

***El seguro de cumplimiento
como garantía de contratos estatales***

Manual para usuarios

CÁMARA DE
CUMPLIMIENTO

fasecolda
Federación de Aseguradores Colombianos



CAPITULO I. Garantía que ampara los riesgos derivados de la etapa pre contractual.....	8
CAPITULO II. Garantía que ampara riesgos derivados a la etapa contractual y post-contractual	11
CAPITULO III. Efectividad de la garantía	26
CAPITULO IV. Divisibilidad	29
CAPITULO V. Grandes proyectos de infraestructura	31
CAPITULO VI. Condiciones especiales de la póliza	34
Glosario	38



INTRODUCCIÓN

El seguro de cumplimiento es uno de los mecanismos previstos por la ley, para proteger el patrimonio público de los perjuicios que se causen a una entidad estatal a causa del incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones que surgen del contrato por estos celebrado.

Este seguro acompaña los procesos contractuales estatales desde su gestación en la etapa precontractual, a través de la póliza de seriedad de oferta que garantiza el pago de los perjuicios causados por los proponentes que no honren sus obligaciones en dicha etapa, e inclusive protege al Estado frente a la no suscripción del contrato por parte de quien resulte adjudicatario.

En la etapa contractual y pos contractual, esta garantía a través de los diferentes amparos que la conforman, protege a la entidad no solo frente al incumplimiento de las obligaciones que integran la prestación principal del contrato, sino que también cubre los perjuicios ocasionados por la inejecución de prestaciones conexas, como son las relacionadas con los pagos de las acreencias de orden laboral de los trabajadores del contratista que puedan ser exigidas al Estado, o las de buen manejo del anticipo y pago anticipado.

Esta cartilla conforma una guía sobre las condiciones en que deben exigirse y otorgarse este tipo de seguros, con base en lo preceptuado en la normatividad vigente en materia de contratación pública, principalmente La Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y los Decretos Reglamentarios 4828 de 2008; 931 y 2493 de 2009, y constituye un aporte del sector asegurador a la discusión de los aspectos relacionados con las garantías de los proyectos públicos, que esperamos sea una herramienta de utilidad para las entidades estatales.



Compañías que tienen autorizado el ramo de cumplimiento

Ace Seguros SA

Chartis Seguros Colombia

Aseguradora Colseguros SA

Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda.

BBVA Seguros Colombia SA

Compañía Aseguradora de Fianzas SA (Confianza)

Cóndor S.A.

Compañía Mundial de Seguros S.A

Seguros Generales Suramericana S.A

Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A

Generali Colombia Seguros Generales S.A

La Equidad Seguros

La Previsora SA Compañía de Seguros

Liberty Seguros S.A

Mapfre Seguros Generales de Colombia

Mapfre Crediseguro S.A

QBE Seguros S.A

RSA Seguros S.A

Segurexpo de Colombia S.A

Seguros Alfa S.A

Seguros Colpatria S.A

Seguros del Estado S.A

Seguros Bolívar S.A

CAPITULO I. GARANTÍA QUE AMPARA LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA ETAPA PRE CONTRACTUAL

I. Consideraciones Generales

¿Qué es la garantía de seriedad de oferta?

Es aquella que avala el pago de los perjuicios que le sean imputables a los oferentes en la etapa precontractual.

¿Cómo se define la etapa precontractual?

La etapa precontractual es aquella que comprende el conjunto de actos ejecutados, tanto por la entidad estatal, como por los oferentes antes de la celebración del contrato y con ocasión del mismo.

En dicha etapa los intervinientes pueden, con su conducta, frustrar la concreción del contrato estatal. Por esta razón, el ordenamiento jurídico ha establecido que las entidades estatales deben protegerse frente a los perjuicios que le ocasionen los proponentes cuando incumplen las ofertas presentadas.

¿Cómo se regulaba la garantía de seriedad de oferta antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007?

Antes de la reforma al Estatuto de Contratación Pública, la garantía de seriedad de oferta cubría como único perjuicio de la etapa precontractual la no suscripción sin justa causa del contrato estatal por parte del adjudicatario, salvo que riesgos adicionales fueran incluidos como cobertura en la respectiva póliza.

En efecto, el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece al respecto:

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

En ese sentido, es importante resaltar que el Consejo de Estado avaló la posición anteriormente planteada en concepto proferido el 30 de marzo de 2006, en el cual señaló lo siguiente:

“a. ¿Es posible declarar el siniestro de seriedad de la oferta en casos diferentes al contemplado en el numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993?”

a. La administración no puede declarar el siniestro de incumplimiento de la seriedad de la oferta ante situaciones diferentes de la no suscripción o legalización del contrato, contempladas en el artículo 30 numeral 12 de la ley 80 de 1993, salvo cuando las compañías de seguros asuman este riesgo voluntariamente.”

II. ¿Cómo se regula actualmente esta garantía?

1. Riesgos Cubiertos

El Decreto 4828 de 2008 en su artículo 4 amplió el espectro de los riesgos cubiertos por la garantía de seriedad de oferta, y además del ya comentado referente a la no suscripción del contrato estatal adjudicado, incorporó los siguientes:

Cobertura	Explicación
<p>La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue, siempre y cuando las prórrogas no excedan un término de tres meses</p>	<p>El artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece en sus numerales 4 y 5 hipótesis en las cuales es posible modificar el plazo de la licitación entendido éste, como el término dentro del cual los interesados pueden presentar ofertas.</p> <p>Igualmente, el artículo 22 del Decreto 2474 de 2008 prevé para la subasta inversa la posibilidad del ampliar el plazo para presentar los documentos de soporte de los requisitos habilitantes cuando solo un oferente resulte habilitado para participar en la misma.</p> <p>En estos casos, es necesario que la garantía se prorrogue para que se encuentre vigente cuando se produzca la adjudicación.</p>
<p>La falta de otorgamiento por parte del adjudicatario de la garantía de cumplimiento</p>	<p>De conformidad con lo establecido por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la aprobación de la garantía es un requisito de ejecución del contrato estatal, por lo tanto si ésta no es otorgada por el contratista el contrato es inejecutable.</p>
<p>El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las mismas</p>	<p>Esta nueva causal parecería indicar que la oferta presentada dentro de un proceso de selección público es revocable, lo cual contravendría la posición esgrimida con el Consejo de Estado, Corporación que en concepto de abril 20 de 2006 manifestó lo siguiente:</p> <p>“Por consiguiente, las entidades públicas y, concretamente, quienes tienen a su cargo la dirección de la actividad contractual en cada una de ellas², no pueden ser obligadas a autorizar el retracto del proponente que ha manifestado su voluntad de retirarse del proceso durante la etapa de evaluación, pues ello supondría darle un alcance abusivo al principio de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y un desconocimiento del interés colectivo ínsito en la contratación estatal.</p> <p>Sostener, que la propuesta es irrevocable, pero que dicha irrevocabilidad solo se traduce en la obligación de indemnizar perjuicios o hacer efectivo el pago del depósito o la garantía de seriedad de la propuesta, significa desconocer los alcances y propósitos de la licitación pública, que son distintos al proceso de oferta privada, pues el vínculo irrevocable que nace de la propuesta pública se funda, además de los argumentos jurídicos que emanan de la igualdad y concurrencia, en la significación política y social del interés público afectado y en la responsabilidad de los concursantes frente a los fines del Estado (Art. 2º C.P.) y de la administración (Art. 209 CP).”</p>

Cobertura	Explicación
La falta de pago de los derechos de publicación del contrato	<p>De conformidad con lo establecido en el artículo 84 del Decreto 2474 de 2008, deberán “publicarse en el Diario Único de Contratación Pública, o en su defecto en la Gaceta Oficial de la respectiva entidad territorial o por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido, todos los contratos que celebren las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública, cuyo valor sea igual o superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>No se publicarán los contratos cuya cuantía sea inferior al 10% de la menor cuantía aún cuando excedan en su valor los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a que se refiere el inciso anterior.”</p>

Teniendo en cuenta que estos son los riesgos que, según definió el Gobierno Nacional, deben estar cubiertos por la garantía de seriedad de oferta, las entidades no podrán incluir en los pliegos de condiciones otro tipo de riesgos. Ahora bien, es preciso aclarar que la garantía de seriedad de oferta solo cubrirá los perjuicios que ocasione a la entidad la realización de alguno de los riesgos anteriormente descritos. Finalmente, resulta pertinente resaltar que de conformidad con el Decreto 4828 de 2008, la no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de la misma.

2. Suficiencia

Por regla general, esta garantía no podrá otorgarse por un valor inferior al 10% del valor de la propuesta o del presupuesto oficial estimado, salvo en los siguientes casos¹ :

Presupuesto oficial o valor de la propuesta	Porcentaje Mínimo por el cual puede otorgarse la garantía de seriedad de oferta
1.000.000 hasta 4.999.999 smmlv	2,5%
5.000.000 hasta 10.000.000 smmlv	1%
Superior a 10.000.000 smmlv	0,5%
Concesión de Espacios de televisión	1,5% del valor total estimado del espacio

3. Vigencia

La vigencia de esta garantía debe extenderse desde la presentación de la oferta hasta que se apruebe por parte de la entidad contratante la garantía de cumplimiento.

4. Casos en que no es obligatoria su exigencia

Además de los contratos establecidos en el artículo 8 del Decreto 4828 de 2008², para el evento de seriedad de oferta el citado artículo incluye tres excepciones adicionales:

- Procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes
- Subasta inversa
- Concursos de mérito en los que se exija propuesta técnica simplificada

Pies de páginas

1.-Artículo 7 del decreto 4828 de 2008 modificado por el decreto 2493 de 2009

2.-Artículo 8°. Excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura del riesgo. Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro, y en los contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad contratante determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

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

CAPITULO II. GARANTÍA QUE AMPARA RIESGOS DERIVADOS DE LA ETAPA CONTRACTUAL Y POST-CONTRACTUAL

1. Consideraciones Generales

¿Cuál es el objeto de la garantía de cumplimiento?

Amparar los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista adquiridas por virtud del contrato estatal, que tienen su origen tanto en la ley como en el contrato. Es importante destacar que aunque las prestaciones a que se hace aquí referencia tengan origen legal, para que sean cubiertas por la garantía deben tener relación directa con el negocio jurídico garantizado.

Por otra parte, es preciso aclarar que esta garantía cubre los perjuicios que se producen tanto en la etapa contractual como pos contractual

¿Cómo se define la etapa contractual?

Es aquella que comprende los actos jurídicos proferidos una vez celebrado el contrato y hasta la liquidación del mismo.

¿Qué es la etapa pos contractual?

Es aquella que se inicia una vez liquidado el contrato.

¿Esto quiere decir que la garantía subsiste aunque se haya liquidado el contrato?

Si. Algunos amparos se mantienen vigentes con posterioridad a la liquidación del contrato pues otorgan cobertura frente a obligaciones del contratista que subsisten aun cuando se encuentre fenecido el vínculo jurídico, tal como lo expresó el Consejo de Estado, en sentencia del 3 de mayo de 2001:¹

“Si bien es cierto en el acto de liquidación final del contrato, ya sea por mutuo acuerdo de las partes o por decisión unilateral de la administración, regularmente se extinguen las relaciones jurídicas entre las partes, también lo es que subsisten algunas obligaciones a cargo del contratista, el cual pese a haber entregado la obra, los trabajos, o los bienes objeto del contrato, responderá no obstante haberse liquidado, de los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la ley (art. 2060 c.c). De acuerdo con la legislación contractual, debe éste salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados; amparar a la administración de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de obligaciones laborales o de los daños causados a terceros, obligaciones posibles de garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia se extiende por el tiempo que determine la administración de acuerdo con la reglamentación legal.”

Como se desprende la jurisprudencia trascrita, las obligaciones pos contractuales a que hace referencia la sentencia citada también pueden estar cubiertas por la garantía de cumplimiento.

¿Qué riesgos cubre la garantía de cumplimiento?

La garantía de cumplimiento está conformada por varias coberturas o amparos, que de acuerdo con el artículo 4.2 del Decreto 4828 de 2008 son los siguientes:

- Buen manejo y correcta inversión del anticipo
- Devolución del pago anticipado
- Cumplimiento

- Pago de Salarios y prestaciones sociales
- Estabilidad y calidad de obra
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados
- Calidad del servicio

En relación con los amparos, y tal como se explicará a continuación, es importante destacar que no todos son exigibles para cualquier clase de contratos en razón el tipo de riesgos que cubre cada uno de estos, v.gr. No puede solicitarse el amparo de anticipo en un contrato en el que no se va a entregar dicha suma de dinero, si éste, por ejemplo, corresponde a un negocio jurídico de ejecución instantánea.

En igual sentido, es preciso aclarar que el Decreto 4828 de 2008 fue claro en establecer que estos amparos son independientes entre sí, lo que significa que las entidades contratantes no podrán utilizar el valor asegurado correspondiente a vgr. El amparo de salarios para reclamar los perjuicios derivados del acaecimiento del riesgo cubierto por la estabilidad de obra.

2. Amparos

2.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo

¿Cuáles son los antecedentes de este amparo?

Como antecedente normativo inmediato se encuentra el anterior régimen de garantías consagrado en el artículo 17 del decreto 679 de 1994, que señalaba lo siguiente:

“El valor del amparo de anticipo o pago anticipado deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo o pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo;”

¿Qué se entiende por anticipo?

El Consejo de Estado, ha establecido que el concepto anticipo corresponde a dineros públicos entregados al contratista antes de iniciar la ejecución del contrato, con el objeto de que los invierta en el mismo. Sobre este particular la Sala Plena de esta Corporación ha señalado lo siguiente:²

“El anticipo es pacto en el contrato regulado por la ley, que proviene de la autonomía de la voluntad, que genera obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en momentos diferentes. En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir - previa constitución de la garantía - , respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras etc.). En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos: -De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista.-De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el Estatuto de Contratación vigente, por parte del contratante, por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de propiedad pública. Las partes contratantes, acuerdan además en el contrato, las condiciones de efectividad, la proporción con el valor del contrato, la oportunidad en que debe entregarse, la vigilancia Estatal sobre las sumas y las amortizaciones.”

De la sentencia citada se desprende que el anticipo genera dos tipos de obligaciones para los co-contratantes estatales: por un lado, aquellas que surgen para la entidad pública que se obliga a entregarlo en la cuantía y fechas estipuladas en el contrato, y por el otro, las exigibles al contratista de invertirlo en la forma y oportunidad pactadas en el acuerdo de voluntades.

Cobertura	Explicación
No inversión	No hacer uso del anticipo
Uso Indevido	Darle una destinación diferente al anticipo de la pactada en el contrato
Apropiación Indevida	Utilizar para sí el anticipo entregado

¿Qué riesgos cubre este amparo?

De conformidad con el artículo 4.2.1 del Decreto 4828 de 2008, este amparo cubre tres tipos de riesgos:

Suficiencia

Este amparo debe ser constituido por el 100% del valor de lo entregado al contratista en calidad de anticipo. Igualmente, la norma reglamentaria aclara que cuando el anticipo es en especie se debe efectuar la estimación en dinero del mismo, para efectos de constitución de la garantía respectiva.

Vigencia

Este amparo debe estar vigente hasta que se produzca la liquidación del contrato.

2.2 Devolución Pago Anticipado

¿Cuáles son los antecedentes de este amparo?

Al igual que el amparo relacionado con el anticipo, éste se encontraba previsto en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994.

¿Qué se entiende por pago anticipado?

De conformidad con lo señalado por la Contraloría General de la Nación “El pago anticipado sí hace parte del precio y su entrega comporta la extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la entidad sólo que de manera adelantada a la realización del contrato o como primer contado.”³

De acuerdo con lo establecido en la definición antes trascrita, resulta claro que el pago anticipado corresponde a dineros que pertenecen al contratista, y cuya destinación es libre por parte de éste, a diferencia de lo que ocurre con el anticipo.

¿Qué riesgos cubre este amparo?

De conformidad con lo establecido en el artículo 4.2.2 del Decreto 4828 de 2008, este amparo cubre a la entidad estatal frente al riesgo de la no devolución ya sea total o parcial del pago anticipado entregado cuando ésta sea procedente.

Suficiencia

El amparo de devolución del pago anticipado debe ser constituido por el 100% del valor de lo entregado al contratista en calidad de pago anticipado.

Vigencia

Este amparo debe estar vigente hasta que se produzca la liquidación del contrato.

2.3 Cumplimiento

Este es el amparo básico de aquellos que conforman la garantía de cumplimiento, toda vez que el mismo cubre tanto el valor de los perjuicios que se causen a la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones surgidas del contrato estatal, así como las sanciones impuestas contractualmente que hayan sido pactadas.

¿Cuáles son los antecedentes de este amparo?

Como antecedente inmediato se encuentran las disposiciones consagradas en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, el cual, además de establecer la obligación de incluir este amparo, respecto del valor asegurado determinaba que éste “no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al 10% del valor del contrato.”

¿Qué riesgos cubre este amparo?

Tal como se señaló anteriormente, el amparo de cumplimiento cubre tanto los perjuicios derivados de

Riesgos Cubiertos	Explicación
Incumplimiento Total	Inejecución absoluta de la prestación pactada. Si el incumplimiento es grave y amenaza la paralización del contrato la entidad estatal podrá declarar la caducidad del mismo de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993
Incumplimiento Parcial	Inejecución fraccionada de la prestación cuando ésta es divisible.
Cumplimiento Tardío	Esta situación se configura cuando el contratista no ejecuta las prestaciones pactadas en el plazo previsto en el contrato. Al respecto, es importante recordar que de conformidad con lo previsto en el artículo 1608 del Código Civil, aplicable a la contratación estatal de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el deudor está en mora: “1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”
Cumplimiento Defectuoso	Se produce cuando hay una falta de identidad entre la prestación que se pactó en el contrato y aquella que fue efectivamente ejecutada por el contratista. Tal como se explicará más adelante, es importante aclarar que a través del amparo de cumplimiento se cubrirían los perjuicios que este incumplimiento defectuoso cause mientras el contrato se esté ejecutando, pues aquellos riesgos que se generen por esta misma causa con posterioridad al mismo serán cubiertos con cargo al amparo de calidad

En los casos anteriormente descritos, para que sea procedente hacer efectiva la garantía los incumplimientos deben ser imputables al contratista. ⁴

(ii) Sanciones

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 habilitó a las entidades estatales para pactar multas en los contratos que éstas celebran y para hacerlas efectivas mediante acto administrativo motivado. La norma dice lo siguiente:

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”

La disposición trascrita dirimió la controversia existente durante la vigencia del texto original de la Ley 80 de 1993, en el cual se discutió si las entidades estatales mantenían la facultad de imponer multas a través de acto administrativo, en las mismas condiciones en las que lo permitía el Decreto 222 de 1983, anterior Estatuto de Contratación Pública.

En efecto, en una primera etapa el Consejo de Estado avaló dicha posibilidad con base en las facultades contenidas en el artículo 64 del Código Contencioso administrativo, posición que fue modificada en sentencia del 20 de octubre de 2005, en la cual dicha Corporación estableció que la facultad exorbitante no había sido otorgada a las entidades estatales por la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, frente a las multas pactadas para efectos de su imposición debía acudir al juez para que él decidiera sobre su procedencia.⁵

- Multas

La multa que se pacta en los contratos estatales tiene como fin conminar al contratista al cumplimiento de las prestaciones pactadas en el contrato, a través del pago de una suma de dinero. Como elementos relevantes de la multa, extraídos de lo previsto en el artículo 17 antes transcrito, podemos destacar los siguientes:

-La imposición de ésta debe estar precedida de un procedimiento previo que garantice el derecho de defensa del contratista.⁶

-Teniendo en cuenta que la multa tiene un fin conminatorio sólo puede imponerse mientras se encuentra pendiente la ejecución de la obligación que dio origen a la misma.

-Las multas se pueden hacer efectivas no sólo a través del cobro de la garantía sino que también es viable emplear el procedimiento de jurisdicción coactiva, siempre y cuando no se den los requisitos para

la aplicación de la compensación⁷. En este caso dicho mecanismo de extinción de obligaciones operará por ministerio de la ley.

-Se podrán decretar multas en contratos suscritos antes de la vigencia de la Ley 1150 de 2007, siempre y cuando éstas se hubieran pactado en el acuerdo de voluntades y se impongan con posterioridad a la vigencia de dicha ley. Vgr. En un contrato suscrito en 2005, en el que se pactaron multas, éstas se podrán imponer a partir del 16 de julio de 2007.

- Cláusula Penal

De conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado⁸, la cláusula penal pactada en los contratos estatales *“cumple las mismas funciones que en el derecho privado, esto es precaver, regular y sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo”*. En el código civil, el artículo 1592 la define como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*. Por regla general, la cláusula penal se hace efectiva, como consecuencia de la declaratoria de caducidad⁹ o de incumplimiento del contrato. Respecto de la primera hipótesis, es importante destacar que un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, dicha Corporación modificó la jurisprudencia vigente en materia del límite temporal para el ejercicio de esta facultad, en el sentido de afirmar que la caducidad sólo puede ser impuesta mientras no se haya vencido el plazo de ejecución de las obligaciones. Al respecto señaló lo siguiente:¹⁰

“al examinar nuevamente los límites temporales de este poder exorbitante, la Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo;...”

Finalmente, resulta preciso resaltar que, respecto de la aplicación de la cláusula penal, la jurisprudencia, fundamentada en el artículo 1596 del Código Civil, ha señalado que es posible reducir el monto de la misma cuando la obligación se ha ejecutado parcialmente.¹¹

Suficiencia

El artículo 7.4 del Decreto 4828 de 2008 establece dos límites mínimos para determinar el valor por el cual debe ser otorgado dicha garantía. El primero, que ésta no podrá ser inferior al valor estipulado en el contrato a título de cláusula penal pecuniaria. Ahora bien, advierte la norma que en todo caso, la garantía no podrá ser inferior al 10% del valor del contrato. Este segundo límite se aplicaría en el evento de que la cláusula penal sea inferior al citado porcentaje, o en aquellos casos en los que el contrato no contenga cláusula penal.¹²

Vigencia

El amparo de cumplimiento debe mantenerse vigente durante el plazo de ejecución del contrato y su etapa de liquidación. Al respecto, debe recordarse que el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, regula la oportunidad para efectuar la liquidación del contrato, de la siguiente manera:

“Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

La norma trascrita prevé tres formas de efectuar la liquidación del contrato: de mutuo acuerdo, unilateralmente cuando fracasa la primera y en sede judicial.

De acuerdo con lo anterior, ¿Cómo debería estructurarse la vigencia de este amparo?

Ésta debería exigirse por el término de ejecución de las obligaciones más el término previsto para la liquidación por mutuo acuerdo y dos meses más.

Ejemplo:

- Término de duración del contrato= 1 año
- Término de liquidación del contrato= 4 meses (mutuo acuerdo) + 2 meses (unilateral)
- Vigencia del amparo= un año y seis meses más

¿Resulta procedente solicitar que el amparo se encuentre vigente también durante los dos años que otorgan la Ley 1150 de 2007 y el Código Contencioso Administrativo para solicitar la liquidación en sede judicial?

No, por cuanto no podría otorgarse cobertura durante una etapa en la que el contrato sigue sin liquidación por culpa del asegurado, es decir, la entidad contratante, al no haber efectuado la liquidación unilateral, dentro de los dos meses siguientes al fracaso de la de mutuo acuerdo.

2.4 Pago de salarios y prestaciones sociales

¿Cuáles son los antecedentes de este amparo?

El artículo 17 del Decreto 679 de 1994, además de establecer la obligación de incluir este amparo en la garantía única de cumplimiento, determinaba que “La garantía de salarios y prestaciones sociales del personal que el contratista emplee en el país para la ejecución del contrato se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los cuales de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del **artículo 34** del Código Sustantivo del Trabajo.”

¿Qué riesgos cubre este amparo?

Esta cobertura ampara los perjuicios que podría sufrir la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones laborales contraídas por éste con los trabajadores por él vinculados para el desarrollo del contrato.

Dichos perjuicios podrían ocasionarse por una eventual condena judicial que se impartiera con fundamento en lo preceptuado en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece lo siguiente:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”

Por lo tanto, en el evento que la entidad sea objeto de una reclamación con cargo a este amparo, podrá hacer efectiva la garantía siempre y cuando se acrediten dos condiciones:

1. Que quien efectúa la reclamación haya estado vinculado con el contratista como trabajador dentro del contrato garantizado y,
2. Que exista solidaridad patronal entre el tomador contratista y la entidad estatal asegurada de conformidad con las disposiciones mencionadas.

Suficiencia

De conformidad con lo señalado por el artículo 7.5 del Decreto 4828 de 2008, ésta garantía debe otorgarse por un valor que corresponda como mínimo al 5% del contrato¹³.

Vigencia

Desde la perspectiva de la vigencia, este amparo tiene una naturaleza tanto contractual como pos contractual, toda vez que se extiende durante el plazo de contrato y tres años más. Estos tres años adicionales solicitados corresponden al término de prescripción de las acciones labores, consagrado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo:

“ARTICULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

2.5 Estabilidad y calidad de obra

¿Cuáles son los antecedentes de este amparo?

Como antecedente inmediato se encuentra lo previsto en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, que

establecía que el valor de este amparo se determinaría en cada caso. Respecto a la vigencia, la norma prescribía que ésta no sería inferior a cinco años.

¿Qué riesgos cubre este amparo?

El Consejo de Estado ha definido el objeto del amparo de estabilidad y calidad de obra como aquella cobertura destinada a indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en virtud del incumplimiento por parte del contratista de la obligación de garantizar que ¹⁴ *"la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio."*¹⁵

¿Qué naturaleza tiene este amparo?

Éste es un amparo pos contractual, pues su vigencia **sólo entra a operar una vez la obra ha sido recibida a satisfacción por la entidad contratante, independientemente de si en la ejecución contractual suceden otras etapas como en el caso de las concesiones.** Bajo esa perspectiva, resultaría anti técnico e improcedente, solicitar que este amparo esté activo durante el plazo contractual.

¿Cuándo se puede activar este amparo?

La póliza se podrá hacer efectiva con cargo al amparo de estabilidad y calidad cuando la entidad contratante establezca que la obra presentó deterioros que impiden su uso adecuado, o que la misma ha perdido las condiciones de seguridad y firmeza de su estructura por causas imputables al contratista y no al simple deterioro causado por el paso del tiempo o por un inadecuado uso. Al respecto el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente :¹⁶

"Tratándose de un contrato de obra, deberá responder de la estabilidad de los trabajos de construcción, mantenimiento, adecuación, etc., realizados sobre el inmueble, es decir, que durante el término del contrato o en subsidio el previsto en la ley, la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio. Cabe advertir que el saneamiento no cubre el deterioro que se produzca naturalmente por su uso normal, o por una indebida utilización de los mismos."

Por lo tanto, en este evento dentro de la motivación del acto administrativo, debe incluirse la referencia al acervo probatorio que demuestre la imputabilidad de las fallas de la obra al contratista. Al respecto, la Contraloría General de la Nación en concepto del 5 de septiembre de 2002 manifestó lo siguiente:

"Resulta pertinente indicar que los hechos para la declaratoria del siniestro se deben soportar en un dictamen técnico que no sólo debe describir la situación actual de la obra y las condiciones en que fue recibida, sino conllevar un análisis de las circunstancias que condujeron al deterioro, atribuibles al contratista por incumplimiento, ya sea por defecto o exceso de las condiciones técnicas pactada en el contrato.

Debe dejarse claro que para efectos de la efectividad de la póliza, la tasación de los perjuicios causados, debe ser la consecuencia del nexo causal entre el incumplimiento técnico del contratista y el daño que se produjo en la obra."

Tal como lo expresa el concepto citado, el dictamen técnico en que se fundamente la declaratoria del siniestro debe soportar también la estimación de los perjuicios que se pretendan hacer efectivos a través de la garantía.

Suficiencia

El artículo 7.6 del Decreto 4828 de 2008 defiere a la entidad la determinación del valor asegurado, para lo cual la contratante deberá tener en cuenta el objeto, el valor y las obligaciones pactadas en el respectivo contrato.

Vigencia

El mencionado artículo 7 prevé que la vigencia de este amparo no será inferior a cinco años contados a partir del recibo a satisfacción por parte de la entidad contratante, salvo que la entidad justifique técnicamente la solicitud de una vigencia inferior.

Resulta importante resaltar que en algunos eventos, por razones técnicas, es necesario que este amparo se otorgue por una vigencia inferior tal como lo autoriza la norma, como en aquellos casos en los cuales las obras a ejecutar no implican intervención de las estructuras.

¿A partir de qué momento debe operar este amparo en las concesiones de obra?

Este amparo debe exigirse una vez culminada la etapa de construcción y no cuando finalice la etapa de operación, toda vez que si se otorgara la garantía de estabilidad después de 20 o más años de explotación de la obra, esto es, una vez finalizada la operación del proyecto, ello implicaría que el concesionario tendría que realizar intervenciones de construcción en el último periodo de la concesión, para restablecer las condiciones estructurales en igual especificación a la originalmente propuesta (20 años atrás). Esto conllevaría a que dichas obras debieran tenerse en cuenta en la estructuración financiera del proyecto.

Por otra parte, después de 20 años o más de operación de la obra, se habría producido una modificación del estado del riesgo, lo que dificulta el análisis y ponderación de la probabilidad de ocurrencia del siniestro, y a su vez obstaculiza la consecución de reaseguro, elemento fundamental para otorgar una póliza de cumplimiento.

2.6 Calidad del Servicio

¿Cuáles son los antecedentes de este amparo?

Este amparo se encontraba consagrado en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, respecto del cual se establecía que su valor se fijaría teniendo en cuenta el monto del contrato garantizado.

¿Qué riesgos cubre este amparo?

De conformidad con el artículo 4.2.8 del Decreto 4828 de 2008, los riesgos cubiertos por este amparo hacen referencia a los perjuicios causados a la entidad contratante que se produzcan con posterioridad a la terminación del contrato, y que se compruebe tienen su causa en una de dos hipótesis (i) mala calidad¹⁷ o precariedad de los productos entregados como resultado de la celebración de un contrato estatal de consultoría y (ii) mala calidad del servicio prestado, siempre y cuando se acredite que éstos son imputables al contratista.

¿Cómo se juzga la mala calidad o precariedad de los productos entregados con motivo de la consultoría o del servicio prestado?

Estos deben establecerse de conformidad con las obligaciones pactadas en el contrato.

¿En qué tipo de contratos debe exigirse este amparo?

En los contratos de consultoría¹⁸, en los de prestación de servicios¹⁹, en los que por la naturaleza de las obligaciones resulte procedente y en aquellos que sean innominados o atípicos pero que consagren prestaciones de servicios dentro de las obligaciones pactadas, así como en los que correspondan a otras tipologías contractuales v.gr obra pero que impliquen el desarrollo de labores de consultoría o prestación de servicios²⁰.

¿Con cargo a qué amparo se hacen efectivos los perjuicios por mala calidad del servicio que se produzcan durante la ejecución del contrato?

Como estos corresponderían al incumplimiento de obligaciones contractuales, se harían efectivos a través del amparo de cumplimiento.

Suficiencia

El artículo 7.7 del Decreto 4828 de 2008, establece que el valor de la garantía se fijará por parte de la entidad en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta el objeto, valor y prestaciones pactados en el contrato garantizado.

Vigencia

Respecto de la vigencia, la norma citada en el párrafo anterior determina que ésta deberá ser establecida por la entidad teniendo en cuenta la estructuración del contrato.

Sin embargo, es importante destacar que éste es un amparo de naturaleza pos contractual, pues cubre riesgos que se evidencian con posterioridad a la terminación del contrato y por lo tanto el inicio de la vigencia de la cobertura debe corresponder con la finalización del vínculo jurídico.

¿La calidad de estudios y diseños estaría cubierta por este amparo?

Si. Ese es uno de los productos generalmente pactados dentro del contrato de consultoría

2.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes

¿Cuáles son los antecedentes y fundamentos normativos de este amparo?

Desde la perspectiva legal, el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, establece como deber de las entidades estatales el que éstas: *“Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos ... se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.”*

Por lo tanto, es claro que el amparo de calidad y correcto funcionamiento está directamente relacionado con la obligación de las entidades estatales de exigir la idoneidad de los productos que adquieren. En concordancia con lo anterior, el régimen de la garantías anterior consagrado en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, además de exigir a las entidades estatales la solicitud del amparo de calidad y correcto funcionamiento, establecía en relación con esta cobertura que: *“El valor de los amparos, de... calidad del bien o servicio,... ha de determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato con referencia en lo pertinente al valor final de la obra, bien servicio contratado u objeto del contrato.”*

¿Qué riesgos cubre este amparo?

De conformidad con lo establecido en el artículo 4.2.7 del Decreto 4828 de 2008, son dos tipos de perjuicios los que serán cubiertos por este amparo, siempre y cuando sean atribuibles al contratista:

(i) Aquellos ocasionados por la mala calidad de los bienes suministrados de conformidad con lo pactado en el contrato y

(ii) Los derivados del incumplimiento de las normas técnicas²¹del bien.

En reciente jurisprudencia, el Consejo de Estado estableció que la calidad y el correcto funcionamiento corresponden a dos riesgos con características diferentes, aunque pueden estar incluidos dentro del mismo amparo. Al respecto señaló lo siguiente²²:

“Al respecto cabe precisar que la calidad y el correcto funcionamiento son dos amparos autónomos pues cubren dos tipos de riesgos diferentes: i) la calidad, cubre al asegurado contra el riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista en lo pertinente a las especificaciones y requisitos mínimos pactados en el contrato, y, ii) el correcto funcionamiento protege al asegurado por los perjuicios que puede sufrir por el deficiente funcionamiento de los bienes o equipos que le han suministrado, instalado o reparado. Tales riesgos bien pueden estar cubiertos con el mismo amparo, pues la complementación que se da entre ellos es estrecha, toda vez que en la medida en que la calidad del servicio -reparaciones de equipos o maquinaria-, haya sido satisfactoria, o los elementos -equipos y maquinaria- suministrados sean de buena calidad, ello incidirá de manera directa en su correcto funcionamiento.”

Ahora bien, es preciso resaltar que por mandato legal contenido en las disposiciones de protección al consumidor, todos aquellos que ostenten la calidad de proveedores, expendedores o productores de bienes y servicios deben garantizar la idoneidad y calidad de lo que producen o venden. Es por ello que, y tal como lo ha explicado la Superintendencia de Industria y Comercio²³, a la luz de lo establecido en el Estatuto del Consumidor, Decreto 3466 de 1982, existen tres tipos de garantías:

1. La Garantía Mínima Presunta: El artículo 11 del Estatuto del Consumidor consagra la obligatoriedad de los productores de garantizar las condiciones de calidad e idoneidad de aquellos bienes sujetos a registro o licencia. La norma señala lo siguiente:

“Art. 11. Garantía Mínima Presunta. Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia, correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, es requisito obligatorio de todo registro indicar el término durante el cual se garantizan las condiciones de calidad e idoneidad que se ofrecen, cuando la autoridad competente no haya fijado mediante resolución el término de dicha garantía mínima presunta, según la naturaleza y clase de los bienes y servicios; cuando el término señalado por la autoridad competente afecte algún término ya registrado, este último se entenderá modificado automáticamente de acuerdo con aquel, a menos que el término registrado previamente sea mayor al fijado por la autoridad competente, caso en el cual prevalecerá el registrado por el productor.

Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores.

La garantía de que trata este artículo podrá hacerse efectiva en los términos previstos en el artículo 29.”

2. Garantías Voluntarias: Como su nombre lo indica provienen de la autonomía de la voluntad de los proveedores o productores de productos que otorgan garantías en exceso de la mínima presunta.

3. Garantía Mínima de Calidad e Idoneidad que se debe garantizar respecto de los bienes que no se encuentran sujetos a licencia o registro.

En ese sentido, el otorgamiento de las garantías se entenderá sin perjuicio de las obligaciones del contratista de conformidad con el régimen de protección del consumidor descrito.

Suficiencia

El artículo 7.7 del Decreto 4828 de 2008 establece que el valor a garantizar deberá establecerse de conformidad con las características del contrato asegurado.

Vigencia

El régimen de garantías vigente señala que la vigencia de este amparo deberá establecerse por la entidad contratante, sin embargo, fija un límite mínimo para su otorgamiento que corresponde al periodo en el cual el contratista debe otorgar la garantía mínima presunta y responder por los vicios ocultos.

Responsabilidad fiscal

El párrafo del artículo 4 del Decreto 4828 de 2008 establece que la garantía de cumplimiento también cubrirá los perjuicios causados a la entidad contratante derivados de la declaratoria de responsabilidad fiscal del contratista, siempre que dicha declaratoria sea consecuencia del incumplimiento de obligaciones surgidas del contrato garantizado. Ello significa que ESTOS PERJUICIOS NO SE CUBREN CON CARGO A UNA COBERTURA INDEPENDIENTE, y activarán el amparo respectivo dependiendo de la naturaleza de la prestación inejutada.

Pies de páginas

1- Expediente 12724

2- CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Consejero ponente: REINALDO CHAWARRO BURITICÁ, ocho (8) de agosto de dos mil uno (2001)
Radicación número: AC-10966 - AC-11274

3- Concepto del 17 de marzo de 2004

4- Consultar el capítulo sobre condiciones de la póliza, en donde se establecen las exclusiones autorizadas.

5- Al respecto, ver sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera del 20 de octubre de 2005 Expediente 14579.

6- En ese sentido ver, artículo 87 del decreto 2474 de 2008

7- Artículo 1715. La compensación se opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una

Pies de páginas

y otra reúnan las calidades siguientes:

"1º Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

"2º Que ambas deudas sean líquidas, y

"3º Que ambas sean actualmente exigibles.

"Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor".

8- CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 25 mayo de (2006). Radicación: 1.748

9-Ley 80 de 1993, "Artículo 18".- 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 evidencia 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. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento."

10-Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Expediente 17031

11- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Expediente 26699

12- Ver excepción en capítulo grandes proyectos de infraestructura.

13 -Ver excepción en capítulo grandes proyectos de infraestructura.

14- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 10876

15- Debe recordarse que de conformidad con el artículo 2060 del Código Civil, que regula el contrato de obra establece que: "si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en 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 vicios de los materiales, será responsable el empresario".

16- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA 16 de marzo de 2000. C.P.: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE Expediente No. 10.876

17- De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, por calidad se entiende "Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor."

Desde el punto de vista normativo, el artículo 1 del decreto 3466 de 1982 conocido como estatuto del consumidor, define la calidad de un bien o ser vicios como "El conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan distinguen o individualizan".

18- El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría de la siguiente manera." 2o. Contrato de consultoría Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato."

19- El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de prestación de servicios de la siguiente manera:"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."

20- El artículo 54 del Decreto 2474 de 2008 establece que:" Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad."

21- El decreto 2269 de 1993 define norma técnica como el "Documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que suministra, para uso común y repetido, reglas, directrices y características para las actividades o sus resultados, encaminados al logro del grado óptimo de orden en un contexto dado. Las normas técnicas se deben basar en los resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la experiencia y sus objetivos deben ser los beneficios óptimos para la comunidad;"

22- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009 exp.14667

23- Concepto 02016425 del 28 de Febrero de 2002

CAPITULO III. EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA

Cuando el contrato estatal se garantiza mediante una póliza de seguro, el régimen del Código de Comercio en relación con la notificación del siniestro al asegurador consagrado en el artículo 1075 y siguientes del Código de Comercio, se ve reemplazado por la aplicación de las disposiciones especiales de contratación pública, que avalan a la entidad contratante, para, a través de un acto administrativo motivado, constituir el siniestro y hacer efectiva la cláusula penal o estimar el monto del perjuicio causado. Al respecto, la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:¹

“...se deduce claramente que las entidades públicas pueden hacer efectivas las garantías constituidas a su favor por el contratista, mediante un acto administrativo que bien puede ser aquel en el que previamente se declare el incumplimiento.

Si bien es cierto que esta Sección había adoptado diversas posturas¹⁷ respecto de la facultad de declarar el incumplimiento mediante acto administrativo con el objeto de hacer efectiva la póliza de cumplimiento, cabe precisar que la jurisprudencia reciente¹⁸ de la Sala ha considerado que la ley prevé esta facultad, cuando regula la competencia de la entidad para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro asegurado.”

Desde la perspectiva normativa, esta facultad encuentra su sustento en el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 14. Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

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

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

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

El acto administrativo en comento debe ser notificado tanto al contratista como a la compañía de seguros, con el fin de que éstas puedan hacer ejercicio de su derecho de defensa a través de la interposición del recurso de reposición de conformidad con las reglas establecidas en el Código Contencioso Administrativo.

Como puede observarse, en la norma citada se otorgan dos facultades a las entidades contratantes: (i) la de constituir el siniestro para efectos de activar la garantía y (ii) la de cuantificar la pérdida.

Respecto al primer punto, históricamente se había suscitado una controversia en relación con la naturaleza constitutiva o declarativa del acto administrativo en comento, la cual parecía haber sido superada por la norma trascrita, en donde de manera diáfana se establece que para los eventos de caducidad y multas el acto administrativo es constitutivo del siniestro, no así en los demás casos de incumplimiento. No obstante lo anterior, pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por el Consejo de Estado con posterioridad a la entrada e vigencia del Decreto 4828 de 2008, han sostenido por vía general la tesis de la naturaleza declarativa, tal como se evidencia en la sentencia que se transcribe a continuación:²

“De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como termino máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto.”

Aunado a lo anterior, en el mismo pronunciamiento jurisprudencial, el Consejo de Estado modificó su posición sobre la contabilización del término de caducidad cuando en ejercicio de la acción de controversias contractuales, se controvierta el acto administrativo a través del cual se hace efectiva la garantía. En efecto, señaló que si la póliza se activa durante la ejecución del contrato, el término de caducidad empezará a contabilizarse a partir de la liquidación o terminación del mismo. Ahora bien, si se trata de un amparo pos contractual, el plazo de la caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo del siniestro.

No obstante lo anterior, consideramos que además de los casos de caducidad y multas, en el evento de declaratoria de incumplimiento, el acto administrativo a través del cual se hace efectivo el siniestro también es de carácter constitutivo, por lo que éste se debe proferir y debe quedar en firme durante la vigencia del respectivo amparo.

La anterior afirmación encuentra sustento en la constitución misma del amparo de cumplimiento, pues teniendo en cuenta que el riesgo cubierto es el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista estatal, no sólo es necesario que se produzcan los hechos cubiertos por la póliza sino que adicionalmente la entidad califique los mismos como constitutivos de dicho incumplimiento. Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:³

“...el acto administrativo que reconoce o declara la ocurrencia del riesgo es CONSTITUTIVO del siniestro, por lo cual, a mi juicio, resulta indispensable que la póliza correspondiente se encuentre vigente no solo al momento en que ocurre materialmente el hecho asegurado sino cuando incluso cobra firmeza el acto administrativo que constituye el siniestro.... Igualmente se encuentran importantes pronunciamientos jurisprudenciales que desde el año de 1998 ya habían definido con claridad que la configuración del siniestro no dependía exclusivamente de la ocurrencia meramente fáctica de los hechos o riesgos asegurados, sino que, para la constitución del mismo, resulta indispensable la expedición del correspondiente acto administrativo respecto del cual, como resulta apenas natural, debía poder predicarse su ejecutoria”.

Adicionalmente, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado, las multas constituyen una especie dentro del género de cláusulas penales:⁴

“Para el Diccionario de la Real Academia, la palabra multa significa “pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado,” proposición que indica claramente que en el lenguaje común el término multa se emplea para definir sanciones pecuniarias tanto de carácter público, esto es derivadas de la “falta, exceso o delito”, como de carácter privado, que son las pactadas convencionalmente. Se trae a cuento esta definición con el fin de indicar que una estipulación contractual denominada “multas” puede ser una cláusula penal de las reguladas por el derecho privado en las normas que se comentan, de manera que no necesariamente una cláusula así intitulada en un contrato estatal, implica por sí misma que se esté pactando una “sanción pecuniaria” a manera de potestad exorbitante. Habrá que analizar en cada caso concreto el pacto en cuestión, aplicando las reglas sobre interpretación de los contratos contenidos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, según las cuales debe estarse a la intención de las partes una vez sea conocida claramente, y también la que expresa que el sentido en que una cláusula sea capaz de producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

Bajo esa perspectiva, y teniendo en cuenta que el amparo de cumplimiento cubre el pago de las multas y de la cláusula penal pactada, no existiría razón alguna para que el acto administrativo que hiciera efectivo dicho amparo tuviera un tratamiento en el evento de las multas y otro en el caso de la cláusula penal pecuniaria.

Por lo tanto, bajo la tesis expuesta, el acto administrativo que declare la caducidad, imponga una multa o declare el incumplimiento debe expedirse y quedar en firme durante la vigencia de la póliza. Es a través de su existencia y perfeccionamiento que se conforma el riesgo amparado por la garantía. En relación con la facultad de cuantificar el perjuicio, es preciso aclarar, que dentro de la motivación del acto administrativo deben dejarse reseñados los fundamentos que se utilizaron para la estimación del mismo según lo indicado en el artículo 1.077 del Código de Comercio.

Pies de páginas

- 1- CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA Consejero Ponente Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA (13) de mayo de dos mil nueve (2009) Radicación No. 25000-2331-000-11430
- 2- CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA 22 de abril de 2009 CP: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR Radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)
- 3- Aclaración de voto a sentencia de 2008 marzo 04, Gil Botero, Enrique
- 4- CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006).Radicación: 1.748

CAPITULO IV. DIVISIBILIDAD

Uno de los principales avances de la reforma al régimen de contratación estatal contenido en la Ley 1150 de 2007 hace referencia a la posibilidad prevista en el artículo 7 de dicha norma de dividir las garantías que se otorgan para avalar un proyecto estatal. En efecto, la norma legal dio vía libre a esa posibilidad y definió al reglamento el establecimiento de las condiciones jurídicas en que se permitiría el otorgamiento de varias garantías para un mismo proyecto.

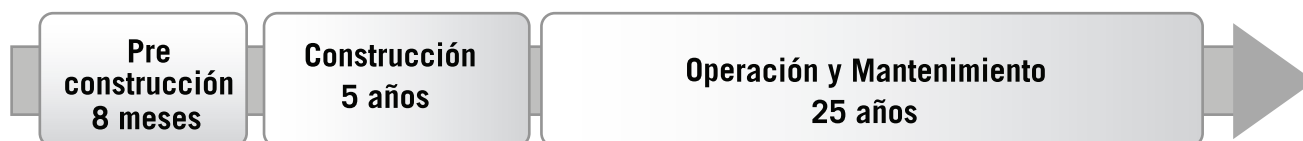
El artículo 9 del Decreto 4828 de 2008 desarrolla el principio de divisibilidad de las garantías, bajo las siguientes reglas:

-La indivisibilidad de la garantía constituye la regla general y la divisibilidad la excepción.

-Para que sea viable jurídicamente dividir la garantía se deben cumplir dos condiciones: i) que el plazo del contrato exceda de cinco años y (ii) que por la estructura del negocio jurídico éste se ejecute por etapas o que para su desarrollo se requiera su división en etapas

¿Cuándo se cumplen estos requisitos cómo opera la divisibilidad?

Se abre la posibilidad para el contratista de otorgar garantías de cumplimiento individuales por cada una de las etapas del contrato a ejecutar, situación que se ilustra con ejemplo que se presenta a continuación:



Por lo tanto, el contratista podrá otorgar una garantía para la etapa de pre construcción, otra para la de construcción y otra para la etapa de operación y mantenimiento.

¿Por qué es favorable esta posibilidad de dividir las garantías?

Porque facilita la consecución de pólizas, toda vez que respecto de los contratos de plazos amplios, como es el caso de las concesiones, existía una dificultad para la colocación de reaseguro, elemento fundamental para el otorgamiento de seguros de cumplimiento, que por cubrir valores asegurados muy altos no podrían ser retenidos en su totalidad en el patrimonio de la aseguradora.

¿Qué riesgos cubriría la garantía de cada etapa?

Los riesgos cubiertos serán los relacionados con el pago de los perjuicios generados por el incumplimiento de obligaciones que deban ser ejecutadas en la respectiva etapa, aunque éstas trasciendan a una posterior. En este caso, cuando una obligación se ejecute durante varias etapas, bastará que sea cubierta dentro de una de éstas.

¿Cómo se calculan los valores asegurados de las garantías cuando éstas se otorgan por etapas?

Estos se calculan con base en el costo de las obligaciones a ejecutar en la etapa que va a ser garantizada, situación que debe ser claramente definida en los pliegos de condiciones.

¿Cómo opera dicha divisibilidad?

Teniendo en cuenta que la garantía se otorga para cada etapa, seis meses antes a la culminación de la misma, el garante deberá manifestar a la entidad contratante, por escrito, que no va a continuar garantizando la siguiente etapa del proyecto. Este lapso es útil para que el contratista pueda iniciar la búsqueda de una nueva garantía, pues el hecho de que el asegurador decida no continuar, no lo exime de su obligación de conseguir un nuevo aval.

¿Qué sucede si el garante guarda silencio y no notifica su intención de no garantizar la siguiente etapa?

Quedará obligado a otorgar la garantía para la siguiente etapa

¿Qué ocurre si el garante renuncia y el contratista no consigue reemplazar la garantía?

Aunque el Decreto 4828 de 2008 establece en su artículo 9 que en el contrato se deberá prever el mecanismo para restablecer la garantía, lo cierto es que si el contratista no la consigue lo procedente sería la terminación anticipada del contrato, situación que debe ser prevista en el acuerdo de voluntades, tal como ya se dijo.

¿Si el contratista incumple la obligación de renovar, reponer u otorgar la garantía podría la entidad declararle la caducidad?

No, por dos razones: (i) el artículo 9, ya mencionado, consagra de manera expresa que cuando el contratista no logra conseguir una nueva garantía no podrá hacerse efectiva la que fue otorgada en la etapa inmediatamente anterior y (ii) el artículo 13 que establecía como causal de caducidad el no reponer, renovar u otorgar la garantía fue derogado por el Decreto 2493 de 2009.

CAPITULO V.

GRANDES PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

El seguro de cumplimiento para entidades estatales tiene en la práctica dos características que lo diferencian de la mayoría de los ramos de seguros de daños. Por una parte, en algunos eventos cubre riesgos que superan las vigencias anuales, y por otro lado, en ciertos proyectos implica el amparo de sumas de importante cuantía, que a su vez corresponden a los denominados “mega proyectos” de gran envergadura para el desarrollo de la infraestructura del país.

Por la cuantía y el tipo de riesgos asumidos, esta clase de seguro tiene una estrecha relación con el reaseguro, pues éste constituye un elemento necesario para su otorgamiento en los grandes proyectos de infraestructura. En efecto, en promedio el ramo cede al reasegurador el 53% de las primas que emite.

Ahora bien, en épocas de crisis financiera, en donde la oferta de reaseguro se reduce por la escasez de capital, los reaseguradores deciden orientar los recursos disponibles a ramos que demanden sumas menores y a través de los cuales se amparen riesgos de vigencia anual, lo que permita mayor movilidad de capital.

Teniendo en cuenta la disminución que sufrió la oferta de reaseguro para el ramo de cumplimiento en el primer semestre de 2009, y el correlativo aumento de contratos cuya cuantía superaba los quinientos mil millones de pesos, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2493 de 2009 a través del cual efectuó dos ajustes importantes para viabilizar el aseguramiento de los grandes proyectos de infraestructura: (i) posibilidad de dividir la etapa de operación y mantenimiento y (ii) reducción de los valores asegurados para dichos megaproyectos.

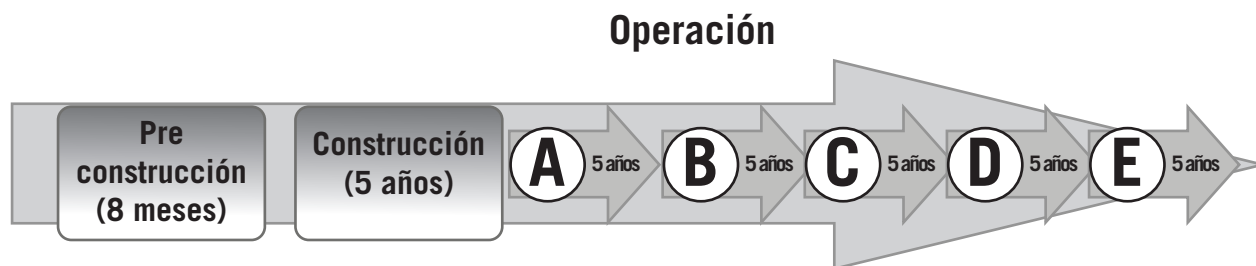
Divisibilidad de la etapa de operación y mantenimiento

Como se explicó en un capítulo anterior, existían dificultades en el mercado para asegurar proyectos cuya vigencia fuera superior a cinco años, pues ése es el plazo máximo por el cual el reaseguro otorga respaldo. Es por ello que el artículo 9 del Decreto 4828 de 2008, permitió la divisibilidad de un contrato para efectos de su aseguramiento, siempre que éste tuviera un plazo superior a cinco años, y que su cumplimiento se desarrollara en etapas o que para su ejecución se precisara de esa división. Bajo la autorización de la norma citada, el contratista v.g. de una concesión vial, podía entonces otorgar una garantía para la etapa de pre-construcción otra para construcción y una para operación.

Sin embargo, aún persistía una dificultad respecto de la garantía para la etapa de operación, típica fase de los proyectos de concesión u explotación, toda vez que ésta es la más larga de los proyectos y generalmente su duración supera los cinco años.

Es por esta razón que el Decreto 2493 de 2009 estableció la posibilidad de subdividir la etapa de operación cuando ésta supere los cinco años en etapas de uno hasta cinco años. En este evento, el valor asegurado de estas “subetapas” será determinado en los pliegos de condiciones y deberá estar debidamente soportado.

Bajo esa perspectiva, en lugar de tener una garantía para la etapa de pre construcción, otra para la



de construcción y otra para la de operación, ahora ésta última podrá a su vez estar subdividida en etapas, tal como se ilustra en el esquema que se presenta a continuación:

Es importante destacar, que a las etapas en que se divida la operación y mantenimiento del proyecto se aplicarán las mismas reglas que preveía la norma original, es decir, la posibilidad del garante de retirarse si notifica a la entidad con seis meses de anticipación al vencimiento de cada sub etapa y la imposibilidad de afectar la garantía expedida en la vigencia inmediatamente anterior si el contratista no logra el otorgamiento de una nueva.

Reducción de Valores Asegurados

Teniendo en cuenta que el valor asegurado guarda relación directa con la cuantía del contrato, toda vez que de conformidad con lo previsto en el Decreto 4828 de 2008 el primero es fijado con base en un porcentaje del segundo, en el caso de grandes proyectos de infraestructura, los valores establecidos además de superar la capacidad de respaldo del mercado nacional, en algunos casos resultaban innecesarios en el monto exigido, como es el del amparo de salarios y prestaciones sociales, pues debido a los estrictos controles que por mandato de la ley realizan las entidades estatales frente al cumplimiento de las obligaciones laborales del contratista, sería técnicamente imposible que un siniestro por este riesgo ascendiera v.gr. a sumas cercanas a los cincuenta mil millones de pesos.

Bajo esa perspectiva, el Decreto 2493 de 2009 introdujo un párrafo al artículo 7 del Decreto 4828 de 2008, en el cual autoriza, previa justificación y soporte en los estudios y documentos previos, que en aquellos contratos estatales cuya cuantía supere el millón de salarios mínimos legales mensuales (cuatrocientos noventa y seis mil novecientos pesos de 2009), podrán disminuirse los porcentajes correspondientes a los diferentes amparos que conforman la garantía de cumplimiento, para lo cual la norma estableció un piso, es decir, que los valores asegurados solicitados resultantes de aplicar esta regla no podrán ser en todo caso inferiores a los que corresponden a un proyecto de un millón de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Un ejemplo puede ilustrar mejor la modificación normativa comentada:

Si a un proyecto de dos billones de pesos se le aplican los porcentajes exigidos por el Decreto 4828 de 2008 para los amparos de cumplimiento y salarios, tendríamos un valor asegurado de 200 mil millones de pesos en el primer caso, y de 100 mil millones en el segundo. Con la modificación introducida por el Decreto 2493 de 2009, estos amparos podrían disminuirse hasta a cincuenta mil y veinticinco mil millones de pesos, respectivamente.

Resulta relevante destacar que esta regla se aplicará solamente a los amparos que conforman la garantía de cumplimiento. Respecto de la seriedad de la oferta, el Decreto 2493 de 2009 también modificó los valores asegurados exigidos de la siguiente manera:

Valor Contrato	Valor Asegurado D. 4828 de 200		Valor Asegurado Decreto 2493 de 2009	
Desde 1 hasta 999.999 s.m.m.l.v	10%	como mínimo	10%	como mínimo
Desde 1 millón hasta 4 millones 999 mil s.m.m.l.v	5%	como mínimo	2,5%	como mínimo
Desde 5 hasta 10 millones de s.m.l.m.v	2,5%	como mínimo	1%	como mínimo
Superior a 10 millones de s.m.m.l.v	2.0%	como mínimo	0,5%	como mínimo

Estas dos medidas promueven la consecución de reaseguro, y de esta manera dinamizan el procesos de aseguramiento de las grandes obras de infraestructura.

CAPITULO VI. CONDICIONES ESPECIALES DE LA PÓLIZA

En desarrollo del mandato contenido en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, el Decreto 4828 de 2008 estableció en su artículo 15 las condiciones generales que deben tener las garantías cuando éstas se materialicen en una póliza de seguros. En ese sentido, merecen especial comentario las disposiciones relacionadas con las exclusiones permitidas, la cláusula de proporcionalidad y la no terminación por impago de la prima.

I. Prohibición Cláusula de Proporcionalidad

El artículo 15.3 del mencionado Decreto prohibió la inclusión en las pólizas que garanticen contratos estatales de la cláusula de proporcionalidad la cual definió como aquella en virtud de la cual “el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido”, para mayor comprensión de los alcances de esta cláusula, se ilustra con un ejemplo:

Si se garantiza un contrato de mil millones de pesos, el valor asegurado para el amparo de cumplimiento será de cien millones de pesos. Ahora bien, si el contratista incumple el 10% del contrato, y se pactó la mencionada cláusula de proporcionalidad, la indemnización pagada no sería de 100 millones de pesos, sino de diez, por cuanto es el resultado de aplicarle al valor asegurado el porcentaje incumplido.

Es importante resaltar que la prohibición anteriormente explicada no guarda relación alguna con la posibilidad de reducir el valor de la cláusula penal, en proporción de lo recibido por el contratante, de conformidad con el artículo 1.596 del Código Civil.

II. Exclusiones

Las denominadas exclusiones corresponden a una¹ “decisión, que generalmente corresponde a la entidad aseguradora, en virtud de la cual no quedan incluidos en las garantías de la póliza determinados riesgos, o quedando incluidos éstos, las garantías del contrato no surtirán efecto cuando concurren a ellos determinadas circunstancias o condiciones preestablecidas”.

Respecto de las pólizas de seguros que respaldan contratos estatales, el Decreto 4828 de 2008 estableció que sólo será válido el pacto de las exclusiones que se exponen a continuación:

1. Causa extraña

El numeral 15.2.1 del Decreto 4828 de 2008 definió esta exclusión como “la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima”, a continuación se analizarán cada uno de estos conceptos.

Fuerza Mayor y caso Fortuito: El artículo 1 de la Ley 95 de 1890 define la fuerza mayor o el caso fortuito como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público” estos conceptos han sido entendidos como eximente de responsabilidad contractual, en razón a su carácter de imprevisibilidad e irresistibilidad. Al respecto el Consejo de Estado² ha señalado lo siguiente:

“Al respecto, se observa que las figuras de la fuerza mayor y el caso fortuito son causales de justificación del incumplimiento contractual, cuando impiden de manera absoluta la ejecución de las

prestaciones a cargo de una de las partes y no cuando simplemente la dificultan, por cuanto como es bien sabido, a lo imposible nadie está obligado; por otra parte, debe tratarse de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles, es decir que no existían al momento de celebrar el respectivo contrato; es así como el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, estipula que “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”

Por lo tanto, teniendo en cuenta que los perjuicios causados por el incumplimiento que se produzca en razón a la ocurrencia de un hecho catalogado como caso fortuito o fuerza mayor no pueden ser imputables al contratista, resulta lógico que se incluyan como causales de exclusión de la garantía.

Hecho de un Tercero: si la causa del incumplimiento tiene origen en una persona distinta del contratista, al no serle imputable el daño, los perjuicios no podrán ser reclamados con cargo a la garantía.

Culpa de la Víctima: esta exclusión es concordante con el principio de derecho en virtud del cual “nadie puede alegar en su favor su propia negligencia”.

2. Daños causados por el contrista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de este: Los daños que se ocasionen a bienes no relacionados con el contrato, v.gr. Cuando en desarrollo de un contrato de obra que tiene por objeto remodelar el piso 2 de la sede de la entidad se daña la fachada, están protegidos bajo otro seguro, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 16,4 del Decreto 4828 de 2008 que es del siguiente tenor:

“16.4 Protección de los bienes

De conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, la entidad contratante deberá evaluar si con ocasión de la ejecución del contrato existe riesgo de daño para sus bienes. En ese evento deberá exigir a su contratista, en la póliza de responsabilidad extracontractual, la contratación de un anexo de responsabilidad contractual que cubra los daños a esos bienes que se puedan generar con ocasión del contrato. El valor asegurado se establecerá a criterio de la entidad.”

3. Uso indebido

El Decreto 4828 de 2008 consagra como excepción admisible en la póliza de cumplimiento la relacionada con “El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.” La cual se encuentra en plena concordancia con la causal eximente de responsabilidad consagrada en el artículo 26 del Estatuto del Consumidor que es del siguiente tenor:

“Sólo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad del productor que da lugar a la aplicación de las sanciones administrativas previstas en los artículos 24o. y 25o. y a la indemnización de perjuicios contemplada en el artículo 36o., la fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado, o el hecho de un tercero (...) debidamente probados conforme al procedimiento indicado en el artículo veintiocho. En todo caso deberá probarse también el nexo de causalidad entre el motivo de exoneración invocado y la falta de correspondencia entre la calidad e idoneidad registradas o las contenidas en la licencia o en la norma técnica oficializada, o con las que ordinaria y habitualmente se exijan en el mercado y las que efectivamente tenga el bien o servicio respectivo.”

Por lo tanto, resulta claro que si no es procedente la declaratoria de responsabilidad del productor tampoco sería viable hacer efectiva la garantía.

4. Demérito o deterioro natural de los bienes

Esta excepción encuentra su explicación en la falta de riesgo asegurable, que de conformidad con el Código de Comercio, es uno de los elementos del contrato de seguros, toda vez que el demérito o deterioro de los bienes es un hecho cierto.

III. No revocatoria por impago de la prima

En este punto, el Decreto Reglamentario 4848 de 2008 reiteró lo ya establecido en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 en virtud del cual las garantías “no expirarán por falta de pago de la prima o revocatoria unilateral”, por lo tanto, conforme a dicha preceptiva legal, y aplicando el principio de economía consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no es necesaria la exigencia del recibo de pago de la prima, por parte de las entidades estatales.

IV. Otros Aspectos

Inoponibilidad de excepciones por reticencia e inexactitud

Con el fin de mantener la unidad del contrato de seguro y garantizar el equilibrio de las obligaciones que emanan del mismo, el Código de Comercio establece dos normas que se complementan entre sí, cuando en él se ven involucradas diferentes personas en la parte asegurada (tomador, asegurado y beneficiario). La primera de ellas es el artículo 1041 el cual señala que las obligaciones que surgen del contrato deberá cumplirlas quien se encuentre en capacidad de hacerlo, y la segunda es el artículo 1044 de dicho estatuto, el cual faculta a la aseguradora para oponerle a cualquiera de estas personas las excepciones que le hubiese podido oponer al tomador, asegurado o beneficiario, salvo que por vía de la autonomía de la voluntad se pacte lo contrario.

Sin embargo el Decreto 4828 de 2008, limita la autonomía de la voluntad en este punto, toda vez que establece que “A la entidad estatal no le serán oponibles por parte del asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.”

Aprobación de la garantía

Teniendo en cuenta que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece como requisito de ejecución del contrato estatal, la aprobación de la garantía, siguiendo la anterior previsión normativa el artículo 11 del Decreto 4828 de 2008 estableció los parámetros para dicha aprobación, los cuales hacen referencia al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias propias de cada mecanismo de cobertura. Adicionalmente, la norma reglamentaria prescribe que la entidad deberá verificar que la garantía ampare los riesgos establecidos objeto de los diferentes amparos.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta aprobación, además de ser un requisito necesario para la ejecución del contrato, genera una importante consecuencia jurídica en la medida en que convierte a la entidad estatal en parte del contrato de seguro, tal como lo señaló en el auto del 30 de enero de 2008 en el que se manifestó al respecto lo siguiente:

“De esta manera, se tiene entonces que en los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de otros contratos estatales, en cuanto medie la aprobación que la entidad estatal contratante haya impartido a los términos de la póliza expedida por la compañía aseguradora -aprobación que constituye requisito legal para que pueda darse inicio a la ejecución del contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 41, Ley 80)-, en modo alguno puede admitirse que a la respectiva entidad estatal contratante se la califique como un tercero, ajeno por completo al referido contrato de seguro de cumplimiento, puesto que queda visto que con ocasión de la aceptación o ratificación que ella imparte a la estipulación que la aseguradora ha realizado en su favor, i) aquella asume directamente la condición de parte dentro del correspondiente contrato de seguro; ii) porque de todas maneras resulta claro que la entidad estatal contratante es la verdadera titular del riesgo asegurable y, por ende, le corresponde la posición del asegurado y, además, iii) porque en todo caso se tiene que la aceptación o ratificación que la entidad estatal contratante imparte a la estipulación

de la aseguradora configura una relación contractual que erige a aquella en la única legitimada para exigirle a la aseguradora el pago de las obligaciones indemnizatorias, en los eventos en que acaezca el respectivo siniestro.”

Finalmente, resulta pertinente aclarar que la aprobación de una garantía que no cumpla con las disposiciones legales o reglamentarias o que no corresponda a los mecanismos de cobertura avalados por el Decreto 4828 de 2008, podría hacer incurrir a los servidores públicos en responsabilidad disciplinaria, fiscal e incluso penal de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Certificados modificatorios

Aunque el contrato de seguro es consensual de conformidad con lo establecido en el artículo 1036 del Código de Comercio, su existencia sólo puede ser acreditada por escrito o por confesión. Por eso, para asegurar que el contrato estatal permanezca garantizado, cuando se realicen modificaciones al mismo, es muy importante que el otrosí o contrato adicional que las contenga sea remitido a la aseguradora, para que ésta si acepta asumir el nuevo riesgo manifieste su consentimiento y expida con carácter probatorio el respectivo anexo modificatorio.

Pies de páginas

- 1- Diccionario Mapfre de Seguros.
- 2- Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2006.
- 3- Cp Mauricio Fajardo

Amparo: Eventos cubiertos por la garantía.

Asegurado: “es la persona que en sí misma o en sus bienes o intereses económicos está expuesta al riesgo.”¹

Beneficiario: “persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada ”²

Coaseguro: Esta figura se produce cuando dos o más entidades aseguradoras concurren a amparar un mismo riesgo.

Exclusión: “ decisión, que generalmente corresponde a la entidad aseguradora, en virtud de la cual no quedan incluidos en las garantías de la póliza determinados riesgos, o quedando incluidos éstos, las garantías del contrato no surtirán efecto cuando concurren a ellos determinadas circunstancias o condiciones preestablecidas”.³

Interés Asegurable: “relación -relatio- de carácter económico que liga -o vincula- a una persona con una cosa, con una universalidad, consigo misma, etc, en potencia amenazadas por la realización del riesgo cubierto”⁴

Póliza: Documento contentivo del contrato de seguro.

Reaseguro: contrato mediante el cual “ el asegurador transfiere al reasegurador la totalidad o parte de los riesgos asumidos bajo uno o más contratos de seguro, por un costo determinado o determinable”⁵

Reticencia: Declaración contraria a la realidad de circunstancias conocidas por el Asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el Asegurador hubiese conocido el verdadero estado del riesgo.

Revocatoria Unilateral: “el artículo 1071 del Código de Comercio, dispone que el contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez (10) días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador.” Para el ramo de cumplimiento, cuando el seguro avala contratos estatales, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 señala que la póliza no expirará por revocatoria unilateral.⁶

Riesgo: “suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador asegurado o beneficiario”⁷

Siniestro: Realización del riesgo asegurado⁸

Tomador: Persona que traslada los riesgos, obrando por cuenta propia o ajena.⁹

Pies de páginas

- 1- Diccionario de Seguros Mapfre.
- 2- Código de Comercio Legis, No 5303
- 3- Diccionario de Seguros Mapfre
- 4- Corte Suprema de Justicia Sentencia de Casación Civil de 21 de marzo de 2003, Exp. 6642.
- 5- Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Cuarta Sentencia de 1998 julio 24
- 6- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008077675-001 del 20 de enero de 2009
- 7- Artículo 1054 Código de Comercio
- 8- Artículo 1072 del Código de Comercio
- 9- Artículo 1037 del Código de Comercio.

Elaborado por:
Cámara de Cumplimiento
Laura Reyes Yunis

Presidente Fasecolda
Roberto Junguito Bonnet

**Dirección de Comunicaciones y
Mercadeo:**
Ingrid Vergara Calderón

Diseño, Diagramación, Portada:
Oswaldo Lara Arcos

Producción
IN HOUSE Fasecolda

Imágenes
Shutterstock.com

Impresión
Offset Gráfico

Prohibida su reproducción total y parcial, sin autorización de los editores.