrato.
- Como quiera que el préstamo está destinado a la inversión en la ejecución del contrato, se deduce que la figura del anticipo, en cuanto a su aplicación, es propia de los contratos de tracto sucesivo.⁹⁸

Se deduce entonces que el anticipo y pago anticipado son dos figuras jurídicas contractuales diferentes en su naturaleza y, por supuesto, en sus alcances. En cuanto a los alcances jurídicos, el anticipo mal manejado o la apropiación del mismo constituye peculado, sin importar que el contratista carezca de la calidad de servidor público, dado que la ley, para efectos de la responsabilidad penal, acude a la ficción jurídica de otorgar la calidad de servidor público a los particulares que intervienen en la actividad contractual.

Ahora bien, planteadas las diferencias entre el anticipo y el pago anticipado, es conveniente traer a colación la Resolución N° 21 de 1992 del Banco de la República, según la cual se prohíbe asegurar obligaciones dinerarias.

Basándonos en esta prohibición, surge la siguiente cuestión: ¿hasta qué punto podría asegurarse el buen manejo del anticipo si la resolución expresamente lo prohíbe?

Se deja una discusión abierta, pues el Decreto 679 de 1994, al establecer los amparos mínimos de la garantía única, se consideraría como excepción ese amparo del buen manejo del anticipo y de hecho, se aseguraría en caso de incumplimiento o mal manejo del mismo.

⁹⁸ Ibíd.

Si se entiende que tanto el pago anticipado, como el buen manejo del anticipo, son productos que ofrece el mercado asegurador, de todos modos, al considerarse el anticipo como un préstamo que hace la entidad estatal al contratista para invertir en la ejecución del contrato y la cual debe ir amortizándose en cada cuota, entonces no se considera dinero propio del contratista y por ende, debería el Gobierno Nacional pronunciarse al respecto y dejar claro que ese anticipo es susceptible de asegurabilidad, pues al realizarse un mal manejo del mismo, se constituiría un incumplimiento, acto claramente asegurado dentro de un contrato estatal.

3.2.1.3 Amparo de cumplimiento

Ciertamente, los daños patrimoniales, es decir, aquellos valorables en términos monetarios, de los cuales puede ser víctima el contratante como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, pueden derivarse tanto del daño emergente como del lucro cesante. El primero, no es más que el detrimento patrimonial efectivo sufrido, en este caso, por la entidad pública, mientras que el segundo, está compuesto por lo que deja de reportar el agente, es decir, la entidad como consecuencia del incumplimiento contractual del contratista.

Como es apenas lógico, el decreto reglamentario en aras de garantizar una cobertura más amplia para las entidades estatales, debería incluir como condición mínima en las pólizas el compromiso de las aseguradoras de asumir el lucro cesante.

En el capítulo anterior se advirtió el cambio que significó la posibilidad de que en virtud de la Ley 1150 de 2007, se habilitara a la entidad pública contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contratista en aras de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que tales cláusulas hayan sido el producto de un acuerdo de voluntades entre las partes del contrato estatal.

Igualmente, la reforma permite que las multas y las cláusulas penales se hagan efectivas directamente por la entidad estatal. No obstante, es preciso que el reglamento plantee la siguiente distinción:

En tratándose de cláusulas penales sancionatorias, es decir, de aquellas que se constituyen en una verdadera sanción ante el mero incumplimiento del contratista⁹⁹, al igual que las multas, su amparo ha de constar en uno diferente al amparo de cumplimiento, en atención a que la naturaleza de este amparo es la del resarcimiento de los perjuicios sufridos por la entidad y no incluye multas y sanciones.

En cambio, en el caso de la cláusula penal compensatoria, es decir, aquella que constituye una tasación anticipada de perjuicios, como no está sancionando el mero incumplimiento, sí resulta viable su inclusión en el amparo básico de cumplimiento, el cual como se anotó, persigue una finalidad indemnizatoria.

3.2.1.4 Amparo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones

Luego de analizar los textos de los contratos estatales se observa que en ellos se dispone respecto del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que la vigencia del mismo debe ser el equivalente a la duración del contrato estatal y tres (3) años más¹⁰⁰, lo que en principio se concatenaría con el término de prescripción de las acciones laborales.

⁹⁹ Sin que por ello se entienda extinguida la obligación principal y la incompatibilidad con la indemnización, de conformidad con los artículos 1594 y 1600 Código Civil.

¹⁰⁰ De conformidad con el artículo 17 literal c) Decreto 679 de 1994.

No obstante, nos preguntamos ¿es necesario y razonable que la entidad estatal contratante exija que se mantenga dicho amparo por un término de tres años posteriores a la terminación del contrato?

A primera vista se dirá que, parece encontrarse algún grado de coherencia en la exigencia que al respecto hacen las entidades estatales, en la medida en que la reclamación de los derechos laborales por parte del personal empleado por el contratista para cumplir el objeto contratado, puede prolongarse luego de la terminación del contrato. En ese sentido, la entidad pública debe preocuparse porque la garantía prestada por su contraparte esté vigente al momento de la reclamación.

No obstante, un análisis más cuidadoso arrojaría una respuesta sustancialmente diferente, comoquiera que este amparo se otorga bajo el sistema de ocurrencia, por lo cual, sólo se amparan los riesgos (en este caso, incumplimientos de índole laboral) ocurridos dentro de la vigencia de la póliza¹⁰¹, no siendo necesario así extender el amparo por 3 años más.

Otra buena razón para reducir la vigencia de este amparo al término de duración del contrato, y reforzar el argumento anterior, se encuentra en el fenómeno de la prescripción que opera en los contratos de seguros, la cual ha sido consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

*La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.
La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. (Subrayas fuera del texto).*

¹⁰¹ Sin importar cuando sean reclamados desde que no haya operado la prescripción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Luego, poco interesa que la garantía se mantenga vigente en la fase postcontractual (3 años) puesto que las acciones derivadas del contrato de seguros por parte de la entidad contratante, en calidad de interesada, no prescribirán sino hasta los 2 años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento o debido tenerlo del hecho que da base a la acción, que no es otro que la reclamación formal que los empleados del contratista le formulen, por lo que si la reclamación llega luego de la vigencia de la póliza (que equivaldría a la del contrato estatal) la entidad pública aún estaría protegida.

De esta forma, con la reducción de la vigencia de este amparo, no se priva a la entidad estatal de un período óptimo de protección, sino que incluso, se logra reducir los costos originados con ocasión de la celebración de algunos contratos estatales, los cuales exigen la constitución de garantías, en este caso, pólizas, que deben ser costeadas por el particular, ya que la prima deberá ser pagada sólo por el término de duración del contrato y no por tres (3) años más como actualmente ocurre.

En consecuencia, es pertinente un pronunciamiento expreso del ejecutivo en este sentido y el decreto reglamentario sería el espacio ideal para el efecto.

Continuando con este amparo, hemos identificado otro tema que igualmente ameritaría una regulación en el decreto. Nos referimos pues, a las indemnizaciones que están cubiertas, toda vez que, para algunos sólo estaría incluida la del despido injusto, nos preguntamos pues por la suerte de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ¿estaría igualmente amparada? Es importante que el ejecutivo decida

sobre su cobertura, en la medida en que, se trata de una indemnización que puede llegar a ser muy cuantiosa, lo que invitaría a una mayor protección del patrimonio de la entidad estatal.

Finalmente, sobre el tema del pago de los parafiscales, a saber: ICBF, SENA y caja de compensación familiar, el Gobierno Nacional, igualmente, debería incluir su cobertura con el presente amparo, para evitar cualquier posible exclusión de las aseguradoras en este sentido.

3.2.1.5 Amparo de estabilidad de las obras, de calidad de servicio y de calidad de bienes suministrados

Respecto a este amparo es pertinente aclarar que, por el hecho de tomar un seguro de cumplimiento con la finalidad de asegurar el cumplimiento mismo del contrato, no se están asegurando los incumplimientos ocurridos después de la entrega de la obra. Por esta razón, el decreto debe ser claro en establecer que la diferencia entre el amparo de cumplimiento y el de estabilidad de la obra, de calidad de servicio y de calidad de bienes suministrados es meramente temporal, ya que, con el de cumplimiento se pretende asegurar el incumplimiento contractual durante la etapa de ejecución, mientras que con los otros amparos se pretende asegurar un incumplimiento, pero sólo el que se detecte con posterioridad a la entrega de la obra, de los servicios o bienes a la entidad pública contratante, es decir, en la etapa postcontractual.

Específicamente, en el caso del amparo de estabilidad de la obra, como lo indicamos en el Capítulo I de la presente monografía, el ejecutivo debería asegurarse que la vigencia mínima de este amparo se concatene con la disposición de la legislación civil (artículo 2060), según la cual, el constructor responde por los vicios de la obra durante el término de 10 años siguientes a su entrega, y no por sólo 5 años como actualmente permite el Decreto 679 de 1994.

3.2.2 De la agravación del estado del riesgo

Sea lo primero recrear brevemente este tema. De acuerdo al artículo 1058 del Código de Comercio el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, luego, en caso de existir inexactitud o reticencia, la ley consagra unas sanciones que van desde la nulidad del contrato de seguro hasta la limitación en el porcentaje de la indemnización. Por su parte, el artículo 1060 ídem establece la obligación para el asegurado o el tomador de mantener el estado del riesgo y de notificar al asegurador cualquier cambio en el mismo que implique su agravación o variación de su identidad. La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato.

Nos preguntamos ahora, ¿si la falta de notificación sobre la agravación del estado del riesgo produce la terminación del contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos estatales?

Una posible respuesta indicaría que, toda vez que la Ley 80 de 1993 (hoy en día la Ley 1150 de 2007) no instituyó la excepción al artículo 1060 del Código de Comercio, como sí lo hizo en el caso de la terminación automática por mora en el pago de la prima y en la revocación unilateral del asegurador, la falta de notificación oportuna sobre agravación del estado del riesgo sí genera la terminación de la garantía única.

No obstante, alguien podría pensar que dadas las características especiales de la póliza que ampara el cumplimiento de contratos estatales, cuya finalidad es la de proteger el patrimonio de las entidades públicas y garantizar los fines de la contratación estatal y la prevalecía del interés general, aunado al hecho de que por una parte, se le impide a la aseguradora la revocación unilateral del contrato de seguro, pero por otro lado, se le permite terminar el mismo en este evento, lo

cual no parece ser del todo coherente, no es dable que se permita la aplicación del artículo 1060 mencionado en tratándose de la garantía única.

Debemos advertir que, aunque somos partidarios de la primera postura, es decir, de aquella que sugiere que ante la falta de notificación de la agravación del estado del riesgo se produce la consecuencia indicada en la legislación mercantil ya que la ley no prohibió expresamente la aplicación de esta norma, el decreto reglamentario para ahorrar eventuales debates sobre el tema, debería especificar si esta norma se aplica o no.

3.2.3 De la prescripción en la declaratoria del siniestro

En el segundo capítulo se enunció que a juicio del Dr. SUÁREZ BELTRÁN la Ley 1150 brindó una mayor claridad a propósito de la configuración del siniestro a través de su fórmula “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”¹⁰².

Sin embargo, a nuestro juicio, el término para la prescripción del siniestro se debe contar no desde la declaratoria por parte de la entidad estatal mediante acto administrativo, sino desde la fecha efectiva en que el siniestro se materializó, que no es otro que el momento mismo en que se presentó el incumplimiento, ya que el siniestro se configura cuando se da el hecho incierto y futuro y no mediante una declaratoria unilateral.

Ahora bien, en virtud de la Ley 1150 es la misma entidad contratante la que declara la configuración del siniestro, teniendo además la calidad de interesada/beneficiaria de la garantía, lo que pareciera ser problemático de alguna forma,

¹⁰² Ley 1150 de 2007, artículo 7.

pese a que ésta deba motivar su decisión al respecto. Así pues, la entidad estatal, terminaría siendo juez y parte, afectándose la neutralidad e imparcialidad.

Al margen de esta reflexión, creemos que el ejecutivo debería en su decreto reglamentario tomar las medidas pertinentes para intentar aminorar los efectos de esta disposición legal, para lo cual podría establecer una norma según la cual, si bien la declaratoria del siniestro se formalice mediante el acto administrativo, la entidad estatal estará obligada a precisar en dicho acto la fecha real en que el incumplimiento acaeció, debiendo acreditar tal suceso suficientemente en la parte motiva del acto, de modo tal que, el término de prescripción empiece a correr desde la fecha efectiva en que el siniestro (incumplimiento contractual) se presentó y no desde la fecha de expedición del acto administrativo como actualmente pareciera indicar la Ley. Esto en tanto la naturaleza del acto administrativo es declarativa del siniestro más no constitutiva del mismo, como se indicó en el Capítulo II.

3.3 CRITERIOS GENERALES PARA LA EXIGENCIA DE LAS GARANTÍAS

3.3.1 De la correcta elección del mecanismo de cobertura del riesgo

Ya se ha dicho hasta aquí algunas de las condiciones generales que deberán incluirse en las pólizas, no obstante, no se ha mencionado aún la necesidad de que el decreto reglamentario refuerce la nueva filosofía de la Ley 1150, según la cual, tanto el contratista como la entidad pública deben participar en la identificación y construcción del panorama de riesgos, de conformidad como se indicó en el Capítulo II de la presente monografía.

Así pues, se advirtió anteriormente, que la entidad estatal está llamada a mejorar los estudios previos a la celebración del contrato, de modo tal que se anticipen los eventuales riesgos a los cuales las partes se enfrentarán. Del mismo modo, los

oferentes deben coadyuvar en la elaboración de los pliegos¹⁰³, dado que por su condición de profesionales en la actividad respectiva objeto de contratación, deben poder advertir los riesgos previsibles, siendo del resorte de la entidad pública, la asunción de los riesgos imprevisibles.

En ese orden de ideas, el decreto reglamentario debería establecer aquellos criterios que les permitan a las entidades la realización de estudios previos cuidadosos y a los oferentes advertir claramente los riesgos previsibles de modo que todo ello, se refleje en la mejor cobertura de los riesgos que sobre la actividad objeto de contratación existen.

Además, el decreto debería establecer los parámetros bajo los cuales la entidad pública elegirá el mecanismo de cobertura más adecuado en cada caso.

3.3.2 Algunas exigencias sobre las garantías

Toda vez que la Ley 1150 permitió la inclusión de otro tipo de mecanismos para la cobertura de los riesgos contractuales, diferentes a la póliza de cumplimiento, ordenó asimismo al ejecutivo definir los criterios que las entidades públicas deben tener presentes a la hora de exigir las garantías.

Adviértase aquí que, del mismo modo como ocurre en las pólizas de seguros, el decreto reglamentario deberá indicar los montos de amparo y los requisitos mínimos que deberán tener las otras garantías para que su aceptación sea posible por parte de la entidad contratante.

De esa forma, podría perfectamente el ejecutivo disponer que, en tratándose de garantías reales, éstas recaigan sobre bienes que no hayan sido gravados

¹⁰³ En relación a las licitaciones (art. 4 Ley 1150 de 2007)

previamente a favor de un tercero. Igualmente, el decreto debería indicar en estos casos (garantías reales), la proporción mínima a guardar entre el valor comercial de los bienes ofrecidos en prenda o hipoteca y el valor de las obligaciones que se amparan. Así por ejemplo, que el valor comercial de los bienes dados en garantía no sea menor al 75% u otro valor determinado por el decreto, del valor del contrato garantizado.

3.4 CRITERIOS PARA EL FRACCIONAMIENTO DE LAS GARANTÍAS

En el Capítulo II de esta monografía se desarrolló el tema de la novedad introducida por la Ley 1150 en relación a la posibilidad de fraccionar las garantías de acuerdo a las etapas y los niveles de riesgos a los cuales se someten las partes en la ejecución del contrato estatal. Este tema, como se mencionó anteriormente, será de gran utilidad en los contratos complejos, como lo son generalmente las concesiones y aquellos otros, cuya ejecución se prolonga considerablemente en el tiempo.

A continuación, mencionaremos algunos de los criterios que deberá tener en cuenta el Gobierno Nacional para reglamentar exitosamente la materia:

3.4.1 Definición de contrato complejo y criterios para su identificación

El Gobierno Nacional deberá de un lado, definir el alcance del concepto de *contratos complejos*, toda vez que como se advirtió la figura del fraccionamiento de la garantía, resulta aplicable en este tipo de negocios. Asimismo, el decreto reglamentario, deberá sentar los parámetros para que tanto las entidades estatales como los contratistas, identifiquen si la operación a realizar es de esta clase o no.

A manera de ejemplo, la definición de este tipo de contratos podría asociarse a factores como, el tiempo y la cuantía del mismo, la cantidad de recursos

necesarios del contratista para cumplir con el objeto contractual (si necesita más de “n” trabajadores, una maquinaria específica, materias primas calificadas, entre otros).

3.4.2 Listado de contratos complejos

Básicamente, con la elaboración de un listado enunciativo de contratos complejos, el ejecutivo entregará algunos ejemplos de contratos que en virtud de su naturaleza se pueden catalogar como tales, facilitando a las partes del contrato e incluso a las aseguradoras, la identificación de aquellos negocios en los cuales la garantía es susceptible de división.

3.4.3 De la complejidad sobreviniente

La incorporación de este tema permitiría solucionar los casos en los cuales un contrato que en principio no era complejo, termina mutando durante la fase de ejecución de las obligaciones. Así pues, el ejecutivo establecería las reglas pertinentes en aras de definir la suerte de las condiciones del contrato que varían luego de su celebración y la incidencia que esto puede tener en relación a las garantías y la necesidad de eventualmente fraccionarlas.

3.4.4 Incorporación de liquidaciones parciales definitivas

Así mismo, la reforma debería contemplar la figura de la liquidación parcial definitiva, con base en la cual, se efectuaría una liquidación en cada una de las etapas en las que el contrato fue objeto de división, de acuerdo a los niveles de riesgo. Creemos que esta figura permitiría una separación efectiva de cada uno de los riesgos a los cuales se les ofrecería su correspondiente garantía.

Así pues, se podrían superar los inconvenientes presentados con ocasión de la ocurrencia de siniestros parciales en sede de contratos complejos, ya que los mismos, no afectarían la integridad de las garantías, al haber sido éstas

separadas. En efecto, antes de la reforma, la ocurrencia de siniestros parciales implicaba la disminución del valor asegurado, razón por la cual, el contratista debía renegociar con la aseguradora este punto, para que así la entidad pública estuviese asegurada suficientemente. De alguna forma, esto demandaba un mayor control de la entidad estatal sobre su contratista, ya que debía verificar que efectivamente éste repusiera el valor asegurado nuevamente.

La figura del fraccionamiento de las garantías supone la existencia de varias coberturas, tantas como fases o riesgos del contrato hayan, todas autónomas e independientes entre sí. Luego, las situaciones que afecten la cobertura de una etapa no implican la afectación de las demás. Así por ejemplo, en el caso de los siniestros parciales, tan sólo se haría la liquidación de la póliza respectiva, sin que se afecte el monto asegurado, ni las coberturas propias de las otras etapas. De igual forma, si no se logra contratar la póliza para la nueva fase del contrato, ello no se traduce en la afectación de la póliza de cumplimiento correspondiente a la etapa anterior, como sí ocurría antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, pues la no renovación de la póliza era entendido por la entidad pública como un incumplimiento del contratista, configurándose allí un siniestro, susceptible de ser indemnizado haciendo efectiva la póliza de la etapa anterior. De todas formas, los efectos del fraccionamiento de las garantías deberían ser aclarados por el decreto reglamentario para evitar posibles discusiones.

3.5 CRITERIOS PARA LA EXONERACIÓN DE LA GARANTÍA

De acuerdo a la Ley 1150, resulta claro que existen varios eventos en donde la exigencia de la garantía se excepciona, esos casos son los que a continuación se mencionan:

- Contratos de empréstito
- Contratos interadministrativos

- Contratos de seguro
- Contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley
- En los demás contratos que señale el reglamento.

Como se observa, los primeros tres casos, no son más que la reproducción de lo que ya había dicho la Ley 80 de 1993. El cuarto, es una novedad que la Ley 1150 incorpora expresamente y el quinto, dependerá de la reglamentación que emita el ejecutivo.

Simplemente invitamos a la siguiente reflexión: el Gobierno Nacional debe procurar hacer un adecuado uso de esta cláusula general de competencia reglamentaria, en aras de que se refleje la nueva filosofía de la reforma al Estatuto de Contratación Estatal, pues como se indicó en el Capítulo II, se busca romper con la regla general, según la cual, la garantía única es obligatoria.

Valga advertir que efectivamente, no en todos los casos su inclusión es necesaria, sino que hasta resulta adversa, ya que desmotiva o a lo sumo, hace más onerosos los procesos de contratación.

Por último, y en atención a que el objeto del decreto reglamentario sería la garantía única, es preciso que el ejecutivo recoja los dos casos de los que habla el Decreto 2474 de 2008 en los cuales no es obligatoria la garantía de seriedad de los ofrecimientos, es decir, en la subasta inversa y en el concurso de méritos, para incorporarlos al texto del decreto reglamentario y complementarlos con los demás eventos en los cuales la garantía no será obligatoria.

3.6 OTROS ASPECTOS A REGLAMENTAR

Los anteriores cinco puntos obedecen a los temas que por mandato expreso de la ley, deberán ser objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional. No obstante, creemos que el ejecutivo no se debe limitar exclusivamente a estos asuntos y que por el contrario, hemos encontrado que existen otros temas que igualmente podrían ser abordados por el ejecutivo, siendo el decreto reglamentario el espacio ideal para su discusión.

3.6.1 Regulación del clausulado de los contratos estatales

Atendiendo al objeto inmediato del decreto reglamentario, cual es la regulación de la garantía única otorgada ante entidades estatales, consideramos que la norma debería incorporar en su articulado una serie de disposiciones que de alguna forma, ordenen el contenido mínimo de la cláusula de las garantías que se pacta en los contratos estatales.

Lo anterior obedece a una razón muy simple: los mecanismos a través de los cuales la garantía única se estructura (pólizas, garantías bancarias, cartas de crédito, depósitos en garantía, fiducias en garantía, garantías reales, entre otros) son negocios jurídicos accesorios al contrato estatal respectivo, cuyo cumplimiento integral por parte del contratista amparan.

Así pues, el decreto reglamentario deberá instruir a las partes del contrato estatal sobre los elementos esenciales que deberán tener presentes a la hora de pactar la garantía única que se empleará en el contrato respectivo.

En ese sentido, el decreto reglamentario deberá ordenar a la entidad estatal y al contratista pactar una cláusula en la cual se disponga cuando menos:

- Tipo de garantía a ofrecer por el contratista.
- Amparos básicos para cada uno de los riesgos.

- Montos mínimos amparados.
- Vigencia de la garantía.
- Plazo máximo para que el contratista entregue a la entidad contratante la constancia de suscripción de la garantía (en caso de ser un contrato de seguro, deberá entregar un ejemplar de la respectiva póliza).
- Forma de aprobación de la garantía única por parte de la entidad contratante, lo cual puede ser a través de un acto administrativo.
- La obligación del contratista de entregar a la entidad contratante la constancia de cancelación de las primas (en caso de tratarse de una póliza), y el medio para el efecto (comprobante de pago, constancia expedida por la aseguradora)¹⁰⁴.
- La obligación del contratista de entregar a la entidad contratante la constancia de las renovaciones de las garantías en caso de ser necesario y el plazo máximo para ello.
- Facultad de la entidad contratante de suspender el pago al contratista, hasta tanto este no entregue las constancias de pago de las primas y/o las renovaciones de las garantías.
- La obligación de las partes de notificar a la aseguradora los cambios que se lleguen a presentar sobre el contrato, tales como, incrementos o disminuciones en su valor o prórrogas al mismo.
- La obligación de la entidad estatal de hacer revisiones periódicas sobre los avances a la ejecución del contrato, de modo tal que se evalúe parcialmente el cumplimiento del mismo por parte del contratista y por consiguiente se valore el estado del riesgo para informárselo a la aseguradora, en caso de que la garantía sea una póliza.

¹⁰⁴ Si bien por virtud de la Ley 1150 de 2007 (art. 7) la mora en el pago de la prima no genera la terminación automática del contrato de seguro, esta exigencia de acreditar el pago de la prima, le serviría a la entidad estatal para evaluar la moralidad del contratista y el cumplimiento de sus obligaciones con terceros. Asimismo, el Estado le estaría ayudando a las compañías de seguros para el recaudo efectivo de las primas, presionando a los contratistas a aportar la constancia de pago de las mismas.

3.6.2 Cambio de la estructura de las partes en el contrato de seguro

En el Capítulo I de la presente monografía, advertimos que se debía pensar en la posibilidad de modificar la estructura de la contratación de la póliza, de modo tal que, fuera la entidad estatal la encargada de tomar el seguro. Esto lo fundamentaremos en una breve crítica a la Ley 1150 como tal, referida a la posible contradicción que existiría entre el artículo 1054 de la legislación mercantil y la forma como el Estatuto General de la Contratación Pública ordena la estructuración de las pólizas de cumplimiento.

Retomando, las consideraciones que se hicieron en el Capítulo I, se tiene que el artículo 1054 del Código de Comercio consagra la definición del riesgo en los siguientes términos:

Denominase riesgo el 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. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento. (Subrayas fuera del texto).

Dicha norma, debe ser leída en concordancia con el artículo 1055 ibídem, que prescribe:

El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

Se observa pues que, el acaecimiento del riesgo no puede depender exclusivamente de la voluntad, del dolo, la culpa grave ni de los actos meramente potestativos de alguna de las partes en el contrato de seguros, ni aún del beneficiario de la prestación asegurada.

Lo anterior resulta de la aplicación general de las normas mercantiles, no obstante, pareciera ser que en el caso de las pólizas de cumplimiento estatal, se excepcionan estas reglas, ya que, precisamente lo que se asegura es el incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones contractuales que tiene a su cargo, quien a su vez, ocupa la condición de tomador dentro de la estructura del contrato de seguro, situación que no es otra que el aseguramiento de actos voluntarios, producidos como consecuencia del dolo, de la culpa o la mera liberalidad de aquél. Así pues, la naturaleza misma del seguro objeto de estudio en la presente monografía, hace necesario que se desconozca lo expresado en los Arts.1054 y 1055 del Código de Comercio.

Esta dificultad ha llevado a la doctrina a entender necesariamente al contrato de seguro de cumplimiento otorgado ante entidades estatales, como un contrato de seguros *sui generis*, pues no todas las normas generales le resultan plenamente aplicables.

De esta forma, consideramos que para evitar una posible inexistencia de los contratos de seguros de cumplimiento por falta de un elemento esencial, cual es el riesgo asegurable, se debe modificar la estructura de la póliza, de modo que no se contraríen las mencionadas normas del Código de Comercio.

Esto es generalmente aceptado por la doctrina, como es el caso del Doctor OSSA para quien es claro que el tomador debiera ser la persona natural o jurídica en cuyo beneficio se celebra el seguro de cumplimiento porque:

Éste es el titular del interés asegurable y cuyo patrimonio puede resultar afectado por la eventual inejecución (intencional o culposa) de las obligaciones a cargo del deudor afianzado. Como tal debiera aquella suscribir el seguro, declarar el estado del riesgo (la naturaleza y condiciones básicas del contrato, su término, su cuantía, la suma asegurada, los datos fidedignos sobre la solvencia profesional y financiera de la persona a quien ha encomendado la obra, etc.) y proveer a su preservación mediante la guarda de sus propias obligaciones; todo ello sin perjuicio de la función

*meramente informativa que compete al contratista interesado en el contrato principal*¹⁰⁵.

Obviamente, en caso de que se decida modificar la estructura de la póliza, ya no sería necesario incorporar a los textos de los contratos que celebra la entidad pública y el contratista, la obligación de éste de entregar las constancias de pago de las primas y las renovaciones, entre otras, pues ello quedaría en cabeza de la entidad pública como tomadora del seguro.

¹⁰⁵ OSSA G. *El contrato*, op. cit., p.475

4. CONCLUSIONES

Ciertamente, una vez el Estado escoge al contratista debe exigirle que cumpla su cometido a cabalidad, puesto son el interés general y los recursos públicos los que están de por medio en esta relación jurídica. Cuando se presenta de parte de los contratistas incumplimientos de índole contractual, se pone en riesgo el capital del Estado, se dificulta la inversión pública por la vía contractual y finalmente, se impide el desarrollo social efectivo.

La garantía única ha sido instituida como el instrumento mediante el cual el Estado protege sus intereses patrimoniales frente a los eventuales incumplimientos contractuales generados por parte de sus contratistas. Bajo el esquema de la Ley 80 de 1993, se dispusieron dos modalidades: de un lado, la garantía bancaria y de otro, la póliza de cumplimiento.

La experiencia indica que en la práctica, se ha preferido la segunda modalidad, es decir, que ante la obligación del contratista de ofrecer una garantía de cumplimiento a su contraparte, se ha optado generalmente, por acudir a las compañías de seguros para suscribir allí un contrato de seguro de cumplimiento cuyo beneficiario es la entidad pública.

El seguro de cumplimiento que respalda el cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de la celebración de negocios jurídicos con la administración pública, constituye una especial categoría dentro del mercado asegurador, toda vez que en virtud de la normatividad aplicable al mismo, se excepcionan algunas disposiciones generales de la ley mercantil, como lo son, la revocatoria unilateral y la terminación automática por mora en el pago de la prima, por tan solo mencionar algunos ejemplos. De esta suerte, el seguro de cumplimiento, como se indicó, comporta una naturaleza sui generis.

Tal cual se mostró en la presente investigación, el desarrollo del seguro de cumplimiento debe mucho a los esfuerzos y necesidades del sector público por reglamentar la materia. En nuestro país, fue este sector, quien ha lo largo de la historia, ha impulsado el desarrollo de este seguro.

La filosofía de la garantía única desde la Ley 80 e incluso hasta la actualidad, es permitir amparar a las entidades estatales todos aquellos incumplimientos de los que pueden ser víctimas, no solo en la fase de celebración de los contratos, sino también en la fase precontractual y postcontractual.

La Ley 1150 de 2007 consciente de las bondades de la garantía única, la conserva y sólo efectúa algunos ajustes a la misma. El legislador delegó en el ejecutivo, la facultad para reglamentar de manera específica la materia y a la fecha no ha sido expedido aún el decreto respectivo.

Los temas que serán objeto de reglamentación por el ejecutivo a propósito de la garantía única son los siguientes:

- Mecanismos alternativos de amparo de riesgos
- Condiciones generales de las pólizas de cumplimiento
- Casos en los cuales la garantía única es susceptible de fraccionamiento
- Casos en los cuales se excepciona la obligación de exigir la garantía única
- Criterios que seguirán las entidades públicas para la exigencia de garantías, clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos

La reforma a la contratación estatal permitió que, tanto la seriedad de los ofrecimientos hechos por los proponentes, como el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los contratistas, se garantizaran no sólo con los dos mecanismos antes enunciados sino además con otros mecanismos de

cobertura del riesgo. Ello permitiría a la entidad pública escoger el medio de cobertura que más satisfaga sus necesidades.

El ejecutivo ha adquirido importantes responsabilidades de cara a la reglamentación de las condiciones generales de las pólizas de cumplimiento, de suerte que éstas sean estandarizadas y se supere así, la asimetría en el contenido de las mismas que evidencia en la actualidad entre los diferentes textos de las compañías aseguradoras.

Asimismo, se introdujo la figura del fraccionamiento de las garantías de acuerdo a los niveles de riesgo y a las fases del contrato, con el ánimo de que los proyectos o contratos complejos pudiesen ser garantizados en su integridad, casos que hoy por hoy presentan inconvenientes en cuanto a su adecuado amparo.

En cuanto a la no obligatoriedad de la garantía única, la Ley 1150 de 2007 no sólo introdujo un caso adicional: cuando el valor de los contratos no supere del 10% del valor de la menor cuantía, sino que además abrió las puertas para que el ejecutivo por medio del reglamento establezca todos aquellos otros casos en los cuales la garantía única no será obligatoria. De esta forma, se espera que el Gobierno Nacional haga un óptimo uso de esta facultad para que así contribuya a rebajar los costos que en algunos casos desmotivan o a lo menos dificultan la celebración de los contratos con el sector público, pues actualmente los contratistas tienen que hacer inversiones adicionales que no siempre deben hacer cuando contratan en el sector privado, como es el caso del otorgamiento de las garantías a favor de las entidades públicas.

El texto de la Ley 1150 de 2007, adicionalmente da claridad sobre tres temas que habían sido objeto de debates no solo doctrinarios sino incluso objeto de discusiones jurisprudenciales en el seno del Consejo de Estado. En efecto la reforma aclara i) el tema de la configuración del siniestro (se establece que en

cualquier caso deberá declararse así a través de acto administrativo); ii) se habilita expresamente a las entidades estatales para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contratista de cara a hacer efectiva la cláusula penal cuando dichas cláusulas se han pactado y finalmente, iii) se limita el ejercicio de las multas como mecanismo legítimo de apremio para lograr que el contratista, cuyas obligaciones están pendientes, cumpla y no como mecanismo indemnizatorio como en alguna oportunidad se pensó.

Ahora bien, luego de dejar claro en el Capítulo I de esta monografía, todo el tema del seguro de cumplimiento, sus características, elementos y clases de amparos, catalogado durante toda la vigencia de la Ley 80 de 1993, como la garantía única suscrita con mayor frecuencia al momento de celebrar contratos con el Estado y luego de que en el Capítulo II se abordarán los cambios generales introducidos a dicha garantía por la Ley 1150 de 2007, fue pertinente haber invitado al lector a detenerse en el Capítulo III, pues en éste, nos aventuramos a mencionar algunos de los cambios cuya reglamentación parece necesaria no sólo para generar un mejor funcionamiento del seguro de cumplimiento, sino para desarrollar a profundidad la reforma en aras de aminorar las problemáticas y discusiones generadas en el sector público en vigencia de la ley anterior, en cuanto a la garantía única se refiere.

Finalmente, el decreto reglamentario deberá fijar los parámetros generales que las entidades estatales deberán observar para exigir las garantías y el contenido de las mismas en cuanto a niveles de amparo, vigencias y montos mínimos se refiere.

Una última reflexión: como se observa, el desarrollo de la garantía única depende en parte del buen criterio que el Gobierno Nacional emplee en la regulación de la misma. Desearíamos que las precisiones que se efectuaron en el Capítulo III de esta monografía no se quedaran en el mero ejercicio académico, sino que trascendieran, ya que las encontramos como sugerencias interesantes que

podrían ser tenidas en cuenta por el ejecutivo a la hora de estudiar el tema, de modo tal que la claridad que aportan se reflejara en la pendiente reglamentación.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTUNDUAGA R, Jorge O y LOZANO G, Germán E. *El Seguro de Cumplimiento a favor de las Entidades Estatales*. Trabajo de grado (Abogado). Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá D.C. 1987.
- BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. *Las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. (Colección Profesores; N° 18). Bogotá D.C. 1995.
- BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana. *Principios Jurídicos del Seguro*. Santafé de Bogotá: Ed. Temis, 3a edición. 1996.
- CAUSA, José Antonio. *Alcances del anticipo y el pago anticipado*. [Citado: 10 de octubre de 2008]. Disponible en: <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/21/4_ALCANCES%20DEL%20ANTICIPO%20Y%20EL%20PAGO_DERECHO_No%2021.pdf>.
- DÁVILA, VINUEZA. Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal: Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Ed. Legis. 2da edición. 2003.
- DÍAZ - GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. *Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Bogotá: Colombo Editores. 1995.
- ESCOBAR, José Fernando. “Aspectos Generales del Seguro de Cumplimiento.”, en: IX Encuentro Nacional. Asociación Colombiana de

Derecho de Seguros “Acoldece”. (N° 9. 1983 Octubre 28–31: Pereira). Ponencia del capítulo de Manizales. Skandia. Bogotá. 1983.

- EZQUERRA P., Juan Carlos. *“Las garantías en los contratos estatales, su utilidad práctica e importancia. El propósito de las garantías y definición de las garantías admisibles por las entidades públicas”*. Departamento Nacional de Planeación. Proyecto de Contratación Pública. Bogotá. D.C. 2002.
- GALINDO CUBIDES, Hernando. *El Seguro de Fianza*. Bogotá: Ed: Legis. 2005.
- HERRERA, Benjamín. Régimen de la exorbitancia. En: *Estudios de profundización en contratación estatal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Cámara de Comercio de Bogotá, 1997.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, Patricia, *“Manual de reclamación en Seguros. Ramos técnicos (aspectos generales)”*. [Citado: 3 de octubre de 2008]. Disponible en: <<http://www.monografias.com>>.
- MARROQUÍN GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ, Ángela María. *Jurisdicción competente para conocer de las controversias derivadas de las garantías de los contratos estatales*. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. D.C. 2003.
- MATELLANA CAMACHO, Ernesto. *“Reforma Ley 80 de 1993/ Ley 1150 de 2007”*, [Citado: 5 de septiembre de 2008]. Disponible en: <<http://www.planeacion.cundinamarca.gov.co/BancoMedios/Documentos%2>

0PDF/presentaci%C3%B3n%20novedades%20para%20el%20control%20in
terno%20de%20la%20ley%201150_2007.pdf>

- MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MÚNERA, Andrés. “*La contratación Estatal, Análisis y Perspectivas*”. Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. (Colección profesores, N° 28). Bogotá D.C. 2000.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Ed: Temis. 1987.
- OSSA G. J, Efrén. *Teoría General del Seguro: El Contrato*. Bogotá: Ed: Temis. 1984.
- ----- *Teoría General del Seguro: El Contrato*. 2da edición. Bogotá: Ed. Temis. 1991.
- PABÓN SANTANDER, Antonio. “*El siniestro en la Garantía Única de Cumplimiento dentro del marco de la Ley 80 de 1993.*”, En: Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. N°. 93 Bogotá D.C. (Dic. 1997).
- PALACIOS, María Teresa. “*La contratación directa*”, “*Misión de Contratación*”. Departamento Nacional de Planeación. Proyecto de Contratación Pública. Bogotá. 2002.
- PINO RICCI, Jorge. “*Régimen de Contratación Estatal*”. 2ª. edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1996.

- PRIETO, Juan Manuel. “*De las Garantías de los Contratos Estatales.*”, en: La Nueva Contratación Administrativa. Cámara de Comercio de Bogotá. D.C. 1994.
- ROA PIÑEROS, Claudia y MEDINA MARTÍNEZ, Jairo. “*Seguro de Cumplimiento.*”, en: XVI Encuentro Nacional. Asociación Nacional de Derecho de Seguros. “Acoldese”. (N° 16: Agosto/ 1991: Santa Marta Colombia). Ponencia del capítulo de Bogotá. Santa Marta: Acoldese.
- RUSINQUE, Clara Inés. *Seminario Especializado de Seguro de Cumplimiento.* Asociación Colombiana de Técnicos en Reaseguros “ACTER”. Bogotá D.C. Enero 15 a 26 de 2007.
- SOTO, Ricardo Alonso, “*Responsabilidad Civil y Seguro*”. [Citado: 3 de octubre de 2008]. Disponible en: <http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerecho>
- SPATH AGAMEZ, Soad y Otros. *Investigación sobre el Seguro de Cumplimiento.* Especialización en Responsabilidad Civil y Seguros, cohorte 2006. Universidad EAFIT. Escuela de Derecho. Medellín - Colombia.
- SUÁREZ BELTRÁN, Gonzálo. *Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007.* Bogotá: Ed. Legis S.A. 2007.
- ----- “*Impacto de la Ley 1150 de 2007 en la Contratación Pública Colombiana: Estructura de la reforma a la Ley 80 de 1993*”, [Citado: 5 de septiembre de 2008]. Disponible en: <<http://www.esseconsultores.org/mem1150/impacto.pdf>>

- VILLALBA NÚÑEZ, César Augusto. Magíster en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. “*El Seguro de Cumplimiento.*”, en: ACOLDESE.
- ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza. “*Las Partes en el Contrato de Seguro.*”, en: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. N°. 18. Bogotá D.C. Septiembre de 2002.

Leyes, decretos, sentencias y conceptos:

- Ley 53 del 27 de noviembre de 1909.
- Ley 80 de 1993: Estatuto de la Contratación Estatal, reformado por la Ley 1150 de 2007.
- Decreto 2681 de 1993
- Decreto 679 de 1994.
- Decreto 066 de 2008 derogado por el Decreto 2474 de 2008
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 154 de 1996*, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 949 de 2001*, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. 12 de octubre de 2000.

Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez. Expediente: 18604.
Bogotá: El consejo.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. 12 de julio de 2000. Consejera Ponente: Dra. Maria Elena Giraldo Gómez. Expediente: 16669. Bogotá: El consejo.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. 24 de mayo de 2001. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 13598. Bogotá: El consejo.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Mayo 2 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez. Expediente N°. 6785. Bogotá: La Corte.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Septiembre 21 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Expediente N°. 6140. Bogotá D.C: La Corte.
- COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Concepto radicado número 80112 – 2008 EE 3362, del 30 de enero de 2008.
- COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto Nro. 2001081484-2, 12 de Diciembre, 2001.
- <http://www.bna.com.co>, [Citado: 8 de octubre de 2008].
- <http://www.medellin.gov.co>, [Citado: 8 de octubre de 2008].