

Información Importante

La Universidad de La Sabana informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad de La Sabana.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan finalidad académica, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, La Universidad de La Sabana informa que los derechos sobre los documentos son propiedad de los autores y tienen sobre su obra, entre otros, los derechos morales a que hacen referencia los mencionados artículos.

BIBLIOTECA OCTAVIO ARIZMENDI POSADA
UNIVERSIDAD DE LA SABANA
Chía - Cundinamarca



El presente formulario debe ser diligenciado en su totalidad como constancia de entrega del documento para ingreso al Repositorio Digital (Dspace).

TITULO	DE LAS GARANTÍAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL 2012		
SUBTITULO			
AUTOR(ES) Apellidos, Nombres (Completo) del autor(es) del trabajo	MARÍA XIMENA MORALES ARBELÁEZ		
PALABRAS CLAVE (Mínimo 3 y máximo 6)	CONTRATO		RIESGO
	INCUMPLIMIENTO		MULTAS
	OBLIGACIONES		CLAUSULA PENAL
RESUMEN DEL CONTENIDO (Mínimo 80 máximo 120 palabras)	<p>En el presente ensayo la autora realiza una descripción genreal de los tipos de garantías que se utilizan dentro de la contratación estatal, haciendo especial énfasis en la póliza de cumplimiento dentro de este ensayo se trataron temas relacionados con los riesgos a amparar, las personas que intervienen dentro del contrato de seguro de cumplimiento, la naturaleza del contrato de seguro deo cumplimiento y finalmente se hizo mención a las problemáticas que puedan suscitarse entre las multas, la cláusula penal pecuniaria frente a la póliza de cumplimiento como garantía de los contratos estatales. Para lograr este objetivo se elaboró entre otras un marco histórico de la póliza de cumplimiento, por lo que se analizó desde sus orígenes las leyes que lo establecieron y cual ha sido la posición del Consejo de Estado frente al poder sancionador que tiene la administración para la imposición de las multas y hacer efectiva la cláusula penal en la póliza de cumplimiento.</p>		

Autorizo (amos) a la Biblioteca Octavio Arizmendi Posada de la Universidad de La Sabana, para que con fines académicos, los usuarios puedan consultar el contenido de este documento en las plataformas virtuales de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

DE LAS GARANTÍAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL 2012

MARÍA XIMENA MORALES ARBELÁEZ

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS - FORUM
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL
CHÍA
2013**

DE LAS GARANTÍAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL 2012

MARÍA XIMENA MORALES ARBELÁEZ

**Proyecto de investigación para optar por el título de especialista en Derecho
de Seguros y Seguridad Social**

**ASESOR
JORGE GARCÍA CALUME
Abogado**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS - FORUM
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL
CHÍA
2013**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
DESARROLLO	
1. GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES	8
1.1. DEFINICIÓN	11
1.2. FINALIDAD	12
2. TIPOS DE GARANTÍAS	16
2.1. RIESGOS A AMPAR	19
2.2. CLASES DE GARANTÍAS	20
2.2.1 Fiducia Mercantil	20
2.2.2 Garantías Bancarias a primer requerimiento	25
2.2.3 Endoso en Garantía de Títulos Valores	29
2.2.4 Depósito de Dinero en Garantía	30
3. PÓLIZAS DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO OTORGADAS PARA GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LOS CONTRATOS ESTATALES	32
3.1 SEGURO DE CUMPLIMIENTO	32
3.1.1 Origen y marco normativo	32
3.1.2 Seguro de Cumplimiento a favor de entidades estatales	35
3.1.3 Definición	38
3.1.4 Objeto	39
3.1.5 Personas que intervienen	39
3.1.6 Elementos Esenciales del Contrato de Seguro	46

3.1.6.1 Interés asegurable	47
3.1.6.2 Riesgo asegurable	48
3.1.6.3 Prima	51
3.1.6.4 Obligación Condicional del Asegurador	52
4. PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO QUE GARANTIZA CONTRATOS FRENTE A LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO.	54
4.1 SEGUROS QUE NO DEBEN CONFUNDIRSI CON SEGURO DE CUMPLIMIENTO	64
4.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SEGURO QUE GARANTIZA EL CONTRATO ESTATAL	66
5. CONTROVERSIAS EN LA EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL, LAS MULTAS Y LA GARANTÍA (PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO)	70
5.1 DEFINICIÓN DE CLAUSULA PENAL Y MULTA	72
5.2 PROCEDIMIENTO EN LA REGULACION VIGENTE	73
5.3 PROCEDIMIENTO ANTE LAS ASEGURADORAS	88
5.4 PROBLEMÁTICA	91
6. CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFÍA	105

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo titulado “Garantías en la Contratación Estatal”, evidencia el esfuerzo de las entidades públicas para cumplir sus diferentes objetivos, planes y proyectos los cuales se encuentran consagrados en la Ley y en la Constitución Política y que son desarrollados en su cabalidad a través de la contratación con los particulares, lo cual hace necesario que el Estado exija respaldo a los contratistas como un elemento previsorio de un eventual incumplimiento contractual o del ofrecimiento. Dicho respaldo se realiza a través de la constitución de pólizas de seguro, Fiducia mercantil, Garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores y depósito de dinero en garantía, con el fin de que las obligaciones contraídas dentro de los contratos celebrados sean cumplidas integralmente conforme al adecuado desarrollo y consecución de los fines inherentes a dicha actividad.

Este tema despliega una gran importancia en la actualidad, debido a que hay una inminente necesidad de proteger el interés y el patrimonio público el cual se encuentra involucrado directamente en el desarrollo de los contratos estatales. Puesto que se han presentado casos en los que el patrimonio del Estado se ha visto afectado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Por lo cual se hace necesario un estudio de las diferentes normas que regulan esta materia, posiciones doctrinales y jurisprudencial.

Es importante mencionar que existen dos momentos en los cuales se deben suscribir garantías para el debido cumplimiento de las obligaciones que se contraen en pro de las buenas relaciones entre los particulares y el Estado. Estos dos momentos son en la etapa precontractual y en la etapa de la ejecución misma del contrato; temas que serán desarrollados dentro de este trabajo como un

capítulo denominado Tipos de Garantías, que se encuentran presentes dentro de la Contratación Estatal.

Así mismo se hará mención a una de las más importantes modalidades de garantías y es la denominada Garantía Única de Cumplimiento y cuál es el régimen legal que la regula. Debido a que esta especialización es de seguros se debe analizar tanto el Código de Comercio⁴ que se encarga de regular todo el tema de los seguros como tal y lo que al respecto disponga la Ley 80 de 1993⁵, Ley 1150 de 2007⁶ y el Decreto 734 de 2012⁷.

Por otra parte se hará un breve estudio de la doctrina y de la jurisprudencia que exista sobre las controversias que se derivan de la exigibilidad de la cláusula penal y la garantía que se haya constituido como respaldo de las obligaciones contractuales.

De la misma manera se realizará una breve reseña histórica sobre el tema de las garantías en contratación estatal con base a las diferentes normas que se han expedido sobre la materia. Por otro lado, la jurisprudencia que se analizará contribuirá a establecer respuestas a los siguientes interrogantes: ¿Qué pasa si dentro del contrato celebrado no se han pactado el monto de las multas o si queda de manera incompleta?; ¿puede la administración imponerla aun cuando no se haya pactado?; ¿Qué pasa si entre las partes establecen que además de constituir la póliza de seguro pactan una cláusula penal? y ¿qué pasa si la cláusula penal está mal tasada o no se determina monto alguno?; ¿Cuándo se puede hacer uso de la multa y cuando de la cláusula penal?

⁴ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. (27, Marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio.

⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28, Octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación Estatal de la Administración Pública.

⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. (16, Julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficacia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones sobre la contratación con Recursos Públicos.

⁷ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 734. (13, Abril, 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto Geón estatal, 3)neral de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

El objetivo central de este ensayo de grado será el de dar respuesta a los interrogantes planteados anteriormente, frente a la cláusula penal, las multas y la póliza de cumplimiento que garantiza contratos estatales con el fin de poder tener una posición crítica frente a los últimos sucesos que suscitaron en relación con la contratación estatal.

Para poder logra el objetivo es necesario: 1) Hacer un resumen histórico de la legislación en materia de garantías en la contratación estatal, 2) analizar las diferentes normativas que regulan el tema de las garantías en la contratación estatal, 3) Revisar la doctrina que existe sobre el tema de las garantías y especialmente sobre la póliza de cumplimiento como garantía exigible en la contratación estatal y 4) analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de los pronunciamientos del alto tribunal sobre la imposición de las multas, exigibilidad de la cláusula penal y la garantía (póliza de cumplimiento).

En el desarrollo de este trabajo se pretende darle la importancia que tiene el poder sancionatorio que tiene la administración pública para imponer las multas, hacer exigible la cláusula penal frente a la póliza de cumplimiento por lo que hay que dejar claro que frente a la póliza de cumplimiento se harán exigibles siempre y cuando hayan sido pactadas dentro del contrato estatal garantizado.

1. GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Las garantías para los contratos estatales en Colombia surgen en la época de la Segunda Guerra Mundial, cuando en el país se estaba dando el auge de **contratar las primeras obras de infraestructura gubernamentales.**

En este panorama de desarrollo se presentaban situaciones en las que el Estado entregaba los dineros para la ejecución de las obras; pero no había quien respondiera ni quien garantizara la ejecución de dichos contratos.

Debido a la situación que se vivía en ese momento el Gobierno de Eduardo Santos expidió la Ley 225 de 1938, ante la necesidad de la sociedad para que una persona respondiera por las obligaciones ajenas, donde se diera la existencia de un compromiso para con el acreedor de cumplir en todo o en parte en caso de que el deudor principal no cumpliera.

En la Ley 225 de 1938 se establecía en su artículo 1 que el gobierno procuraría que alguna o algunas de las compañías de seguros que funcionaban en el país establecieran el seguro de manejo o de cumplimiento, pero su texto completo se encuentra en el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).⁸

Pero no podemos ser ajenos a que la realidad del país ha ido cambiando a través del paso del tiempo, y así mismo las leyes tienen que irse acomodando y actualizando a estas nuevas circunstancias, por lo que en materia de contratación estatal se han expedido diversas leyes y decretos que han modificado el tema de las garantías en esta materia; entre las cuales se pueden mencionar: el Decreto 150 de 1976⁹, el cual es expedido como el primer Estatuto de Contratación para

⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 663. (2, abril, 1993). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial del 5 de Abril de 1993 No. 40820.

⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 156. (27, enero, 1976) por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Diario Oficial No. 34492.

las entidades oficiales del orden nacional, el Decreto Ley 1670 de 1975, este decreto fue expedido de conformidad con las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso de la República al Gobierno Nacional, a través de la Ley 28 de 1974¹⁰ mediante el cual se dictó el Estatuto de Contratación Estatal.

No obstante lo anterior, se reitera que la primera ley que habló del tema de contratación estatal era la Ley 225 de 1938, en la cual se creó el seguro de cumplimiento con la autorización consagrada en su artículo segundo para que el seguro de cumplimiento se hiciera extensivo al “cumplimiento de las obligaciones que emanen de las leyes o de los contratos”.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de marzo de 1983 manifestó que: “(...) el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el **NO** cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación amparada” (mayúsculas, negrilla y subrayado fuera del texto). Esto por cuanto en esta especie de contratos es considerada como una variante del Seguro de Daños el cual tiene por objeto el de servir de garantía a los acreedores de las obligaciones que tengan origen en el contrato o en la ley, acerca de su incumplimiento por parte del obligado¹¹.

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriormente mencionados sobre lo que es la póliza de cumplimiento, se debe destacar el antecedente más claro de lo que hoy conocemos como garantías para la contratación estatal se encuentra en el Decreto Ley 222 de 1983 en el cual se estableció los respaldos que debía otorgar el contratista para garantizar el cumplimiento de las prestaciones que este tiene a su cargo. La obligación allí consagrada era de carácter general y como toda regla

¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 28. (28, enero, 1975). Mediante el cual se dictó el Estatuto de Contratación Estatal Diario Oficial No. 34244

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia del 7 de mayo de 2002. Exp. 6181.
www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Jurisprudencia2002/seguro041htm.

tiene su excepción, en materia de contratos estatales tales como los contratos de empréstito, los interadministrativos y los contratos de arrendamiento en los casos en que la entidad pública fuere arrendataria esa obligación no era de carácter general. Este Decreto Ley también reglamentó su constitución como requisito para el perfeccionamiento de los contratos estatales; para los cuales se permitieron garantías admisibles tales como las fianzas, las cuales eran expedidas por los bancos y las compañías de seguros.

“Artículo 67 Decreto Ley 222 de 1983: El cumplimiento del contrato, el manejo y buena inversión del anticipo que le fuere entregado; la estabilidad de la obra o la calidad del servicio; el pago de salarios del personal que haya de utilizar para la ejecución del contrato, el correcto funcionamiento de los equipos que deba suministrar o instalar.”¹²

Por lo tanto es importante destacar que el Decreto Ley 222 de 1983 otorgó facultades a la Contraloría General de la República para la reglamentación de las cuantías y las vigencias de las garantías con el fin de que las entidades contratantes, teniendo en cuenta dicha reglamentación fijaran los valores y los plazos de las mismas.¹³

Años más tarde fue expedida la Ley 80 de 1993 con la cual se lograron unificar los riesgos que debían ampararse mediante garantía única; con la filosofía continuada de ser exigida constitución de garantías para salvaguardar el patrimonio de las entidades públicas.

De lo anterior se infiere que la infraestructura del país se encuentra integrada por diferentes actores de la economía entre los cuales se encuentran involucrados estamentos económicos muy importantes tales como el industrial, el financiero, el

¹² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 222. (2, febrero, 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 36189 de 6 de febrero de 1983.

¹³ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción Competente para conocer las controversias de las garantías de los contratos estatales. Trabajo de Grado. 2003. Pontificia Universidad Javeriana [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

inmobiliario y el de los comerciantes haciendo de ésta una fuente de empleo y por lo tanto un motor de crecimiento.

Ante el avance tanto de la infraestructura de nuestro país, como de las circunstancias que se viven en la actualidad el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) mediante la expedición del Decreto 679 de 1994. Pero es con la Ley 1150 de 2007 donde se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia de la Ley 80 de 1993. La Ley 1150 de 2007, en los aspectos que nos conciernen fue reglamentada mediante los Decretos 4828 de 2008 y 2493 de 2009.

Con la firma del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos de América; se vio la necesidad de expedir el Decreto 734 de 2012 con el objeto de compilar todas las normas que reglamentan el Estatuto General de Contratación (Ley 1150 de 2007)¹⁴.

En las precitadas normas se tratará de mostrar los aspectos más relevantes en lo que respecta de las garantías en la contratación estatal.

1.1. DEFINICIÓN

La palabra garantía tiene múltiples definiciones: Una podría considerarse en términos muy generales como la acción que una persona, una empresa o un comercio despliega para afianzar aquello que se haya estipulado, es decir, a través de la concreción o presentación de una garantía, lo que se pretenderá hacer es dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación o al pago de una deuda según corresponda.

¹⁴ ARAUJO, ARIZA, Juan Pablo. Director Cámara de Cumplimiento FASECOLDA. La Nueva Regulación del seguro de cumplimiento. La información que usted necesita del sector asegurador. Fascalda en línea. <http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/10-13.pdf>

Pero puede darse una definición un poco más concreta al tema que nos atañe que son las garantías en contratación estatal por lo que debemos acudir al Estatuto General de Contratación Estatal el cual fue expedido por la Ley 80 de 1993.

Jurídicamente las garantías según la Ley 80 de 1993 son respaldos que se exigen de manera obligatoria en la mayoría de los contratos estatales. Éstas deben ser constituidas por el contratista o proponente con la intención de que se amparen diversos riesgos que se derivan del incumplimiento del contrato o de la oferta que podría generar perjuicios donde se vea afectada la integridad patrimonial de la entidad pública contratante. El contratista debe hacerlo a través de los tipos de garantías (pólizas de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores y depósito de dinero en garantía) consagradas en el Decreto 734 de 2012 ¹⁵ lo que se quiere es garantizarle a la entidad pública lo pertinente a las etapas precontractual y contractual¹⁶. se derivan del incumplimiento del contrato o de la oferta que podría generar perjuicios en donde pueda verse afectada la integridad patrimonial de la entidad pública contratante.

1.2. FINALIDAD

La contratación estatal está concebida como el principal mecanismo para la promoción de los bienes y servicios que se necesitan para el desarrollo económico y social sostenible de una Nación. Por lo tanto la administración pública requiere de funcionarios que se caractericen por su capacidad de análisis, aptitud para introducir racionalidad al proceso decisorio y destreza en el planteamiento de objetivos, en la configuración de estrategias y en la habilidad de establecer adecuadas relaciones interpersonales, y deben estar comprometidos con la

¹⁵ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 734. (13, abril, 2012). Por el cual se reglamente el Estatuto General de Contratación Pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48400 del 13 de abril de 2012.

¹⁶ IBIDEM

implementación de las políticas públicas y su propósito esencial debe ser la correcta satisfacción de las necesidades fundamentales de la sociedad¹⁷.

De esta manera se puede decir que el tema de las garantías y en especial lo que se denominaba garantía única se encontraba regulada en el Decreto 679 de 1994 en sus artículos 16 y 17. El artículo 16 del mencionado decreto establecía que dicha garantía única “(...) *tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, debido a la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales, con sujeción a los términos del respectivo contrato **deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista** en los términos de la respectiva garantía*” (cursiva, subrayado y negrilla fuera del texto), garantía que conforme al artículo 17 del mismo decreto consagraba que “(...) *debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de operaciones amparadas*”. (Cursiva fuera del texto)¹⁸

Conforme a los lineamientos anteriores se tiene que en materia de contratación estatal el legislador dispuso la asegurabilidad de cualquier obligación que se derive de un contrato estatal constituyéndose cualquier modo de garantía establecida en el Decreto 734 de 2012 en una excepción a la restricción legal de carácter general que se encuentra prevista en el artículo 1055 del Código de Comercio. Esto significa que en este tipo de seguros el incumplimiento **si es asegurable y puede llegar a configurarse como causa del siniestro.**

El principal objetivo de las garantías en los contratos estatales es el amparar o prevenir a la entidad estatal de los perjuicios que provengan del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. De esta manera se está garantizando la

¹⁷ COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Contratación Estatal. [artículo de internet] <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2002/contratacionestatal014.htm>.

¹⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Doctrinas y Conceptos Financieros 2002. Contratación Estatal. [artículo de internet] <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2002/contratacionestatal014.htm>

satisfacción de los intereses públicos que se pretenden cubrir con la ayuda de los particulares por medio de la celebración de contratos, lo anterior con el fin de cumplir con los principios constitucionales referentes a la prevalencia del interés general (artículos 2 y 209 de la Constitución Política), la salvaguarda de los recursos del estado y la descentralización administrativa.¹⁹

De la interpretación de los artículos anteriormente citados se deduce que la garantía única que consagraba la Ley 80 de 1993 debe englobar todas las seguridades que la entidad estatal necesite exigir frente a los diferentes riesgos que puedan afectarla, en virtud del contrato y aún respecto de los riesgos que acaezcan después de que el mismo haya terminado en el cual se prevean de cualquier forma los mecanismos de protección a las entidades del estado contra el incumplimiento de las obligaciones contractuales. En las condiciones que se anotaron cuando hay otorgamiento de la garantía única se debe asegurar a la entidad contratante en la totalidad del proceso contractual y que quede debidamente protegida.

Lo anterior se debe a que en la Ley 80 de 1993 se contempla lo atinente a las garantías de los contratos estatales dentro del artículo 25 el cual hace alusión al principio de economía consagrado también en la Constitución Política (artículo 209) en el que se caracteriza a la contratación administrativa; implicando así la necesidad de actuar con eficiencia, es decir reduciendo el tiempo y los gastos para la administración dentro de un procedimiento contractual; éste se cumple con la constitución de garantías en dichos contratos estatales dándole la seguridad al Estado y reduciendo las posibilidades de pérdidas que éstas impliquen por el incumplimiento del contrato.

¹⁹ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO, GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción competente para conocer las controversias de las garantías de los contratos estatales. Trabajo de Grado – 2003-[artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

En resumen se puede decir que la finalidad misma de las garantías en materia de contratación estatal es la de proteger o salvaguardar el patrimonio de las entidades públicas en caso de incumplimiento por parte del contratista. Las entidades podrán obtener el pago por parte de las compañías de seguros de las obligaciones que hayan sido incumplidas por parte del contratista bien sea recibiendo una suma de dinero o por la ejecución del contrato, mas todos los perjuicios decretados de manera judicial en la proporción que no haya sido cubierto por el pago anterior de multas o de la cláusula penal pecuniaria así como el pago de éstas cuando aún no hayan sido canceladas.

2. TIPOS DE GARANTÍAS

Antes de ahondar en el tema de los tipos de garantías, es necesario hacer una aclaración importante frente a la existencia de dos regímenes aplicables en el tema de seguros o garantías, por una parte tenemos el régimen general que está contemplado en el Código de Comercio y por otra parte el régimen contemplado en el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios).

Lo anterior por cuanto al tratarse de garantías contractuales parecería lógico que el régimen aplicable sería el consagrado en el Código de Comercio pero no se puede desconocer el carácter público del beneficiario de dichas garantías, acontecimiento que justifica que existan normas especiales y distintas como las contenidas en la Ley 80 de 1993, y sus decretos reglamentarios, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y el decreto 734 de 2012. Lo que en la práctica hace que se invierta la regla general y de esto resulta que las garantías contractuales deben regirse en primer lugar por las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública y de manera subsidiaria y/o residual las que se encuentran consagradas en el Código de Comercio y que sean necesarias con el fin de complementar el panorama de la regulación de estos contratos y que no se produzcan discrepancias con las normas administrativas que según el Estatuto General de Contratación Pública le sean aplicables.²⁰

Según lo estipulado, en el Estatuto General de la Contratación Pública, las normas allí consagradas en el tema de las garantías contractuales se refieren principalmente (aunque de manera no exclusiva) a las relaciones del asegurado que para este caso es la Entidad Estatal y la Compañía de Seguros en especial a

²⁰ MUTIS, VANEGAS, Andrés y QUINTERO, MÚNERA, Andrés. La Contratación Estatal: Análisis y Perspectivas. 1 edición. Santafé de Bogotá DC. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2000. P. 228 y 229. ISBN No. 958-9176-34-8

lo que se refiere al procedimiento de reclamación y posterior pago de la indemnización.²¹

Debido a lo anterior se puede inferir que las normas comerciales deben ser normalmente aplicadas a la generalidad de las garantías contractuales esto, por no resultar exceptuadas por las normas especiales que están contenidas en el Estatuto General de Contratación Pública actual.²²

Es importante aclarar que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 continúan vigentes en cuanto a que los principios, fines, sujetos y la parte general siguen rigiendo la contratación estatal en Colombia.²³

A partir del 13 de Abril de 2012 entró a regir el Régimen Único de Contratación contenido en el Decreto 734 y tiene la misma fecha en el cual se integran todos los decretos reglamentarios de la contratación estatal y se ocupa de todos los principios y procedimientos contractuales, las modalidades de selección desde la licitación, selección abreviada y la mínima cuantía, concurso de méritos, contratación directa, de los contratos, las garantías, la contratación electrónica, el SECOP el Registro Único de Proponentes, la enajenación de valores del Estado, las reglas de desempate entre otros.²⁴

Este decreto, innova el estatuto al consagrar la viabilidad que el objeto de contratación “está cobijada por un acuerdo internacional o un TLC vigente para el Estado Colombiano” la cual se verifica en el portal SECOP o en Minindustria.²⁵

Ahora bien, el Decreto 734 de 2012 en el título quinto (V) denominado de las garantías en la contratación de la Administración Pública dentro de las

²¹ Ibídem

²² Ibídem

²³ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Novedades en la Contratación Pública. [artículo de internet]. http://www.auditoría.gov.co/dmdocuments/2012100-Novedades_contratación_pública.pdf

²⁴ Ibídem

²⁵ Ibídem

disposiciones generales se estipula que el ámbito de aplicación consagrado en el artículo 5.1.1 del referido título, regula los diferentes mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio de causales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas a favor de las entidades públicas con ocasión: (I) la presentación de los ofrecimientos, y (II) los contratos y de su liquidación; (III) así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivadas de la responsabilidad civil extracontractual que para ellas pueden surgir por las actuaciones hechos y omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada una de los instrumentos jurídicos que en este decreto se prevén.²⁶

Los diferentes mecanismos para garantizar las obligaciones dentro de los diferentes tipos de contratos son:²⁷

- a) Póliza de seguros
- b) Fiducia mercantil en garantía
- c) Garantía bancaria a primer requerimiento
- d) Endoso en garantía de títulos valores
- e) Depósito de dinero en garantía

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad civil extracontractual de la administración que se derivan de sus actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas la cual solamente puede ser amparada mediante póliza de seguro.

²⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 734 (13, abril, 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación Pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48400.

²⁷ *Ibidem*

El monto, vigencia y amparos de las mismas serán determinadas dependiendo del objeto, la naturaleza y las características de cada tipo de contrato y de los riesgos que se deban cubrir y conforme a las reglas estipuladas en el Decreto 734 de 2012.

Así mismo se debe otorgar garantías tales como cartas de crédito, stand by que sean expedidas en el exterior en los procesos de contratación a las firmas internacionales o jurídicas, extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia.

2.1 RIESGOS A AMPARAR

De acuerdo con el Decreto 734 de 2012 los riesgos a amparar se encuentran consagrados en el artículo 5.1.4 y siguientes del mismo decreto. El mencionado artículo 5.1.4, estipula los riesgos a amparar al incumplimiento de obligaciones. “La garantía deberá amparar los perjuicios o sanciones que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato”; según sea el caso y que de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:

- a) Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento: la garantía, de seriedad de la oferta cubrirá la sanción que se deriva del incumplimiento del ofrecimiento.
- b) Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Algo importante a tener en cuenta al momento de constituir la garantía es que ésta ha de ser suficiente para poder cubrir todos los riesgos contemplados dentro de la misma.

2.2 CLASES DE GARANTÍAS

En este acápite se procederá a hablar de cada una de las garantías que deben ser otorgadas por los contratistas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

2.2.1 Fiducia Mercantil

Debe entenderse por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios valores a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros designando como beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los valores fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato, (...).²⁸

Así las cosas, es claro que la fiduciaria en el cumplimiento de los deberes indelegables que le son impuestos tanto por la Ley como por el acto constitutivo esta debe actuar de manera diligente y prudente procurando, por ejemplo determinar con certeza la identificación del acreedor beneficiario exigiéndole aquella documentación que estime conveniente con el fin de tener completa certeza que es la persona que debería tener en su poder un certificado de garantía, no solo con la finalidad de salvaguardar los valores fideicomitados de posibles fraudes o hurtos, sino que también busca proteger al mismo tiempo a los terceros beneficiarios. En el conocimiento de la Superintendencia Financiera cualquier medida, preventiva que una sociedad fiduciaria tome sobre el particular

²⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Doctrinas y Conceptos Financieros 2003. Fiducia en Garantía. [artículo de internet] <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2003/fiduciagarantia041.html>

redunda en la seguridad jurídica para todas las partes que intervienen dentro del negocio fiduciario incluyendo la de la persona que lo constituye.²⁹

En todo caso la Superintendencia Financiera considera que el acreedor beneficiario del contrato de fiducia en garantía para hacer efectivos sus derechos deberá no solo demostrar la condición sino también debe cumplir con todos los requisitos y condiciones que se encuentran previstas en el contrato las cuales están encaminadas a hacer efectiva la garantía fiduciaria todo ello en la medida en que aceptó dicho instrumento fiduciario como garantía.³⁰

Este tipo de garantía se encuentra regulada por el artículo 5.2.2.1 y siguientes del Decreto 734 de 2012.

En el artículo anterior y en concordancia con el artículo 5.1.3 del Decreto 734, se puede hacer uso de la fiducia mercantil con la finalidad de que sirva como garantía aceptable por parte de la entidad contratante con el fin de cubrir los riesgos que se derivan de la seriedad de la oferta o del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato o de su liquidación.

Los bienes o documentos que son entregados en fiducia mercantil en garantía deberán ofrecer a la entidad contratante un respaldo que debe ser idóneo y suficiente para el pago de las obligaciones.

Entre tanto se considera obligación importante de las sociedades fiduciarias que en desarrollo del contrato de fiducia en garantía ésta debe expedir un certificado de garantía o el que haga sus veces en que conste:

- 1- El nombre de la entidad Pública.

²⁹ Ibídem

³⁰ Ibídem

- 2- La duración del contrato de fiducia.
- 3- El valor de la garantía
- 4- La vigencia de la garantía la cual deberá adecuarse a lo previsto en el artículo 5.1.7 (suficiencia de la garantía) del presente documento, para cada una de las coberturas.
- 5- El valor de contrato, valores y documentos fideicomitidos que conste en el último de los estados financieros del fideicomiso y una descripción detallada de los mismos.
- 6- El procedimiento a surtirse en caso de hacerse exigible la garantía, cual no podrá imponer a la entidad contratante condiciones gravosas a las contenidas en este decreto.
- 7- Los riesgos garantizados
- 8- La prelación que tiene la entidad contratante para el pago.
- 9- Los mecanismos por los cuales la fiduciaria contará con los recursos para hacer efectiva la garantía los cuales no podrán afectar la suficiencia de ésta.

En el párrafo del artículo 5.2.2.1 se estipula que la fiduciaria no podrá proponer la excepción de contrato no cumplido frente a la entidad contratante.

Un requisito importante a tenerse en cuenta en la fiducia es que solo podrán aceptarse como garantía la fiducia mercantil que tenga como activos que conformen el patrimonio autónomo los siguientes valores y documentos:

- Valores de aquellos que las normas del sector financiero autorizan para conformar carteras colectivas del mercado financiero o la participación individual del contratista.
- Inmuebles sobre los cuales no pese gravamen alguno y que tengan un valor comercial determinado bajo el criterio de avalúo para realización o venta que no tengan un valor inferior a dos mil salarios mínimos mensuales

legales vigentes (2.000 smmlv) al momento de constituir la garantía que generen rentas predeterminadas con pagos no superiores a un año equivalentes mensualmente a por lo menos el cero punto setenta y cinco por ciento (0.75%) del valor establecido en dicho avalúo además estas rentas no podrán estar a cargo del contratista garantizado y harán parte del patrimonio autónomo correspondiente.

El avalúo de los inmuebles que conforman la fiducia deben ser actualizados al menos una vez cada año calendario. En el evento en que el avalúo sea inferior al último en más del 10% o bien sea que el valor pierda más del 30% de su valor en término de 12 meses el contratista garantizado deberá aportar nuevos valores hasta cubrir el valor de la garantía exigida en un término no inferior a 30 días calendario que serán contados a partir de la fecha del requerimiento escrito de la fiduciaria.

Constitución y aprobación de la fiducia Mercantil: El artículo 5.2.2.4 estipula que por la aprobación de la garantía por parte de la respectiva entidad, los oferentes o contratistas deberán acreditar la constitución de la garantía a través de la copia del respectivo contrato y entregar el certificado de garantía expedido por la sociedad fiduciaria.

Para la constitución de la fiducia mercantil como garantía de los contratos estatales es necesario determinar quiénes son las partes del contrato de fiducia y otros elementos importantes del mismo.

Partes del contrato de fiducia: Son partes del contrato de fiducia tal y como lo establece el artículo 5.2.2.4.1 de una parte está el constituyente que puede ser el oferente o el contratista o una persona jurídica autorizada por sus estatutos para garantizar obligaciones de terceros y por la otra parte se encuentra la entidad fiduciaria.

Es muy importante tener en cuenta que en el contrato de fiducia también hay un beneficiario que según lo estipulado en el artículo 5.2.2.4.2 del Decreto 734 de 2012 es la entidad pública ante la cual el constituyente vaya a presentar una oferta o tenga celebrado un contrato. Una vez constituida la fiducia ésta debe hacerse con exclusividad de los montos que se estipulen en el artículo 5.2.2.2.1 del presente decreto.

Dentro del articulado del Decreto 734 de 2012 se puede establecer que la idoneidad de la garantía juega un papel relevante toda vez que el contrato deberá contener la obligación del fiduciario de efectuar periódicamente valoraciones y avalúos sobre los valores que constituyen el patrimonio autónomo a precios de mercado o técnica suficientemente atendiendo el valor de realización, de los mismos con el objeto de velar por la idoneidad de la garantía. De la misma manera deberá incluirse la obligación para el fiduciario de avisar a la entidad pública contratante, dentro del término de 3 días siguientes a la fecha en que conoció que los valores de los bienes no resultan ser suficientes para cumplir con el pago de las obligaciones garantizadas debido a la disminución del precio de las mismas en términos de valor de mercado con el fin de que se proceda a su reposición o ampliación dependiendo del caso. Esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 5.2.2.4.4 del precitado Decreto 734 de 2012.

En caso de que se presente incumplimiento el Decreto 734 establece cual es el procedimiento que hay que seguir cuando esta situación se presenta y con el fin de evitar que se haga más gravosa la actuación de la entidad contratante en el contrato de fiducia se debe señalar con claridad el procedimiento a seguirse en caso de que se produzca el incumplimiento de las obligaciones del oferente o contratista.

En todo caso cuando hay incumplimiento se pondrá en conocimiento de la sociedad fiduciaria, el acto administrativo en firme y ésta adelantará los trámites del caso para hacer efectiva la garantía. A la fiduciaria en ningún caso le será admisible alegar la responsabilidad del contratista.

Dentro de las obligaciones de la entidad fiduciaria que deben estipularse de manera clara en el contrato entre las cuales cabe incluir el procedimiento para la realización de los valores que hayan sido transferidos en garantía, el aviso para su renovación o reemplazo en los casos en que se dé por perdida o por deterioro de su valor de mercado dependiendo cual sea el caso, así como la rendición de cuentas, e informes periódicos acerca de su gestión. Las obligaciones se encuentran consagradas en los artículos 5.2.2.4.5, 5.2.2.4.6 y 5.2.2.4.8 del Decreto 734 de 2012.

Ahora bien algo importante es que para poder liquidar el contrato fiduciario es necesario que quede estipulado dentro del mismo que en la fecha de liquidación del mismo también se podrá solicitar la liquidación del contrato de fiducia mercantil. Esto es lo que establece el artículo 5.2.2.4.9 del Decreto 734 de 2012.

2.2.2 Garantías Bancarias a primer requerimiento

Lo primero que hay que decir es que la garantía bancaria a primer requerimiento es el contrato por medio del cual el banco (garante), a partir de la solicitud efectuada por un ordenante se compromete de manera irrevocable a pagar una suma de dinero que previamente se ha establecido a un tercero (beneficiario) ante la simple solicitud que éste haga al tiempo que adjunte ciertos documentos mínimos y previamente determinados en los cuales se certifica el incumplimiento de la obligación u obligaciones que surgen de un contrato base celebrado entre éste y el ordenante. Ante la solicitud del beneficiario el garante no puede oponer las excepciones que surjan en relación contractual de base y únicamente podría

justificarse el no pago de la garantía por la existencia de un fraude manifiesto en la solicitud del beneficiario.³¹

Este tipo de garantías se encuentran reguladas en dos cuerpos normativos internacionales: Las reglas uniformes de la Cámara de Comercio internacional sobre las garantías a primer requerimiento (referidas como RUCAP), y la Convención de las Naciones Unidas. Sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes.³²

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto 734 de 2012 este tipo de garantías pueden ser utilizadas como un mecanismo de cobertura aceptable por la entidad contratante para cubrir los riesgos que se deriven de la seriedad de la oferta o del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y de su liquidación.

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

De esta manera la garantía bancaria a primer requerimiento debe cumplir con una serie de condiciones que igualmente se encuentran reguladas y contempladas por el Decreto 734 de 2012.

³¹ LEÓN, Cesar Evaristo. Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista de Derecho Privado 2006. Universidad Externado de Colombia. [artículo de internet]<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/article/view/585/552>

³² Ibídem

El Decreto al que nos estamos refiriendo menciona y explica de manera clara cuales son los tipos de garantías bancarias a primer requerimiento. En este ensayo no se va a profundizar en este tema pero no quiere decir que no se enuncien a manera de información cuales son estas clases de garantías bancarias a primer requerimiento que existen y están contempladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

A saber estas son las garantías bancarias a primer requerimiento:

1. El Contrato de garantía bancaria: según el artículo 5.2.3.3.1 el Contrato de Garantía Bancaria es aquel mediante el cual una entidad financiera emisora actúa por orden del proponente o contratista, en la cual ésta se obliga de manera irrevocable con la entidad estatal, como beneficiaria a pagarle hasta el monto garantizado, los perjuicios directos derivados del incumplimiento de las obligaciones que con ocasión de la propuesta, del contrato, o de su liquidación surjan para el proponente o el contratista.

El pago lo efectuará la entidad emisora dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a aquel en que le sea entregado el acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el que conste el incumplimiento del proponente o contratista y se disponga el cobro de la garantía.

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

El contratista u oferente deberá acreditar el otorgamiento de la garantía, mediante la entrega del documento original contentivo del contrato, suscrito por el representante legal del establecimiento bancario o por su apoderado y en ella deberá constar el nombre de la entidad pública contratante como beneficiaria y la forma de hacerla exigible.

2. La Carta de Crédito Stand by. A través de esta modalidad de garantía la entidad emisora, obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones del proponente o contratista, se obliga a garantizar de manera irrevocable el pago en dinero de las obligaciones que con ocasión de la propuesta o del contrato surjan para el proponente o el contratista. Ese pago lo efectuará el banco emisor contra la entrega de la carta de crédito, acompañada del acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el cual conste el incumplimiento del proponente o contratista.

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

El contratista u oferente deberá acreditar el otorgamiento de la carta de crédito stand by, mediante la entrega de documento original constitutivo de

la misma, que haya sido suscrita por el representante legal de la entidad emisora o por su apoderado y en la cual deberá constar el nombre de la entidad pública contratante como beneficiaria de la carta de crédito stand by, los requisitos mínimos de suficiencia exigidos en el Decreto 734 de 2012 y la forma en que deberá hacerse exigible.

2.2.3 Endoso en Garantía de Títulos Valores

Se puede decir en primer lugar en términos generales que el endoso es una figura jurídica que según Joaquín Garrigues es “una cláusula accesorio e inseparable del título valor, por virtud de la cual el acreedor pone a otro acreedor en su lugar dentro del título sea con carácter limitado o ilimitado”.³³

Ahora centrando la atención al tema de las garantías en Contratación Estatal el Decreto 734 de 2012 dispone que otra forma de garantía para los contratos es el Endoso en Garantía de Títulos Valores para lo cual este Decreto 734 estipula que serán admisibles como garantía de la seriedad del ofrecimiento en endoso en garantía por parte del oferente de uno o varios de los siguientes títulos valores de contenido crediticio (I) certificados de depósito a término que hayan sido emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; (II) Pagarés emitidos por una entidad financiera que esté igualmente vigilada y controlada por la Superintendencia Financiera y por último los títulos de Tesorería – TES.

Hay que tener en cuenta que la fecha de vencimiento del título valor en ningún caso podrá ser inferior a los términos establecidos en el artículo 5.1.7 del Decreto 734 de 2012 y tampoco podrán exceder en más de 6 meses esos términos.

³³ CAVIEDES, ARCINIEGAS, Ricardo. Endoso. [artículo de internet] <http://www.gerencie.com/endoso.html>

Para que esta garantía sea aprobada es necesario contar con que la Entidad Pública revise que el título cumpla con los requisitos de suficiencia generales que se encuentran establecidos en el Decreto 734 de 2012 y también con los requisitos consagrados en el artículo 5.2.4.1.

La obligación de custodia de los Títulos Valores que se hayan endosado en garantía estará a cargo de la entidad contratante o por un depósito de valores que esté autorizado para funcionar en Colombia.

Finalmente estos títulos valores que hayan sido endosados en garantía deberán ser efectivos y cumplir con todas las condiciones que el artículo 5.2.4.2 del Decreto 734 de 2012 allí estipule para lograr que sean tenidas en cuenta como garantía para los contratos estatales.

2.2.4 Depósito de Dinero en Garantía

Teniendo en cuenta el artículo 5.2.5.1 del precitado Decreto 734 de 2012 el cual estipula que será admisible como garantía el depósito del dinero en garantía de conformidad con lo previsto en el artículo 1173 del Código de Comercio.

Este modo de garantía será constituida ante una entidad financiera que se encuentre vigilada por la Superintendencia Financiera y la cual deberá ser otorgada a favor de la entidad contratante por el monto que ésta última haya exigido y en las cuales se respetan los lineamientos que establece el Decreto 734 de 2012.

Para poder hacer efectiva esta garantía el Decreto 734 de 2012 dispone que la entidad deberá proceder conforme a lo previsto en el artículo 5.1.13 del mismo Decreto y que solo podrá acceder a los recursos que hayan sido depositados en

garantía una vez se encuentre en firme el acto administrativo que hubiere otorgado su efectividad.

3. POLIZAS DE CUMPLIMIENTO OTORGADAS PARA GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LOS CONTRATOS ESTATALES

El seguro de cumplimiento, es un contrato que se suscribe con una entidad aseguradora con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de diversa índole que tengan su origen en la ley o de un contrato que haya sido celebrado entre particulares o de contratistas ante entidades estatales. En este capítulo se desarrollarán los siguientes aspectos relevantes del Contrato de Seguro de Cumplimiento entre las cuales se destacan: Su origen, su marco normativo, discusiones que hay entre lo que es una fianza y el contrato de seguros, vigencia de la ley que lo creó, definición, personas que intervienen en el contrato de seguro de cumplimiento y elementos esenciales del contrato de seguros.³⁴

3.1 SEGURO DE CUMPLIMIENTO:

3.1.1 Origen y Marco Normativo.

El origen del Seguro de Cumplimiento tiene como antecedente la Ley 225 de 1938, la cual buscaba que las aseguradoras garantizaran el correcto manejo de fondos públicos.

Artículo 2 de la Ley 225 de 1938: *“Garantizar el correcto manejo de fondos públicos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de Leyes o Contratos” (cursiva, negrilla fuera del texto)*³⁵.

³⁴MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO, GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción Competente para conocer de las controversias de las garantías de los contratos estatales. Trabajo de Grado -2003- [artículo de internet] <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 225 (12, Diciembre, 1938). Por la cual se provee al establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento. Diario Oficial No. 23950 del 16 de Diciembre de 1938.

La expedición de esta ley obedeció a la necesidad de crear un seguro con el cual se amparará el cumplimiento de las obligaciones surgidas de una ley o contrato porque debido a la regulación existente al momento de su expedición (Código de Comercio Terrestre) imposibilitaba a las aseguradoras hacerse responsables de hechos personales del asegurado, igualmente debido a que la concepción de riesgo era reducida debido a que sólo podía entenderse conforme a los artículos 635 y 676 del referido código como “ *La eventualidad de todo caso fortuito que pudiera causar la pérdida de los objetos asegurados*” (cursiva fuera del texto). Por este motivo fue expedida la ley de contenido especial la cual permitiría a las aseguradoras garantizar no obstante los criterios y filosofía del código en relación con los riesgos asegurables, sino que también el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las leyes o contratos, enmarcando estos seguros o garantías dentro de las características propias del contrato de seguro.³⁶

Hay que aclarar un aspecto muy importante y es que con la expedición del Código de Comercio por medio del Decreto 410 de 1971, se dejó un vacío respecto de la vigencia de la Ley 225 de 1938, puesto que el artículo 2033 dispuso que al regular todas las materias el Código de Comercio; quedaban derogadas todas las leyes y decretos complementarios o reformatorios que versen sobre las mismas materias; con excepción única y exclusivamente los que determinen el régimen de la antigua Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera y de las Sociedades) que se encuentren sometidas a su control permanente, por lo que surgió la discusión entre diversos sectores tratando de dar una solución al respecto. Pero con la expedición del Decreto 663 de 1993 por medio del cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración³⁷. Se logró dar solución a la controversia suscitada de sí la Ley 225 de

³⁶ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO, GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción competente para conocer las controversias de las garantías de los contratos estatales. Trabajo de Grado -2003- [artículo de Internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

³⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 663 (2, Abril, 1993). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial No. 40820 del 5 de Abril de 1993.

1938 se encontraba vigente después de la expedición del Código de Comercio. La solución dada fue en los siguientes términos:

Artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

“1- Objeto del Seguro: Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables, y podrá extenderse al pago de impuestos, tasas y derechos y ***al cumplimiento de obligaciones que emanen de Leyes o de Contratos.*** (Cursiva y negrilla fuera del texto).

- 2- Destinatarios del seguro: Los empleados nacionales de manejo, los de igual carácter que presten sus servicios a entidades o instituciones en que tenga interés la Nación, así como los que deban responder de la administración o custodia de bienes de la misma; los albaceas, guardadores, fideicomisarios, síndicos, y, en general, los que por disposición de la ley tengan a su cargo la administración de bienes ajenos con obligación de prestar caución, garantizarán su manejo por medio del seguro de que trata el presente artículo.

Las Asambleas Departamentales, y los Concejos Municipales podrán disponer que los empleados que administren, manejen o custodien bienes de las respectivas entidades constituyan sus garantías por medio del seguro a que este estatuto se refiere.

- 3- Subrogación de la entidad aseguradora: *Por el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona*

asegurada, contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios (cursiva fuera de texto)”.³⁸

Teniendo en cuenta lo anterior que cuando se habla del Seguro de Cumplimiento, el riesgo no es otro que la posibilidad fáctica y jurídica en la que el contratista afianzado no cumpla con la obligación que se le deriva de la convención o de la ley, por lo tanto el riesgo que se ampara son las mismas obligaciones y prestaciones del respectivo contrato.³⁹

3.1.2. Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales.

En este numeral del presente escrito, se pretende aclarar un poco la naturaleza del seguro de cumplimiento, puesto que sectores de la doctrina y la jurisprudencia, se pronunciaron a raíz de la redacción del artículo 70 del Decreto 222 de 1983, el cual establecía que: *“Las garantías podrán consistir en fianzas de bancos o de compañías de seguros (...)*” (cursiva fuera del texto).

Respecto al Decreto 222 de 1983 surgieron diferentes posiciones frente a que el Seguro de Cumplimiento se consideró como una fianza o como un contrato de seguro. Esta discusión tuvo fin cuando la Ley 80 de 1993 fue expedida ya que ésta consideró que el seguro de cumplimiento que garantiza contratos estatales debe ser considerado como un contrato de seguro.⁴⁰

A diferencia del Decreto 222 de 1983, el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) habla expresamente de pólizas de seguro; las cuales son expedidas por

³⁸ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 663. (2, Abril, 1993). Por medio del Cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial No. 40.820, del 5 de abril de 1993

³⁹ PENAGOS, BOTERO, Andrea. El seguro de Cumplimiento en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana- Facultad de Ciencias Jurídicas- Facultad de Derecho. Bogotá -2005-[artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2056.pdf>

⁴⁰ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO, GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción competente para conocer las controversias de las garantías en los contrataos estatales. Trabajo de grado -2003- [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

compañías de seguros además de invocar la terminología propia de los seguros tales como prima y revocación unilateral.

Avocando lo anteriormente expuesto; se considera al seguro de cumplimiento como un tipo de seguros de daños de carácter patrimonial, posición que es defendida por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

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

En lo que toca con carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado, porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena; pues asume la propia estipulada en la póliza, de carácter condicional, por supuesto distinta de la que contrató el deudor del Contrato objeto delaseguramiento. (Subrayado fuera del texto)

Para adoptar un criterio sobre el perjuicio que debe haber causado ese siniestro es preciso en primer lugar dejar muy en claro que son dos cosas diferentes la fianza o el aval de una parte, y el seguro de cumplimiento, de otra. En la primera nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal. El acreedor tendrá, pues, pluralidad de deudores y en muchas ocasiones podrá escoger a su arbitrio a cuál de ellos ejecutar, (...) en el segundo, bajo la firma de seguro se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación, (...) ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación, comúnmente denominado SEGURO DE CUMPLIMIENTO, es negocio diferente de la fianza”.⁴¹ (Sentencia de 15 de marzo de 1983)

Teniendo en cuenta lo anterior se hace necesario exponer algunas diferencias entre la Fianza y el Seguro de Cumplimiento a la luz del Código Civil Colombiano.

⁴¹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. 21 de Septiembre de 2000. Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno. Expediente 614. Bogotá. La Corte

La fianza es de carácter civil, bien sea convencional, legal o judicial y entre todas sus formas se rige por las normas establecidas en el Código Civil. Por el contrario el Seguro de Cumplimiento, siempre va a ser un contrato comercial y por lo tanto se rige por las normas de Código de Comercio. Adicionalmente este seguro es de carácter obligatorio cuando se celebran contratos con Entidades del Estado y todas aquellas entidades que se encuentran sometidas al estatuto de contratación pública.

Otra gran diferencia entre la Fianza y el Seguro de Cumplimiento es que la primera garantiza el cumplimiento de una obligación cualquiera, civil o natural; admite que la cuantía sea ilimitada al momento de su celebración, mientras que el Seguro de Cumplimiento solo cubre aquellas obligaciones contractuales o legales, limitando la responsabilidad de las aseguradoras al monto del valor asegurado y sólo hasta concurrencia del incumplimiento del contrato.

De esta manera se puede llegar a establecer que la fianza admite garantizar el cumplimiento de una obligación futura y el fiador puede retractarse antes de que exista la obligación principal. Entre tanto, el Seguro de Cumplimiento NO puede ser revocado de manera unilateral por parte de la compañía de Seguros.

Es importante tener en cuenta quienes se obligan en la fianza y quienes en el Seguro de Cumplimiento. En la fianza se puede decir que el contrato es unilateral porque en el momento de su celebración el único que se obliga es el fiador, y es por lo general gratuito aunque el Código Civil en su artículo 2367 autoriza convenir una remuneración entre el fiador y el deudor. En tanto el Seguro de Cumplimiento es siempre bilateral y oneroso pues siempre genera obligaciones recíprocas como lo son el pago de la prima por parte del tomador y el cubrimiento del riesgo y el pago del siniestro, en caso de ocurrencia del primero, por parte de la aseguradora. Es importante mencionar que en la fianza cualquier persona puede obligarse como fiador de otro ciñéndose a las reglas que trae el Código Civil sobre la capacidad,

mientras que en el Seguro de Cumplimiento solo están autorizadas las compañías de seguros para la expedición de las pólizas.

3.1.3 Definición del Seguro de Cumplimiento

El Seguro de Cumplimiento es un seguro de carácter patrimonial por cuanto protege la integridad del patrimonio económico frente a eventuales erogaciones que puedan llegar a afectarlo, de manera desfavorable.

Esta clase de seguros es utilizado tanto para garantizar obligaciones ante particulares como ante entidades públicas, dando la posibilidad de que pueda ser tomado por la entidad estatal cuando se encuentre actuando como titular del interés asegurable haciendo que confluyan en ellas las calidades de beneficiaria y asegurada al mismo tiempo o que éste sea tomado por el contratista cuando actúe como tomador.⁴² Entre tanto la compañía de seguros es quien expide la póliza de seguros mediante el cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la ley o de un contrato y se compromete a pagar una determinada indemnización de carácter principal y reparador en beneficio del acreedor (bien sea entidades estatales o particulares) cuando ocurra el siniestro.⁴³

La doctora Ana María Cabanzo da una definición más concreta de lo que es el seguro de cumplimiento, en los siguientes términos: “es el acuerdo de voluntades en virtud del cual una compañía de seguros asume, a cambio de un precio, el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de cualquier tipo; las cuales pueden tener su origen en la Ley, en los contratos o por

⁴² MARROQUÍN GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción Competente para conocer las controversias de las garantías de los contratos estatales. Trabajo de Grado. -2003- [artículo de internet] <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

⁴³ *Ibidem*

la vía judicial, siempre y cuando tales obligaciones no se encuentren prohibidas por la ley”.⁴⁴

Para el doctor Bernardo Botero Morales el seguro de cumplimiento es: “el compromiso adquirido por una persona jurídica de garantizar el cumplimiento por parte de una persona natural o jurídica (quien normalmente es denominado contratista) de una obligación para con un tercero”.⁴⁵

3.1.4 Objeto

Como se ha reiterado en varias oportunidades a lo largo de este ensayo el seguro de cumplimiento, tiene como función primordial salvaguardar el patrimonio del acreedor (entidad estatal o particular) con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de hacer, no hacer y de dar, las cuales radican en cabeza del deudor, que tengan su origen en la Ley o de un contrato. El riesgo de este contrato está dado por la posibilidad de incumplimiento por parte del deudor y al tratarse de un seguro de cumplimiento que está a favor de las entidades estatales es el contratista.

3.1.5 Personas que intervienen.

Como se trata de un contrato de seguros es necesario determinar quiénes son los intervinientes en dicho contrato especialmente por tratarse de contratos con entidades estatales. En el contrato de seguro se encuentran involucrados dos grupos de personas, en primer lugar las partes contratantes obligadas por lo estipulado en el contrato y en segundo lugar los interesados en sus efectos, es decir, en la protección directa o indirecta de sus derechos.

⁴⁴ Ibídem

⁴⁵ Ibídem

- Partes contratantes:

Teniendo en cuenta el artículo 1037 del Código de Comercio son consideradas partes dentro del contrato de seguros las siguientes:

- 1- El asegurador; o sea la persona jurídica que asume los riesgos y quien está debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos. Al respecto hay que mencionar que la aseguradora es la persona jurídica que se encuentra debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera, a través de la expedición del certificado público de autorización a los interesados para que acepten constituirse como persona jurídica que para el caso de las operaciones de financiación de primas, cesión y aceptación de reaseguros y la administración de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez.

El numeral 5 del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que los organismos que presten servicios de seguros deberán ser especializados y cumplirán la actividad aseguradora principalmente en interés de sus propios asociados y de la comunidad vinculados a ellos.⁴⁶

Deben acreditar las condiciones de acceso, es decir el debido respaldo patrimonial, la solvencia moral, y la idoneidad profesional de los socios que participen en la conformación de las compañías aseguradoras; de la misma forma deben acreditar las calidades de representantes que vayan a administrar.

Es importante resaltar que al momento de celebrar un contrato de seguros por parte de personas naturales o jurídicas deben contar con la calidad jurídica (la de

⁴⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 663. (2, Abril, 1993). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial No. 40.820, del 5 de abril de 1993

aseguradores), porque en caso de carecer de estas calidades o sea usurpada los contratos celebrados adolecerán de nulidad; bien sea por que son contrarios a una norma imperativa; como lo es el artículo 1037 del Código de Comercio, o por falta de capacidad legal, es decir por la incapacidad particular consistente en la prohibición que la Ley le ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (artículo 1504 inciso final del Código Civil).

En el caso concreto del seguro de cumplimiento que garantiza contratos estatales, el asegurador se obliga a indemnizar el daño o perjuicio que le cause el incumplimiento del deudor (contratista) al beneficiario (acreedor – entidad estatal). Esta obligación de aseguramiento se origina cuando acaece el riesgo asegurado según lo estipulado en el artículo 1054 del Código de Comercio.

Hay que reiterar que la responsabilidad del asegurador en relación con el pago de la indemnización se encuentra limitada a la suma asegurada y hasta la ocurrencia del daño patrimonial siempre y cuando la entidad estatal demuestre haber sufrido dicho perjuicio patrimonial como consecuencia del incumplimiento. Pero el carácter indemnizatorio, se desvirtúa en los contratos de seguros de cumplimiento; cuando los contratos que están amparados por estos seguros contemplen dentro de su clausulado multas o cláusulas penales, las cuales deban ser pagadas por la compañía de seguros, sin generar la posibilidad de poder pedir la verificación del monto efectivo del perjuicio patrimonial que haya sufrido la entidad estatal.

Aquí surgen los siguientes interrogantes: ¿Qué pasa si dentro del contrato celebrado no se han pactado el monto de las multas o si queda de manera incompleta? ; ¿Puede la administración imponerla aun cuando no se haya pactado?; ¿Qué pasa si entre las partes establecen que además de constituir la póliza de seguro pactan una cláusula penal? y ¿Qué pasa si la cláusula penal está mal tasada o no se determina monto alguno?; ¿Cuándo se puede hacer uso de la

multa y cuándo de la cláusula penal? Estos interrogantes tratarán de ser resueltos más adelante en el desarrollo de este ensayo.

Ahora bien para el pago de la indemnización por parte de la compañía de seguros es necesario que se dé la subrogación de ésta en los derechos del acreedor frente al responsable del siniestro, es decir el afianzado, con el fin de que éste le reembolse a la compañía de seguros las sumas pagadas por ésta.

Es por esto que al momento de constituir la póliza la compañía de seguros le exige al contratista unas garantías a favor de la compañía de seguros, entre las cuales se encuentra la suscripción de un pagaré en blanco a favor de ésta en el cual se faculta a la misma para que lo llene en caso de que deba hacerse efectiva la póliza de seguro y el otorgamiento de cauciones a favor de la entidad aseguradora.

El hecho de que se le exijan contragarantías al contratista no significa que se está discutiendo la naturaleza del seguro de cumplimiento, su función se refleja en la posibilidad que tiene la compañía de seguros de recuperar lo que pagó del contratista incumplido, por lo tanto, si éste actúa diligentemente procurará no incumplir el contrato. En virtud del seguro que se ha estudiado y analizado solo ampara riesgo que puedan depender de la voluntad del tomador, su eventual incumplimiento ocasionará que una vez la aseguradora pague ésta le exija lo que pagó incluyendo suma adicional por contar concepto de intereses.

- 2- El tomador, o sea la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

El tomador es el otro extremo de la relación jurídica de acuerdo al régimen general del contrato de seguro, conforme a su capacidad y conducta precontractual

(artículo 1058 del Código de Comercio) debido a que son factores determinantes de la validez del negocio jurídico de igual manera a su cargo corren, a lo menos prioritariamente las cargas, deberes y obligaciones respectivos, tal como la de pagar la prima de acuerdo a lo establecido en artículo 1066 del Código de Comercio.

Artículo 1066 Código de Comercio: *“El tomador del seguro está obligado al pago de la prima. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o si fuere el caso de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella”.*

Es importante aclarar que el tomador puede ser persona natural o jurídica y que puede actuar por su propia cuenta, como cuando el propietario toma seguros sobre sus valores, o como cuando una persona toma un seguro sobre su propia vida. Pero también puede actuar por cuenta ajena y lo hace en los siguientes casos:⁴⁷

Para el caso que nos atañe en la póliza de cumplimiento que garantiza los contratos estatales, el tomador es el contratista de la administración que traslada los riesgos al asegurador para indemnizar hasta el monto asegurado cuando se presenten siniestros imputables a él por su incumplimiento en el contrato celebrado con la entidad estatal.

En palabras del doctor Efrén Ossa⁴⁸, el tomador es aquel en cuya conducta y organización empresarial se concentran los riesgos a cargo del asegurador, siendo estos:

- El riesgo moral (la honestidad profesional, la probidad, la prudencia, entre otras).
- El riesgo técnico (la idoneidad profesional, la infraestructura operacional).

⁴⁷ PALACIO, SANCHEZ, Fernando. Derecho de Seguros. En: Seguros Temas Esenciales. Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. Tercera Edición. Bogotá. Editorial Kimples Ltda. 2007. ISBN. 9789586484985. Pg. 34

⁴⁸ OSSA G. Efrén. Teoría General del Seguro: El Contrato. Segunda Edición. Bogotá. Temis. S.A., 1991. Pág. 474

- El riesgo financiero (la capacidad económica para responder por sus compromisos contractuales).
- Su participación como “gestor de la operación comercial del seguro” tiene ciertas particularidades, frente a la generalidad de las pólizas de cumplimiento.
- El contratista no espera un beneficio económico del acaecimiento del siniestro sino que actúa motivado, por cumplir las exigencias de la entidad estatal como condición para la realización del mismo.
- Aunque el pago de la prima es obligación del tomador en este caso cuando no se paga no hay lugar a la terminación del contrato según lo establece el inciso 3 del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁴⁹, modificado por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007⁵⁰ y regulado por el artículo 5.2.1.1.5 del Decreto 734 de 2012⁵¹, el cual señala:

Artículo 5.2.1.1.5 del Decreto 734 de 2012: Improcedencia de terminación automática del seguro de cumplimiento expedido a favor de una entidad estatal por falta de pago de la prima e improcedencia de la facultad de revocación de ese seguro.

La garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas no expirará por falta de pago de la prima ni podrá ser revocado unilateralmente”.
(Subrayado fuera del texto)

Con base en lo anterior se considera que el tomador debiera ser la persona natural o jurídica en cuyo beneficio se celebra el seguro de cumplimiento debido a que éste es el titular del interés asegurable, cuyo patrimonio puede resultar afectado por la eventual inejecución (intencional o culposa) de las obligaciones a cargo del deudor afianzado. Como tal debiera aquella suscribir la proposición de seguro, declarar el estado del riesgo que para este caso son la naturaleza del contrato y sus condiciones básicas, su término, su cuantía la suma asegurada, los

⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28, Octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

⁵⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. (16, Julio, 2007) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007

⁵¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 734 (13, Abril, 2012). Por medio del cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48400 del 13 de Abril de 2012.

datos fidedignos sobre la solvencia profesional y financiera de la persona a quien ha encomendado la obra, etc. y de la misma manera debe proveer a su preservación mediante la guarda de sus propias obligaciones. Todo ello sin perjuicio de la función meramente informativa que compete al contratista que se encuentra interesado en el contrato principal y que como tomador debería asumir con el pago de la prima; sin importar si este es imputable o no, por una vía o por otra al valor del contrato. Concluyendo de esta forma que el tomador en el seguro de cumplimiento es el contratista de la administración.

Otras personas que intervienen en el contrato de seguro de cumplimiento, pero que no son parte.

En este punto se entrará a analizar la posición del asegurado y beneficiario dentro de este seguro.

Asegurado y Beneficiario: En el régimen general de los seguros el asegurado es la persona sobre la cual recaen los riesgos entre tanto el beneficiario es quien tiene derecho a recibir la indemnización aun cuando no tenga interés asegurable.

Dicha la diferencia anterior surge otro punto importante y es que teniendo en cuenta el régimen general de contrato de seguro se puede establecer que tomador, asegurado y beneficiario se unen en una sola persona.

En tercer lugar hay que mencionar que en todo contrato de seguro tiene que haber existencia de un beneficiario aunque a él no se haga una referencia expresa; entre otros motivos porque la Ley exige que se determine dentro de la póliza; su nombre o la forma de identificarlo en caso de que fuere distinto al tomador conforme a lo estipulado en el numeral 3 del artículo 1047 del Código de Comercio y cuando falte esta identificación entonces será el asegurado quien tendrá dicha calidad.

Ahora bien en el seguro de cumplimiento la situación es un poco distinta; pues el asegurado y el beneficiario no corresponden al tomador del mismo; sino que el acreedor es un tercero frente al vínculo contractual.

En este caso en particular el seguro de cumplimiento que garantiza contratos de carácter estatal, el asegurado y también beneficiario es la entidad estatal (acreedor), quien ostenta el interés asegurable y que una vez haya sucedido el siniestro, es acreedor de la obligación de indemnizar por parte de la compañía de seguros.

Llegando a la conclusión de que se está frente a una contratación entre personas de carácter privado, cuyo beneficiario es la entidad estatal. Sin embargo, no hay que olvidar que aun cuando en el régimen comercial es el competente para demandar la ejecución de las pólizas de cumplimiento acudiendo así a las normas de derecho privado, cuando se trata de aquellas en que el beneficiario es una entidad estatal se ha visto la necesidad de acudir a las normas de Derecho Procesal Administrativo en la mayoría de los casos.

3.1.6 Elementos esenciales del contrato de seguro.

Según lo establecido en el Código de Comercio en su artículo 1045 son elementos esenciales del contrato de seguros: 1. El interés asegurable, 2. el riesgo asegurable, 3. la prima o precio del seguro y 4. la obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno (subrayado fuera de texto).

Ahora bien si lo anterior significa que el contrato sea ineficaz de pleno derecho y para esto no se requiere declaración judicial por lo que el artículo 897 del Código de Comercio estipula que:” *la ineficacia no requiere de la declaración judicial,*

desde el punto de vista de la práctica; también es necesario. En caso de que las partes se encuentren en desacuerdo; la única manera de dirimir el conflicto es acudiendo ante el juez para que sea éste el encargado de resolverla”.

Es importante resaltar que cuando se dice que son elementos esenciales del contrato de seguro; esto quiere decir que son éstos los que le dan la naturaleza del contrato que son inherentes a él y con la falta de alguno derivaría en otro contrato u otra relación jurídica.

3.1.6.1 Interés asegurable.

El artículo 1083 del Código de Comercio establece que: “Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”⁵².

Lo anteriormente citado del artículo 1083 del Código de Comercio se deriva en primer lugar de la relación económico patrimonial que existe entre una persona y la cosa objeto del seguro; la cual puede llegar a verse afectada por la ocurrencia del siniestro por lo que éste debe ser tasable en dinero, que sea lícito y debe existir en todo momento (esto es permanente, que sea durante toda la vigencia del contrato). Este se predica respecto del asegurado.

Para el tema del seguro de cumplimiento respecto de interés asegurable recae sobre la entidad pública en cuyo beneficio el contratista celebra cuando se trate de seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales.

⁵² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, Marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Artículo 1083. Diario Oficial No. 33339 del 16 de Junio de 1971.

El doctor Efrén Ossa considera que el interés asegurable en los seguros de carácter patrimonial se deriva de lo establecido en el inciso 2 del artículo 1083 del Código de Comercio citado previamente, diciendo que se encuentra dado por “*la lesión del patrimonio en su unidad financiera como conjunto y confrontación de los derechos y las obligaciones por eventual incremento del pasivo a cargo del asegurado.*”⁵³

3.1.6.2 Riesgo asegurable

El Código de Comercio define el riesgo así: “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización de origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.⁵⁴

El artículo 1055 del Código de Comercio establece qué riesgos deben ser considerados inasegurables entre los cuales se encuentran “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario”.⁵⁵

En contradicción a lo establecido en el artículo 1055 del Código de Comercio, en el seguro de cumplimiento el riesgo asegurable consiste en la eventualidad del incumplimiento imputable al deudor; es decir, aquel que sea resultado de una conducta dolosa, culposa o meramente potestativa por parte del contratista, ya que no es imputable a éste el acaecimiento de hechos que tienen como fin destruir el nexo de causalidad entre las cuales cabe resaltar el caso fortuito y la fuerza

⁵³ OSSA, Efrén J. Ob. Cit.

⁵⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. (27, Marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Artículo 1054. Diario Oficial No. 3339 del 16 de Junio de 1971

⁵⁵ Ibidem

mayor, salvo que dichas situaciones imprevistas e imprevisibles sean asumidas por la entidad aseguradora en el contrato de seguro.

El incumplimiento imputable al contratista, puede darse por la inejecución absoluta y definitiva por el deudor de la obligación por su ejecución incompleta o defectuosa o por la ejecución tardía o extemporánea.⁵⁶

Por otra parte el artículo 1054 del Código de Comercio define lo que es el riesgo el cual se mencionó al comienzo de este acápite por lo que de acuerdo a dicha definición es fácil entender que para el asegurado constituye un hecho incierto, el que el afianzado o deudor cumpla con su obligación; como existe la posibilidad de pérdida, se le exige que asegure el cumplimiento con una fianza.

Si el suceso fuera previsible y cierto, no habría riesgo, como tampoco seguro por carencia de uno de sus elementos esenciales.⁵⁷

Ahora bien si un incumplimiento se produce por la potestad o la culpa grave de la entidad asegurada, que es lo que ostenta el carácter de tomador, lógicamente, que no habría seguro por prohibición expresa de la Ley.⁵⁸

Intentar armonizar todas estas disposiciones es considerado como un punto muy controversial, puesto que se ha argumentado en varias ocasiones que el incumplimiento del deudor en la medida en que ningún interés asegurable podría existir en él. En efecto éste no podría ser indemnizado por razón de su propio proceder voluntario por lo tanto carecería de interés asegurable, y si lo llegare a tener, no sería un interés lícito, pues iría en contra de los principios éticos y

⁵⁶ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO, GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción Competente para conocer las controversias de las Garantías de los Contratos Estatales. Trabajo de Grado- 2003- [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESES80.pdf>

⁵⁷ GALINDO, CUBIDES, Hernando. El Seguro de Fianza (póliza de Cumplimiento). En: Seguros Temas Esenciales. Universidad de la Sabana. ECO Ediciones. Bogotá. 2007. ISBN 9789586484985. Pg. 735

⁵⁸ *Ibidem*

jurídicos debido a que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público de la Nación.

En caso de que prevaleciera el artículo 1055 del Código de Comercio, no podría entonces entenderse la concepción de riesgo del seguro de cumplimiento, porque en caso de que ocurriera el siniestro, éste no sería indemnizable si se le imputa culpa grave, dolo o actuaciones meramente potestativa al contratista lo que restaría efectividad a los seguros de cumplimiento. Situación que pone de presente, el doctor Ossa cuando se refiere a que “si además, el riesgo asegurado, que no es otro que el incumplimiento de sus obligaciones (las del deudor afianzado), puede eventualmente imputarse a su conducta dolosa, intencional o gravemente culposa, la aplicación del artículo 1055 resulta ineludible. En la medida en que estas causas son inasegurables, el incumplimiento que de ella dimanare debe entenderse excluido del seguro y desprovista de amparo la entidad asegurada”.⁵⁹

En el caso concreto y muy a pesar de la discusión planteada respecto a lo que se considera como riesgo en materia del seguro de cumplimiento prevalecen las disposiciones especiales contenidas en Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Decreto 734 de 2012, frente a lo consagrado en el Código de Comercio, en el cual no se admite como riesgo asegurable la eventualidad del incumplimiento doloso, culposo o meramente potestativo del deudor respecto de las obligaciones que ha contraído. También se discute sobre la imposibilidad de cubrir el incumplimiento del contratista, en razón a que éste no tiene ningún interés asegurable respecto al amparo del mismo, ha sido esta discusión resuelta debido a que la persona que debe ostentar el interés asegurable es de contenido económico plenamente lícito es el acreedor es decir la entidad estatal, la que frente al incumplimiento del deudor podría tener un detrimento en su patrimonio.

⁵⁹ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción Competente para conocer las controversias de las Garantías de los Contratos Estatales. Trabajo de Grado -2003- [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

Teniendo en cuenta la posición de la doctora Ana María Cabanzo en la que dice que esta situación no se manifiesta cuando se trata de seguros de cumplimiento en donde el tomador sea la entidad estatal, porque en este caso “el deudor de las obligaciones cuyo cumplimiento se garantiza, tendría la calidad de tercero frente al contrato y su conducta, no sería relevante respecto del riesgo asegurable”⁶⁰

Para el doctor Bernardo Botero Morales es necesario que se estipule expresamente dentro de las pólizas de cumplimiento todas aquellas características propias de esta clase de seguros y que son opuestas al régimen general del Código de Comercio en aras de mantener su viabilidad jurídica y efectividad.⁶¹

Sobre este tema se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia con las siguientes consideraciones:

*“(...) Dicho esto, y retomando el hilo, dígase ahora que una compañía aseguradora, pues, que cobre una prima asegurando eso mismo, no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor, no lo primero, porque tal seguro tiene la base legal ya vista, cuya reglamentación especial elimina la aplicación del principio general contenido en el artículo 1055 del Código de Comercio, y no lo segundo, porque; amén de ignominiosa, sería altamente nociva la conducta de quien sabiéndolo, o debiéndolo saber dada su destreza en la materia, propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces (...)”.*⁶²

3.1.6.3 Prima

La prima es la contraprestación a cargo del tomador y a favor del asegurado por el hecho de asumir el riesgo. Lo que se hace mención es a la estipulación de la misma más no el pago. Porque muchas veces la prima puede no estar pagada pero si debe estar estipulada y le asiste al tomador su pago.

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ BOTERO, MORALES, Bernardo. El Seguro y la Fianza. Naturaleza Jurídica de las garantías de cumplimiento. En: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. No. 15 (Nov. 2000)

⁶² COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVL. 2 de Mayo de 2002. Magistrado Ponente Manuel Ardila Velásquez. Expedienten No. 6785. Bogotá. La Corte

El pago debe ser conforme al artículo 1066 del Código de Comercio el cual estipula que para el pago de la prima deberá hacerse dentro del mes siguiente al recibo de la póliza.

Al existir el término de un mes para el pago de la prima el cual puede ser ampliado por las partes; pero la incógnita surge en cuanto si se puede reducir este término por acuerdo de las partes. La doctrina ha determinado que si pero no puede llegar a suprimir el plazo para el pago.

Se puede concluir diciendo es al tomador del seguro a quien le corresponde el pago de la prima, pero el incumplimiento de esta obligación no podrá oponerse por parte de la compañía de seguros frente al asegurado como una excepción perentoria frente a las reclamaciones que le haga el asegurado a la aseguradora frente al pago de la indemnización. La improcedencia de la terminación automática del contrato de seguro a favor de entidades estatales por el no pago de la prima, se resolverá en el capítulo cuarto.

3.1.6.4 Obligación condicional del asegurador

La obligación que asume el asegurador, consistente en pagar la prestación asegurada la cual se encuentra sujeta a condición suspensiva, que es la realización del riesgo asegurado, dicho en otras palabras, la ocurrencia del siniestro.

Para que lo anterior ocurra no deberá mediar causal de inoperancia. Este elemento esencial, se relaciona con el principio de indemnización en los seguros, ya que éstos se conciben con el objetivo único y exclusivo de la reparación de un daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable y con ocasión de la ocurrencia del siniestro.

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 1080 del Código de Comercio el asegurador debe pagar el siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado haya demostrado la ocurrencia y la cuantía de la pérdida. Vencido este plazo el asegurador deberá pagar además de la indemnización, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que efectúe el pago.

4. POLIZA DE CUMPLIMIENTO QUE GARANTIZA CONTRATOS FRENTE A LAS POLIZAS DE CUMPLIMIENTO DEL CODIGO DE COMERCIO

Al hablar de la póliza de cumplimiento se habla de que es un contrato de seguro y por lo tanto goza de las siguientes características: 1. Es bilateral porque conforme a lo estipulado en el artículo 1496 del Código Civil genera obligaciones recíprocas para las partes (asegurador y tomador). 2. Es oneroso porque de acuerdo al artículo 1497 del Código Civil se generan utilidades para ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro que dentro del contrato de seguro la compañía de seguros se compromete a pagar el siniestro cuando éste ocurra y para el tomador el pago de la prima. 3. Es aleatorio porque según el artículo 1498 del Código Civil éste depende de una contingencia incierta de ocurrencia o pérdida a la que se encuentran sometidas las partes. 4. El Contrato de seguro es de ejecución sucesiva, puesto que el cumplimiento de las obligaciones no se extinguen inmediatamente y por lo tanto se proyecta en el tiempo. 5. El contrato de seguro es de carácter consensual, debido a que se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades según el artículo 1500 del Código Civil⁶³.

Esta consensualidad responde a la mayor agilidad que demandan los negocios en el mundo moderno y se acomodaba mejor al contexto del resto de legislaciones. Además evita el problema que se suscitaba con los anexos temporales mediante los cuales se otorgaba el amparo mientras se expedía la póliza y además mientras se hacía el pago del seguro, esto daba lugar a no pocos problemas, pues muchas veces se vencían los anexos, sin haberse pagado la póliza ocasionando dificultades que llegaban a los estrados judiciales; todo lo cual termina con la

⁶³ Respecto de la Consensualidad del contrato de seguro es importante mencionar que antes de que se expediera la Ley 389 de 1997, se estaba manejando la concepción de un contrato de seguro solemne, por lo que con el expedición de la ley citada anteriormente se pasó a hablar de un contrato de seguro consensual.

nueva característica de consensualidad que acogió el legislador en la Ley 389 de 1997.⁶⁴

El artículo 1046 del Código del Comercio dice que se puede probar la existencia de un contrato de seguro sólo de dos formas: Escrita o por confesión.

A- De manera escrita: Es el documento que contiene plasmada las voluntades de las partes y a su vez tiene consignadas las obligaciones de las partes y los elementos y esenciales del contrato y con la obligación legal de entregar la póliza al tomador en el término de quince días siguientes a la fecha de la celebración del contrato.

Principio de prueba por escrito: Se refiere a los documentos que no tienen todos los requisitos de contrato, permitiendo que sean allegados y valorados junto con otros medios probatorios para determinar la existencia del contrato de seguro. Ej.: El peritaje.

B- La confesión: Es un medio de prueba que versa sobre los elementos esenciales del contrato de seguro. Esta obligación recae sobre quienes hacen parte del mismo. Es importante aclarar que en las compañías de seguro quienes tienen esta facultad son los funcionarios que tengan la calidad de representante legal haciendo referencia a las agencias de seguros.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su artículo 42 estipula las facultades de las agencias y agentes:

- a) Inspeccionar los riesgos.
- b) Recibir dinero.
- c) Suscripción de los contratos de seguros y su promoción.

⁶⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 389, (18, Julio, 1997). Por medio de la cual se modifican los artículo 1036 y 1046 del Código de Comercio. Diario Oficial No. 43091 de 24 de Julio de 1997.

d) Intervenir en salvamentos.

Sin embargo, a pesar de que el acuerdo de voluntades perfecciona el contrato de seguro, en realidad debe ponerse en duda su característica de consensualidad respecto de las pólizas de cumplimiento que garantiza contratos estatales, puesto que la constitución de la póliza es una exigencia hecha por parte de la entidad estatal en los pliegos de condiciones con el fin de poder demostrar la existencia del contrato de seguro que se ha celebrado; ésta sería la única forma de probar el contrato de seguro, esto sería contradiciendo a lo establecido en el artículo 1046 del Código de Comercio el cual fue modificado por el artículo 3 de la Ley 389 de 1997 en la cual se determina que la prueba del mismo solo podrá hacerse, de manera escrita o por confesión y negando su vigencia y efectividad del contrato con el solo acuerdo de voluntades.

Es importante aclarar frente a lo anterior que una cosa es el tiempo en que el contrato de seguro se perfecciona que es a través del acuerdo de voluntades y otra muy diferente es el momento en que la garantía es aprobada por la entidad estatal (requisito de ejecución del contrato estatal de conformidad al artículo 41 de la Ley 80 de 1993). De tal forma, que en caso de que se inicie de manera irregular la ejecución del objeto contractual sin la aprobación de la garantía, la entidad pública puede exigir la indemnización al asegurador en el caso de incumplimiento por parte del contratista, pues el contrato de seguro, existe y produce plenos efectos.⁶⁵

Lo anterior adquiere un carácter relevante puesto que si fuera la entidad estatal la que tomara el seguro; en su calidad de tomadora y beneficiaria el contrato sería considerado como estatal y por lo tanto estaría sujeto en cuanto a su

⁶⁵ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO, GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción competente para conocer las controversias de las garantías de los contratos estatales. Trabajo de Grado-2003-[artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

perfeccionamiento a lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 el cual establece: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se e leve a escrito , (...)” (subrayado fuera del texto). Por lo que se aplicaría la presente disposición por ser norma especial frente a la regulación general de Código de Comercio.

Lo anteriormente mencionado fue ratificado mediando el concepto No. 2008084117-001 de la Superintendencia Financiera: “ (...) *es factible que en la póliza de seguros la fecha de iniciación de vigencia del seguro sea anterior a la fecha de expedición de ésta toda vez que el acuerdo de voluntades o consentimiento de las partes precede al documento escrito y son las partes las llamadas a determinar cuando el asegurador comienza a asumir los riesgos trasladados por el tomador mientras que la fecha de expedición de la póliza indica cuando se expidió el documento que prueba, entre otros el contrato de seguro (...)*”⁶⁶.

Otro aspecto importante que hay que tener en cuenta es el tema de la revocación unilateral del contrato de seguro, de conformidad con lo establecido en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 el cual fue modificado por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.”(...) tratándose de pólizas, las mismas o expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral (...)”⁶⁷. Prohibición que se encuentra reglamentada en el decreto 734 de 2012 en su artículo 5.2.1.1.5. Esto podría en un principio ser considerado como una diferencia frente a lo que es el seguro de cumplimiento que garantiza contratos de derecho público, debido a que se encuentran reguladas por el régimen general de contrato de seguro que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 1071 del Código de Comercio “el contrato

⁶⁶ COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Seguros, Garantía Única de Cumplimiento, perfeccionamiento. Concepto No. 2008084117-001. Bogotá: La Superintendencia, 2009. p. 3

⁶⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 (16, Julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Bogotá. Diario Oficial No. 46691 de 16 de Julio de 2007.

de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes (...)”⁶⁸. Pero teniendo en cuenta la naturaleza del seguro de cumplimiento y su función económica que es la de proteger el patrimonio del acreedor frente al incumplimiento del deudor; razón por la cual no puede dejarse a la voluntad de éste la existencia de la garantía por lo que se cree en la necesidad de dar certeza y utilidad a esta figura al considerarse que este tipo de seguro adquiere el carácter de irrevocable en todos los casos; esta posición es sostenida por el doctrinante, doctor Efrén Ossa.⁶⁹

Hay que mencionar que el artículo 1071 del Código de Comercio dispone que el contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por cualquiera de las partes. En caso de que sea la compañía de seguros quien tome la decisión de revocar el contrato ésta deberá notificar por escrito tal decisión al tomador con mínimo 15 días de anticipación, pudiendo el tomador recuperar la prima no devengada.

En relación al contrato de seguro de cumplimiento, las aseguradoras renuncian a esta facultad debido a que en estos contratos la prima se causa integralmente desde el momento de la celebración misma del contrato, es por esta razón por la cual nunca hay lugar a la devolución de la prima no devengada; pues harían mal las aseguradoras en revocar unilateralmente el contrato sin que el deudor pueda recuperar en absoluto parte de la prima.

No obstante y en relación a los seguros expedidos para amparar el incumplimiento de las obligaciones de quienes contratan con el estado; hay exigencia de una norma expresa que excepciona la aplicación del artículo 1071 del Código de Comercio y se trata del mencionado artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993

⁶⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, Marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Artículo 1071. Bogotá. Diario Oficial No. 33339 de 16 de Junio de 1971

⁶⁹ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción competente para conocer las controversias de las garantías en los contratos estatales. Trabajo de Grado -2003- [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>

en el cual se establece que la garantía “no expirará por revocación unilateral” y reiterado en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

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

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

A la verdad, si se conviene en que es la naturaleza misma del seguro de cumplimiento la que se opone a que el antojo de cualquiera de las partes le dé finiquito, allí deben quedar comprendidos por igual el asegurador y el tomador. No se descubren razones serias para entrar en distingos y proporcionar tratamientos desiguales. Si ha sido práctica común la de que la persona del deudor pague la prima y se ha llegado hasta que sea ella misma la que resulte tomando el seguro; inicuo fuera permitir que el asegurado quede a merced de la actitud caprichosa y aun aviesa de ese tomador. Odioso sería que se patrocinara que la garantía se reduce a sí “é quiere” o le “parece bien”.⁷⁰ (Cursiva fuera del texto).

Hay que reiterar que también es improcedente la terminación automática del seguro de cumplimiento; tal como lo estipulan el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y el artículo 5.2.1.1.5 del Decreto 734 de 2012. Estas normas brindan este privilegio debido a que está de por medio el patrimonio de la entidad contratante a cuyo favor se constituyen las garantías; en este respecto difiere a lo estipulado en el artículo 1068 del Código de Comercio que en su tenor dice: “La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Mayo 2 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Manuel Ardila Velásquez. Expediente No. 6785. Bogotá. La Corte

en ella, producirá la **terminación automática del contrato de seguro (...)**”, por lo tanto en que el contratista, se halle en mora en el pago de la prima el contrato no terminará y no podrá hacer uso de la figura del artículo 1068 del Código de Comercio, por parte de la aseguradora como excepción para el no pago de la indemnización a que haya lugar.

Bajo el criterio de la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro no hace parte integral del contrato estatal teniendo en cuenta que el vínculo contractual es de carácter privado que colabora en el desarrollo de la actividad estatal, por el carácter del patrimonio que protege y porque el beneficiario es directamente la administración. Esto es lo que diferencia el seguro de cumplimiento que garantiza contratos de carácter privado puesto que no tienen la finalidad de proteger el patrimonio de la entidad estatal y por ende no goza de las características especiales que si ostenta la póliza de cumplimiento que tiene por objeto garantizar los contratos estatales.

En este punto es importante tener en cuenta que son requisitos indispensables para la ejecución del contrato la constitución y aprobación de las garantías según lo estipulado en el inciso 2° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

Artículo 23 de la Ley 1150 de 2007: “(...) *Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda (...)*”. (Cursiva fuera del texto)

A contrario sensu los contratos de derecho privado pueden ser garantizados de otras formas y solamente de forma expresa se puede establecer que la celebración y ejecución del contrato estén sujetas a la constitución de la garantía.

Es muy importante mencionar que en caso de que se prorrogue o se adicione el contrato garantizado, el contratista debe reponer el valor de la garantía cuando se vea afectada por razón de siniestros según lo establecido en el artículo 5.1.12 de Decreto 734 de 2012⁷¹. Teniendo en cuenta que en el seguro de cumplimiento el restablecimiento o ampliación de la garantía no son condiciones impuestas de manera obligatoria; esto si se establece expresamente o si el tomador así lo quiere. Quedando claro que en el contrato de seguro de cumplimiento en lo que respecta a la reposición de la garantía, en caso de que haya ocurrencia del siniestro el tomador podrá contratar un nuevo seguro o si por el contrario el siniestro no implicó el pago total del valor asegurado podrá modificar el contrato aumentando el valor de la prima a pagar, esto lo podrá hacer de manera voluntaria, lo anterior de conformidad a lo estipulado en el artículo 1111 del Código de Comercio el cual consagra que: *“La suma asegurada se entenderá reducida, desde el momento del siniestro en el importe de la indemnización pagada por el asegurador.”* (Cursiva fuera del texto).

En seguros existe la figura del coaseguro que consiste en que dos o más compañías de seguros asumen responsabilidad en relación con un mismo riesgo, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa para esto se necesita que haya concurrencia: a) de diversas aseguradoras, b) identidad del asegurado; c) identidad del interés asegurado y d) identidad de riesgo. Esta figura se encuentra regulada por el artículo 1095 del Código de Comercio⁷². Esto adquiere relevancia puesto que también tiene aplicación en el seguro de cumplimiento.

Ahora bien el decreto 734 de 2012 permite la combinación de garantías tal y como lo contempla el artículo 5.1.10 del mencionado Decreto con el fin de poder

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, Marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Artículo 1095. Diario Oficial No. 33339 del 16 de Junio de 1971

garantizar las excepciones de la indivisibilidad del riesgo consagrado en el artículo 5.1.9 del decreto 734 de 2012.

La Ley 80 de 1993 en el numeral 1 del artículo 4 establece que las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal “exigirán al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. **igual exigencia podrán hacer al garante**” (subrayado, cursiva y negrilla fuera de texto), en concordancia con los artículos 1592 del Código Civil y 1061 del Código de Comercio.

De la misma manera, la entidad estatal podrá exigir ese cumplimiento de los fines de la contratación estatal a través de los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993. El artículo 17 de la Ley 80 de 1993 faculta a la entidad estatal a continuar con la ejecución del contrato con el garante de la obligación en los casos en los que el contrato se haya extinguido por terminación unilateral o a través de la caducidad consagrada en el artículo 18 de la misma disposición legal. Sin embargo este artículo ha generado controversia respecto de la facultad que se le otorga a la entidad estatal de escoger como acreedor del pago la forma en que ésta deba realizarse. A continuación se citarán algunas posiciones al respecto.

La primera de ellas es la del doctor Juan Manuel Prieto; quien argumenta que la Ley 80 de 1993 le permite al acreedor es decir a la entidad estatal escoger que modalidad de pago de su obligación prefiere incluso la facultad para “exigirle” a la aseguradora la asunción de cumplimiento de obligaciones que se derivan del contrato, considerando así que con este procedimiento se evite a la administración la necesidad de abrir otra licitación y así se estarían reduciendo costo, y en muchas ocasiones a su vez para la compañía de seguros podría resultar más económico terminar con la ejecución del contrato que pagar la indemnización. Esta posibilidad suscitó muchas discusiones; pues es claro que la ejecución de contratos estatales, no se encuentra dentro del objeto social de las

aseguradoras, situación que fue resuelta por el artículo 1110 del Código del Comercio que establece la facultad de pagar la indemnización en dinero o reparar la cosa asegurada entendiéndose que hay que terminar el contrato incumplido⁷³.

Por otra parte hay doctrinantes que piensan que esto sigue siendo una facultad de la aseguradora el de poder escoger la forma de pagar la indemnización. Frente a este tema se pronunció el doctor Juan Manuel Díaz Granados⁷⁴, quien consideró que la Ley no dejó dudas respecto de la posibilidad que existe de que sea el garante quien concluya el contrato pero para que esto ocurra debe mediar el acuerdo entre las partes (entidad estatal y compañía de seguros). Porque si bien la compañía de seguros puede pagar la indemnización en concordancia con el artículo 1110 del Código de Comercio ésta podría ser pagadera mediante; la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, traduciendo esto “la satisfacción del acreedor mediante la ejecución del objeto de la obligación incumplida”, lo cual requiere de la aceptación por parte de la entidad estatal. Esta posición también está siendo defendida por los doctores Mutis Vanegas y Quintero Múnera⁷⁵ quienes argumentaron que al asegurador al no ser considerado parte del contrato estatal, lo único que se le puede exigir a la compañía aseguradora es el pago de la indemnización cuando haya ocurrencia del siniestro, considerándose como una opción de la misma el decidirse a concluir a la ejecución del contrato. Pero de la misma manera consideraron que ante la existencia de la dificultad de despejar “inequívocamente” esta duda, ninguno de los extremos de la relación contractual se encuentra en capacidad de imponer al otro una determinada obligación generando así la necesidad de un consenso entre la entidad estatal y la aseguradora.⁷⁶

⁷³ MARROQUÍN, GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ, Ángela María. Jurisdicción competente para conocer las controversias de las Garantías de los Contratos Estatales. Trabajo de Grado -2003- [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESES80.pdf>

⁷⁴ DÍAZ –GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Los Seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa. EN: Comentarios al nuevo régimen de Contratación Administrativa. 2 ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1995. Pág. 414

⁷⁵ MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MÚNERA, Andrés. La Contratación Estatal: Análisis y Perspectivas. Bogotá: Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

⁷⁶ MARROQUÍN, GALVIS. Natalia y QUIJANO GÓMEZ, Ángela María. Op cit. P. 50

En este tema se concluye de manera lógica que para el pago de la indemnización se deberá acudir al régimen general de los seguros es decir al Código de Comercio. No cabe duda que la escogencia de la forma de pago corresponde al deudor (aseguradora) y si se armoniza con lo estipulado en la Ley 80 de 1993 en el caso de que ésta decida ejecutar el contrato puede incluso la compañía de Seguros tener la posibilidad de subcontratar su obligación a profesionales del área del contrato, con el fin de garantizar un buen trabajo y una satisfacción adecuada de los intereses públicos que se encuentren involucrados en la ejecución del mismo.

Todo lo anteriormente discutido en este capítulo es perfectamente aplicable al contrato de seguro mediante el cual se garantizan contratos estatales en la medida en que la Ley 80 de 1993 es considerada una norma especial frente al régimen general del contrato de seguro que se encuentra en el Código de Comercio.

4.1 SEGUROS QUE NO DEBEN CONFUNDIRSE CON EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO.

En este subcapítulo se hará alusión a los diferentes tipos de seguros que si bien garantizan obligaciones y son de carácter patrimonial no pueden llegarse a confundir con el seguro de cumplimiento. Entre los cuales encontramos: el seguro de crédito y el seguro de responsabilidad civil.

Seguros de crédito: Lo primero que hay de decir de esta clase de seguro es que es de carácter patrimonial por lo que el tomador puede ser el acreedor (con el fin de salvaguardar su propio patrimonio) o el deudor (constituyéndolo como una garantía). El fin de este seguro se encuentra encaminado a proteger la integridad patrimonial de acreedor; en la eventualidad de que el deudor resulte insolvente

(cuestión que se debe puntualizar que este procede después de que se haya realizado un proceso que por lo general es de diferente naturaleza o por medio de la aplicación de presunciones de insolvencia derivadas de situaciones de mora prolongada⁷⁷ garantizando de esta manera obligaciones dinerarias⁷⁸.

Seguros de responsabilidad civil: Como se había dicho al comienzo de este subcapítulo pero que vale la pena reiterar es que es un seguro de carácter patrimonial, el cual se encuentra regulado en el artículo 1127 del Código de Comercio, el cual fue modificado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, bajo esta modalidad de seguro lo que se busca es proteger y amparar tanto la responsabilidad civil contractual como la responsabilidad civil extracontractual; en las que pueda incurrir el asegurado que para nuestro caso pueden ser el contratista, la entidad contratante y los potenciales responsables.

En este tipo de seguros, es importante tener en cuenta que al momento en que acaezca el siniestro, la compañía de seguros deberá pagar la indemnización según lo estipulado en el artículo 1133 del Código de Comercio el cual fue modificado por el artículo 87 de la Ley 45 de 1990 quien tiene la acción directa contra el asegurador es la víctima solo es para la reclamación de los daños patrimoniales y que en concordancia con el artículo 1077 del Código de Comercio quien tiene la carga de la prueba es la misma víctima; pues es a ella y es a quien le queda más fácil demostrar la ocurrencia del daño y su cuantía. La figura de la subrogación no tiene cabida contra el asegurado.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

4.2 NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE SEGURO QUE GARANTIZA EL CONTRATO ESTATAL

Ante la realidad cambiante de la legislación del seguro de cumplimiento, en este subcapítulo se estudiarán y analizarán las diferentes posturas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia; respecto a la naturaleza del seguro de cumplimiento.

La naturaleza jurídica del contrato de seguro de cumplimiento ha sido analizada desde dos sectores: en primer lugar los mercantilistas y sus seguidores sostuvieron la teoría de la autonomía del contrato por lo que para este sector indiscutiblemente se trataba de un contrato de seguro. En segundo lugar apareció la posición civilista, para quienes era fianza puesto que lo que esta corriente estaba analizando era la finalidad que cumplía el contrato de seguro de cumplimiento; por lo que concluyeron que no era cosa diferente que una fianza mercantil con algunas particularidades del ordenamiento consagrado en el Código Civil.

Posteriormente se llegó a concluir que el seguro de cumplimiento era un contrato que compartía la naturaleza jurídica de la fianza sin que se desconocieran los patrones reguladores del seguro. Esto que parecía una discusión ya finalizada; volvió a generar polémica después de que la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se llegó a la conclusión de que el seguro de cumplimiento es un seguro y no una fianza⁷⁹.

En lo que respecta a la carga probatoria a cerca del monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la

⁷⁹ PENAGOS, BOTERO, Andrea. El Seguro de Cumplimiento en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho. Bogotá. 2005 [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2056.pdf>

propia estipulada en la póliza de carácter condicional, por su puesto diferente a la que contrajo el deudor del contrato objeto de ser asegurado y por otro lado, debido a que es contrario a lo que sostiene la censura el seguro de cumplimiento del que se está hablando en este ensayo no es un seguro de valor admitido que conlleve a la determinación del valor de la indemnización, obligación que se encuentra a cargo de la aseguradora, que aparezca en la póliza.

Lo anteriormente expuesto hace más patente el alcance del seguro de cumplimiento; teniendo consideración respecto al texto que contiene las cláusulas respectivas, establece que el mismo únicamente tenía por objeto indemnizar al asegurado o beneficiario “el incumplimiento de las obligaciones contractuales y en ningún caso, contra perjuicios de otro orden” y que corresponde al asegurado demostrar “la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida” disposición contractual que no hace más sino reiterar lo estipulado en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Artículo 1077 del Código de Comercio: *“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.”*

Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos: *“Para adoptar un criterio sobre el perjuicio que puede haber causado ese siniestro es preciso en primer lugar dejar muy en claro que son dos cosas diferentes la fianza o aval de una parte, y el seguro de cumplimiento de otra. En los primeros nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal. El acreedor tendrá, pues pluralidad de deudores y en muchas ocasiones podrá escoger a su arbitrio a cuál de ellos ejecutar, (...) en el segundo bajo la forma de seguro se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal de que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento el asegurador toma a su cargo*

“hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada”. A ese texto simplemente una glosa no ha debido emplearse la expresión afianzada. “Porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación comúnmente denominada SEGURO DE CUMPLIMIENTO es negocio diferente de la fianza (...)”⁸⁰.

Al respecto se dará a conocer la posición adoptada por el doctor Hernando Galindo Cubides en su obra: “Seguro de fianza” definiendo el seguro de cumplimiento así:

*“Es un contrato por el cual la aseguradora, mediante el cobro de una prima protege al asegurado contra el incumplimiento de una obligación específica a cargo del deudor principal o del fiado. De lo dicho se colige como se expresó al comienzo que el seguro de fianza tiene sus caracteres propios y su autonomía como ente jurídico. En este contrato intervienen tres personas a saber: La compañía de seguros en su calidad de fiadora; el asegurado que puede ser una persona natural o jurídica a quien se protege contra el incumplimiento o sea el acreedor y el afianzado que es una persona natural o jurídica afianzada, esto es el deudor”.*⁸¹(Cursiva fuera del texto)

No hay que confundir que por el simple hecho de que la aseguradora deba pagarle al asegurado, la parte proporcional de incumplimiento del afianzado (deudor) o terminar la ejecución del contrato incumplido o de la obligación afianzada; constituya una similitud con la obligación del fiador. Inclusive que la limitación que existió en alguna época para los aseguradores de garantizar obligaciones de crédito no disminuía en nada la notoria presencia de la fianza en el contrato de seguro de cumplimiento. De ser así únicamente un contrato de seguro y no de fianza se entendería posible que el asegurador exigiera contra-garantías, con el fin de hacerlas exigibles hasta por el monto asegurado en caso de incumplimiento; ya que de ser solo un seguro de daños, no existiría para el asegurador dicha posibilidad jurídica y menos cuando se descarta la aplicación del artículo 1096 del

⁸⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. 21 de Septiembre de 2000. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno. Expediente No.6140. Bogotá. La Corte

⁸¹ GALINDO, CUBIDES, Hernando Augusto. El seguro de Fianza: Garantía Única. Bogotá. Legis Editores. 2005. p. 40

Código de Comercio en razón a que dicha norma se refiere a “terceros”, sin que dentro del alcance del término, pueda incluirse a quien es parte del contrato de seguro, como es obvio. La filosofía y la forma de comercializar el seguro de cumplimiento resaltan que además de seguro como tal, es evidente que éste comparte la naturaleza jurídica de la fianza, pues queda claro que el afianzado, es quien garantiza mediante la póliza, el incumplimiento de su obligación pero al mismo tiempo está aceptando constituir garantías y a ser demandado por el asegurador, en caso de verse obligado a pagar por él o de terminar de ejecutar y dar cumplimiento de la obligación garantizada⁸².

⁸² ARIAS, MARTÍNEZ, Ángela Lorena. El Seguro de Cumplimiento en la Legislación Colombiana. Fundación Universitaria Autónoma de Colombia. Trabajo de Grado 2010 [artículo de internet] http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/EL_SEGURO_DE_CUMPLIMIENTO_EN_LA_LEGISLACION_COLOMBIANA.pdf

5. CONTROVERSIAS EN LA EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL, LAS MULTAS Y LA GARANTÍA (POLIZA DE CUMPLIMIENTO)

En este capítulo lo que se pretende es tratar de dar respuesta a los interrogantes planteados en este ensayo dentro del Capítulo 3 debido a que en ocasiones dentro de los contratos celebrados entre el contratista y la entidad estatal se estipulan cláusulas penales y multas las cuales deben ser exigibles al momento en que se produzca incumplimiento alguno de las obligaciones contratadas por el contratista. Así mismo hay que aclarar que dentro de este capítulo no se hará alusión a la jurisdicción competente para conocer de dichas controversias.

Aunque se trata de un contrato de Derecho Privado celebrado entre particulares por una parte se encuentra la aseguradora y por la otra el contratista (tomador), no hay que perder de vista que quien se encuentra como beneficiaria dentro del seguro de cumplimiento es la entidad estatal como acreedora de las obligaciones contratadas frente a la compañía de seguros y la existencia de esto obedece al cumplimiento de una cláusula contractual de un contrato estatal, el cual se encuentra sujeto a disposiciones de carácter especial en virtud de la finalidad que con él se persigue; que es la protección del patrimonio público involucrado en el contrato estatal garantizado.

Hay que aclarar también que para poder exigir la cláusula penal una vez se haya producido el incumplimiento, hay que abordar un procedimiento sancionatorio especial, previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Otro, aspecto importante a resaltar es que la póliza se hace exigible cuando hay incumplimiento total de las obligaciones adquiridas por parte del contratista en el pago de la multa o de la cláusula penal. Lo cual conlleva a pensar que es posible el pacto de la cláusula penal como tasación anticipada de los perjuicios, es decir que si dicha cláusula penal es a título de pena, el amparo cubre el valor de la

multa o pena pecuniaria pactada; pero también los perjuicios que con el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista se generen a la entidad pública cosa diferente cuando se considera que la cláusula penal es una estimación anticipada de los perjuicios en cuyo caso solo se cubrirá el valor de la pena pecuniaria.

Tal como lo establece el artículo 5.1.7.4 del Decreto 734 de 2012⁸³ que: “*el valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria y en todo caso no podrá ser inferior al 10% del valor total del contrato (...)*”.

De la misma manera el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011⁸⁴ determina que la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento se registrarán por el procedimiento allí consagrado.

Artículo 86 Ley 1474 de 2011: “*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la administración Pública podrán decretar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. (...)*”⁸⁵ (Cursiva y subrayado fuera del texto)

Lo anteriormente mencionado deja claro que solo se pueden exigir el pago de las multas y de la cláusula penal cuando estas hayan sido pactadas dentro de la celebración del contrato.

⁸³ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 734, (13, Abril, 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48400 del 13 de Abril de 2012.

⁸⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474, (12, Julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial No. 48128 de 12 de Julio de 2011.

⁸⁵ *Ibíd.*

5.1 Definición de Cláusula Penal y de Multa:

En este subcapítulo se dará brevemente las definiciones de lo que debe entenderse por cláusula penal y por multa.

Cláusula Penal: En un sentido general puede entenderse como aquella en que las partes de un contrato establecen una sanción para la que no cumpla lo estipulado en el mismo.

El Código Civil Colombiano en el artículo 1592 define la cláusula penal en los siguientes términos: *“La cláusula penal es 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”* (cursiva fuera del texto).

Otra definición de cláusula penal: *“La cláusula penal pecuniaria es la tasación anticipada de los perjuicios que se hace en el contrato en el evento de incumplimiento por parte del contratista. La entidad puede hacer efectiva la que debe ser de tal magnitud que causa un perjuicio a la entidad pero que no obstante no reviste la gravedad que exige el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para declararle la caducidad al contratista”*.⁸⁶

El Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

“Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común;- en lo sustancial- que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón del acaecimiento de incumplimientos parciales, la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios a raíz

⁸⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, Diana Yamile. La aplicación de la proporcionalidad en la cláusula penal de los contratos estatales. Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. Trabajo de Grado de Especialización en Contratación Estatal. 2011. Chía [artículo de internet]
<http://intellectum.unisabana.edu.co:808/jspui/bitstream/10818/1465/1/Diana%20Yamile%20García%20Rodríguez.pdf>

*de la declaratoria de la caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato es decir que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones”.*⁸⁷

Multa: Según el diccionario de la Real Academia de la lengua Española, la multa se define como una sanción económica.

Una definición jurídica es: *“Pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva administrativa o de policía o por incumplimiento contractual. En esta última hipótesis se habla con más frecuencia de cláusula penal o de pérdida de la señal. Por lo que hay tres tipos de multas a saber: las penales, administrativas y civiles”.*⁸⁸

5.2 PROCEDIMIENTO EN LA REGULACIÓN VIGENTE

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública fue expedido por medio de la Ley 80 de 1993, la cual tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos estatales; dentro de su articulado se estableció que la administración puede imponer multas y cláusula penal frente al incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones contraídas por éste al momento de celebrar el contrato; dejando un vacío por parte de esta Ley al no dar una definición al respecto.

El Consejo de Estado fue el ente encargado de dar solución a la incertidumbre respecto de la inclusión de estas figuras en la contratación estatal; con la sorpresa de que los pronunciamientos sobre el tema de esta corporación no fueron unánimes.

⁸⁷ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 17009. Noviembre 13 de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Bótero. Bogotá. El Consejo de Estado.

⁸⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliastás. Décimo cuarta edición, 2000. Buenos Aires – Argentina. ISBN 9509065986

De una parte se considera importante mencionar cual fue la posición inicial de la Sala 3 del Consejo de Estado; la cual se encuentra en providencias del 24 de Agosto de 1995 y 28 de Marzo de 1996⁸⁹, dispuso que: *“La Ley no le dio la prerrogativa a la Administración Pública de consagrar multas como sanciones que pueda imponer unilateralmente, tal como se desprende de la lectura del artículo 14 de la Ley 80 de 1993”*. (Cursiva fuera de texto).

En auto del 20 de febrero de 1997, expediente 15669 la misma Corporación sostuvo que como la Ley 80 de 1993 no consagra de manera explícita estas figuras como cláusulas implícitas en el contrato y con carácter exorbitante por lo que el alto tribunal sostuvo que: *“Cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare porque el poder coactivo de la administración, que le permita frente a determinados contratos imponer por si mismo las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el Decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa de ese decreto que hizo la Ley 80 de 1993 artículo 81, sin que fueran reemplazadas por ésta Ley”*.

A raíz de esta declaratoria se produjeron cambios de postura por parte del alto tribunal; el primer cambio de posición se produjo cuando los Magistrados de la Sección Tercera dispusieron que estas cláusulas podían ser pactadas; pero exclusivamente a favor de la entidad estatal y con la facultad de poder hacerlas efectivas de manera unilateral en los casos en que acaezca el incumplimiento, en los términos que a continuación se describen del Consejo de Estado:

“La administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter

⁸⁹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 95D11119. 28 de Marzo de 1996. Consejera Ponente: Myriam Guerrero Escobar. Bogotá. El Consejo de Estado.

ejecutivo que como regla otorga el artículo 64 del Decreto Ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos (...).

Para la Sala resulta claro que las multas convenidas en la cláusula séptima del contrato son de naturaleza contractual y la remisión al artículo 58 de la Ley 80 de 1993 si bien fue equivocada, no le resta los efectos convencionales así mismo, no era necesaria la autorización del contratista a la entidad contratante para que descontara y tomara directamente el valor de las multas de cualquier suma que le adeudara aquella, puesto que la compensación en los términos del artículo 1715 del Código Civil “ se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores”. Esta actuación legítima de la administración, no sólo tiene su respaldo legal en las normas civiles, sino también en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, a como un medio mas que le permite a la administración la ejecución de sus actos. (...)⁹⁰

El Alto Tribunal también hizo referencia al tema en auto del 6 de Agosto de 1998, expediente No. 14558 en el cual el Consejo de Estado reiteró y complementó su posición con respecto a las multas en los siguientes términos:

“Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista; el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo. Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer unilateralmente sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorga el artículo 64 del Decreto Ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto de conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 “en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales”.

A su vez, el artículo 23 del mismo Estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del Derecho Administrativo. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactadas en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista”. (Cursiva fuera de texto)

⁹⁰ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 4 de Junio de 1998. Expediente No, 13988. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.

En este sentido el Consejo de Estado ha reiterado su posición en sentencia de 9 de Marzo de 2000⁹¹ postura que había sido expuesta por dicha corporación en sentencias del 4 de junio de 1998 reiterada a través de la sentencia del Consejo de Estado de 29 de Junio de 2000.⁹²

Pero en sentencia del año 2002 la Sala hizo mención a la facultad que tiene la administración para imponer de manera unilateral las multas al contratista sin que se requiera acudir al juez del circuito. A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

*“Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la Ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la sala definió que la administración; tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el artículo 64 del Decreto Ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos” (auto de 4 de Junio de 1998, expediente 13.988). Lo cual significa que la administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo”. (...)*⁹³

El segundo cambio jurisprudencial se produjo en el 2005⁹⁴, en sentencia del Consejo de Estado estableció que de conformidad a los mandatos de la Ley 80 de 1993, la administración no tenía tanta potestad de sancionar al contratista incumplido materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía acudir al juez del circuito, este fue un lineamiento que perduró casi hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 por lo que la Sala en esta oportunidad dijo que:

⁹¹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. 9 de Marzo de 2000. Expediente No. 10540. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁹² COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 29 de Junio de 2000. Expediente No. 16756. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

⁹³ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Junio de 2002. Radicado No. 19488. Consejera Ponente: María Elena Giraldo.

⁹⁴ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Expediente No. 14579. Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.

“(…) En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad entre dos de sus actores más importantes, esto es el estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que se ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 de 1993 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma Ley.

Puede observarse entonces, que la Ley 80 de 1993, que pretendió ser el Estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 14 dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de fines estatales.

En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial pues eran de obligatoria inclusión; así se dijo en el artículo 60 de esta norma⁹⁵. (Cursiva fuera de texto)

Ello no ocurrió así con la expedición de la Ley 80 de 1993 puesto que no solo derogó el Decreto 222 de 1983 si no que restringió la aplicación de las cláusulas más excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión ya sea obligatoria o voluntaria.

⁹⁵ Artículo 60 del Decreto 222 de 1983: “(…) concretamente en lo que atañe a la cláusula multas y penal pecuniaria los respectivos artículos que las regularon establecieron que la imposición de aquellas se había: “... mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto” y que la imposición de ésta es decir la penal pecuniaria se haría efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento” y para los dos casos, se estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y si esto no fuere posible se cobraría por jurisdicción coactiva. Con ello la entidad estatal quedaba plenamente facultada para; utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

Esto no quiere decir que las partes; en el ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar tal y como lo manifiesta el Alto Tribunal en Sentencia del 4 de junio de 1998 y reiterado por él mismo en providencia de 20 de junio de 2000; pero lo que sí está claro es que no pueden ser pactadas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente pues según se vio dicha facultad deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual y que a partir de la Ley 80 esta facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo pactado las multas o la cláusula penal en concordancia a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato deberá acudir al juez del contrato o a efecto de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal en aplicación a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues la Sala insiste en que el estado carece de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y de contener para imponerlas de manera unilateral.⁹⁶

En concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 25 de mayo de 2006, en el cual se señaló de manera adicional frente a la inexistencia de regulación por parte de la Ley 80 de 1993 en lo concerniente a las multas y a la cláusula penal pecuniaria cuando haya estipulación de las mismas en un contrato estatal; éstas deben interpretarse de acuerdo a la cláusula penal; este razonamiento se desprende de la lectura del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, cuando dentro de la misma disposición legal hace remisión directa al Código Civil y al Código de Comercio y por lo tanto la multa y la cláusula penal pecuniaria deben ser utilizadas en los términos de dicha normatividad debido a que esa es la única regulación existente frente al tema.

⁹⁶ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicado No. 14579.

Dentro de este concepto también se determinó que la imposición y ejecución unilateral de las multas en el contrato estatal varía según se refiere o no a contratos en los cuales se hubiera pactado la cláusula de caducidad siendo que para la administración posible en este caso hacer exigible de manera unilateral dichas sanciones una vez que la administración haya decretado la caducidad del contrato mientras que para el segundo caso la administración considera importante que debe acudir ante el juez para que sea éste último el que determine el incumplimiento del contrato y lo declare.

Esta tesis del Consejo de Estado es conocida como tesis intermedia puesto que el Alto Tribunal admite que la administración puede interponer las multas previstas en el clausulado al contratista incumplido, pero única y exclusivamente cuando se haya pactado también la cláusula de caducidad, esto de conformidad con lo estipulado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993; de donde se deduce de manera implícita que si la Administración puede sancionar al contratista hasta inhabilitarlo para contratar con el Estado incluso puede ponerle fin al contrato por incumplimiento total; con mayor razón puede sancionar el incumplimiento parcial a través de las multas pactadas en el mismo y declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto frente al tema de las multas y cláusula penal bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 se produjeron posiciones encontradas por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el que queda claro que existe la posibilidad de que éstas puedan ser incluidas dentro de los contratos estatales; siempre fue aceptado por el Alto Tribunal teniendo como fundamento el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en la que se deja claro que la inclusión se hace es en ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes intervienen en el contrato y este principio se encuentra protegido por las disposiciones legales aplicables de donde se concluye que lo que realmente siempre fue motivo de discusión era la posibilidad de que la administración pudiera

unilateralmente declararla como una típica exorbitancia o manifestación de prerrogativas públicas discusión que termina cuando se expide la Ley 1150 de 2007.⁹⁷

Lo anterior: fue la posición del Consejo de Estado con la expedición de la Ley 80 de 1993 ahora se tratará de hablar de cuál es la posición que toma el Alto Tribunal cuando se expidió la Ley 1150 de 2007; puesto que esta disposición modificó de manera parcial la Ley 80 de 1993; especialmente en lo atinente a la facultad o potestad que tiene la administración de imponer unilateralmente multas y hacer efectiva la cláusula penal al contratista incumplido.

Por lo que al respecto el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, le otorga de manera expresa competencia a las entidades estatales, imponer multas de manera unilateral; pero no indica de fondo cuál es el proceso que se debe seguir para ello.

Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007: “(...) *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 solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrá declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida dentro del contrato.* (subrayado y cursiva fuera del texto)

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. (...)* (cursiva fuera de texto)

De lo anterior se extrae que si bien las autoridades administrativas tienen tal facultad; éstas deben hacerlo bajo lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución

⁹⁷ MORALES CASTRO, Carlos Javier. Sanciones Pecuniarias. Tesis de Grado. Maestría en Derecho Administrativo. Facultad de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2012

Política; pues como lo ha señalado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“El régimen sancionador, como expresión del poder punitivo del Estado encuentra fundamento constitucional en los artículos 29 y 209 Superior, que disponen de la aplicación a toda clase de actuaciones administrativas, del debido proceso, en virtud del cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” y el desarrollo de la función administrativa conforme a los principios de igualdad moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Estos principios, así como el debido proceso, son aplicables a las diferentes modalidades de regímenes sancionatorios, administrativos, tales el fiscal, tributario, cambiario, financiero, disciplinario contravencional, etc., como lo ha destacado de manera reiterada la Corte Constitucional”.*⁹⁸

Se encuentra acertado el argumento anteriormente expuesto por lo que se concluye que el debido proceso - como principio jurídico procesal sustantivo – debe ser aplicado de manera integral en el modo, fórmula técnica de aplicación de sanciones contractuales.

Por lo que si se parte de facultad unilateral de la imposición de las multas conforme a la primera parte del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y que de acuerdo a la decisión del Consejo de Estado se sostiene por un carácter ejecutivo tal y como lo establece el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo⁹⁹ el punto de análisis se encuentra en el apartado primero; cuando dice: que las entidades estatales pueden (deben) directamente hacer efectivas las multas y la cláusula penal y en el segundo inciso manifiesta que ésta las puede hacer efectivas pudiendo acudir entre otros a los siguientes mecanismos : (i) compensación de las sumas adeudadas al contratista, (ii) cobro de la garantía, (iii) o a cualquier otro medio para obtener el pago incluyendo el de la jurisdicción coactiva.¹⁰⁰

⁹⁸ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta de Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique Arboleda Perdomo. Bogotá DC..25 de Mayo de 2005. Radicado No. 1632. Sanciones Administrativas en Materia de Transporte Terrestre automotor.

⁹⁹ Hoy artículo 99 de la Ley 1437/11.

¹⁰⁰ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicado No, 14579

La Ley 1150 de 2007 establece mecanismos flexibles en lo que se refiere a la recuperación de las multas, figura que puede valerse de cualquier otro medio para la obtención del debido pago.

Es por esto que se debe concluir diciendo que aun cuando hay existencia de una norma imperativa en la cual se faculta a las entidades estatales a hacer efectivas las multas y las cláusulas penales que hayan sido pactadas en los contratos estatales; en realidad no existe una real definición de la naturaleza misma de las sanciones, con el fin de dar una correcta aplicación a las mismas. Adicionalmente si bien la norma incluye tal potestad dentro del principio de respeto al debido proceso en las actuaciones contractuales de la administración la misma no señaló un procedimiento en el cual se garantizara el respeto a los derechos del contratista.

Entre tanto con la expedición del Decreto 2474 de 2008¹⁰¹ que reglamentaba la Ley 1150 de 2007 buscó reglamentar dicho procedimiento mediante el artículo 87 de la siguiente forma:

Artículo 87 del Decreto 2474 de 2008: *“Procedimiento de imposición de multas. De conformidad con el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.* (Subrayado fuera del texto)

Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el Acta administrativa de imposición. (Subrayado del texto)

¹⁰¹ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2474. (7, Julio, 2008). Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47043 de 7 de Julio de 2008.

En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente. (Cursiva fuera del texto)

Es importante resaltar que el Decreto 2474 de 2008 lo que pretendía era definir el procedimiento de la aplicación de las sanciones pecuniarias dejando el mismo a discreción de las entidades estatales contratantes; a quienes les correspondía definir dicho procedimiento en el correspondiente manual de contratación; sin embargo para el Consejo de Estado esto era inadmisibles por las razones que a continuación se citan:

“Que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del Derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo.”¹⁰²

Esta fue una postura adoptada por el Consejo de Estado con base en los pronunciamientos mismos de la Corte Constitucional, tribunal que ha señalado a partir de la Constitución Política de 1991, con la salvedad ya mencionada en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, que todo procedimiento administrativo debe ser regulado por medio de la ley y debe ser incorporado al Código Contencioso Administrativo,¹⁰³ como lo exige con fines de sistematización en la parte final del artículo 158 de la Constitución Política de 1991.

¹⁰² COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Bogotá. Sentencia del 14 de Abril de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicado No. 3604: “Al respecto señala también la sala que “la competencia de establecer los procedimientos administrativos con independencia de estos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta, que asigna como competencia exclusiva al rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

¹⁰³ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicado No. 14579

Teniendo en cuenta lo anterior el Consejo de Estado decide declarar nulo el procedimiento establecido en la presente norma, procedimiento que será reemplazado de manera posterior con la Ley 1474 de 2011.¹⁰⁴

En este sentido el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que faculta a la administración para *“declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal “; para lo cual, la norma establece un procedimiento que se inicia cuando la administración evidencia un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañado el informe de interventoría o de supervisión en el que sustenten la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que las garantías de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera”*.

Lo que se puede concluir es que con la expedición de la Ley 1474 de 2011 se pudo suplir el vacío contenido en el decreto 2474 de 2008 en lo concerniente al procedimiento que se debe aplicar para la imposición de las sanciones tales como multas y cláusulas penales que hayan sido pactadas dentro de los contratos estatales; sin embargo este procedimiento puede llegarse a pensar que no resuelve de fondo el tema de la aplicación de las sanciones pecuniarias teniendo en cuenta que no hay existencia de la intervención vinculante de un tercero

¹⁰⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, Julio, 2011). Por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial No. 48128 de 12 de Julio de 2011.

imparcial dentro de una audiencia que a la larga se encuentra precedida, manejada y definida por la entidad estatal que es a la vez juez y parte.

Por otra parte, en el artículo 90 se está imponiendo una sanción de inhabilitación por incumplimiento reiterado, cuando concurra lo siguiente:

- Haber sido objeto de imposición de cinco o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales.
- Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.
- Haber sido objeto de imposición de dos multas y un incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

Por lo que se observa que la Ley 1474 de 2011 fue consiente de la problemática de una indefinición en el procedimiento para dar cumplimiento a las facultades previstas por la Ley 1150 de 2007 y es por tanto que establece mecanismos de regulación de la cláusula penal y las multas para que forzar el debido cumplimiento del contratista, sin embargo es importante resaltar que mantiene el imperio de una de las partes con jurisdicción, competencia y decisión vinculante sobre la otra; adicionalmente inserta sanciones que exceden el carácter patrimonial de dichas figuras, pero como consecuencia de ellas, lo que parece indicar su carácter exorbitante.

Ahora habiendo revisado lo que ha sido un poco el antecedente del Decreto 734 de 2012 que derogó los decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007; por lo que se tratará de analizar brevemente; cual fue el aporte principal sobre este tema por lo que se empieza por reiterar que debe aplicarse el procedimiento estipulado en la Ley 1474 de 2011 e incorporar el pago de multas y

cláusula penal pecuniaria en los rubros amparados por el régimen de garantías aplicable a los contratos estatales; teniendo que decir, que si bien es cierto que la cláusula penal y la cláusula de multas siguen siendo tratadas como verdaderas exorbitancias del derecho público, el hecho de incluir el pago de las mismas en el régimen de garantías representa un posible alivio para el contratista, la entidad y el contrato en sí mismo, pues la aplicación de dichas sanciones no afectaría de manera inmediata el patrimonio disponible para su ejecución.

A continuación se presentaran los cambios que introdujo la expedición del Decreto 734 de 2012 al respecto:

Artículo 5.1.4. Riesgos derivados del incumplimiento de obligaciones: *“La garantía deberá amparar los perjuicios o sanciones que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que de manera enunciativa se señalan en el presente artículo: (...)”*

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

De lo anterior se deduce entonces que el decreto incluye el pago de las multas y la cláusula penal pecuniaria como rubros o siniestros que de manera expresa deben encontrarse amparados a favor de la administración dentro de la garantía aportada por el contratista.¹⁰⁵

¹⁰⁵ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicado. No. 14579.

De la misma manera a continuación se hará referencia al artículo 5.1.13 del mismo decreto en el cual se habla sobre la efectividad de las garantías que a su tenor a continuación se citará en los siguientes términos:

Artículo 5.1.13 Efectividad de las garantías: *“Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubierto por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma: (...)*

5.1.13.2 *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 de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, 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.*

5.1.13.3: *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 de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, 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.”*

Como se puede evidenciar el Decreto 734 de 2012 en una búsqueda por la regulación del procedimiento para la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y la cláusula de multas; ratificado el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 mas no hubo una modificación por parte de este decreto y que como ya se estudió, se sigue manteniendo la concepción de cláusula penal pecuniaria como cláusula exorbitante de derecho público en una audiencia precedida por la administración en posición de juez.

Es importante resaltar en todo caso, que en el Decreto 734 de 2012 se evidencia un gran avance dentro de la regulación del procedimiento para la aplicación de sanciones, pues permite la aplicación de sanciones, pues permite asegurar el pago de la posible aplicación de multas y penalidades e incorpora expresamente a

la aseguradora al “*procedimiento*” para tal fin, considerando esta como una situación favorable para el contratista en la medida que la aseguradora puede conocer de primera mano los inconvenientes presentados y coadyuvar eventualmente su posición.

Esto es un gran cambio como se estudió anteriormente pues antes de este decreto no se consideraba, la posibilidad de asegurar el pago de multas y cláusula penal dejando al contratista en el proceso de imposición de las mismas en una posición de inferioridad y de desprotección.

Por otra parte de acuerdo a la referencia antes citada de los artículos 5.1.13 y 5.1.13.3 del Decreto 734 de 2012 se considera importante hacer una diferencia que los mismos artículos consagran; toda vez establece y reafirma la naturaleza de estas cláusulas solamente referenciada por la jurisprudencia; en la cual se entiende que la multa es una medida preventiva y por otro la cláusula penal es una medida definitiva. Por lo que, también adquiere gran relevancia como un gran avance lo señalado por el decreto 734 de 2012 cuando dispone que: ***“En todo caso no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente si esta aún era requerida por la entidad”*** (cursiva y negrilla fuera del texto).

5.3 PROCEDIMIENTO ANTE LAS ASEGURADORAS:

Este es el procedimiento que debe seguirse para poder hacer efectiva la garantía otorgada mediante póliza de seguro de acuerdo con lo establecido en el artículo 1077 en concordancia con el artículo 1080 del Código de Comercio la Entidad Estatal contratante asegurada deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista garantizando y de la aseguradora, de la siguiente forma:

- En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de su aseguradora, la Entidad Estatal contratante asegurada proferirá el Acto Administrativo correspondiente en el cual además de la declaratoria de caducidad procederá a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago, tanto al contratista garantizado como a la aseguradora.
- En caso de aplicación de multas parciales, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de su aseguradora, la Entidad Estatal contratante asegurada, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista garantizado como a la Aseguradora.

En los demás casos de incumplimiento una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de su aseguradora la Entidad Estatal contratante asegurada proferirá el acto administrativo correspondientes en el cual declarara el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto real de la pérdida debidamente sustentada y que se trate de perjuicios directos ocasionados con el incumplimiento, o a hacer efectiva la cláusula penal si ella está pactada y a ordenar su pato tanto al contratista garantizado como a la aseguradora.

De lo anterior se desprende que la cláusula penal solo puede ser exigida cuando ésta haya sido pactada dentro del contrato y además solo procede en uno de los siguientes casos; bien sea que la Entidad Estatal contratante declare o la caducidad del contrato o su incumplimiento por parte del contratista.

Ahora continuando con el procedimiento que se surte ante las compañías de seguro ante el acaecimiento del incumplimiento de las obligaciones contenidas dentro del contrato por parte del contratista es lo referente a la reducción de la indemnización.

Al respecto se dice que si la Entidad Estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o con posterioridad a éste o del resultado de la liquidación del contrato y anterior al pago de la indemnización, fuere deudor del contratista garantizado por cualquier concepto se aplicará la compensación de conformidad con la Ley 1150 de 2007 y la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y siguientes del Código Civil.

De igual manera se disminuirá del valor de la indemnización, el valor de los bienes que la Entidad Estatal contratante asegurada haya obtenido del contratista garantizado judicial o extrajudicialmente en ejercicio de las acciones derivadas del contrato cuyo incumplimiento se garantiza por la presente póliza.

De esta manera para pagar el siniestro por parte de la compañía de seguros, tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

En caso de caducidad una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y de contradicción y de acuerdo con el artículo 1080 del Código de Comercio, dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que con tal fin haga la Entidad Estatal contratante asegurada para reclamar el pago acompañado de una copia auténtica del acto administrativo correspondiente ejecutoriado y del acta de liquidación del contrato o de la resolución ejecutoriada que acoja la liquidación unilateral.

En caso de aplicación de multas parciales y de acuerdo con el artículo 1080 del Código de Comercio el pago debe hacerse dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que haga la Entidad Estatal contratante asegurada, acompañada de la copia auténtica del acto administrativo correspondiente ejecutoriado, junto con la constancia de la Entidad Estatal contratante asegurada de la no existencia de saldos a favor del contratista garantizado respecto de los cuales se pueda aplicar la compensación de que trata la condición sexta de este clausulado o en la que conste la disminución en el valor a indemnizar en virtud de la compensación.

Ya para el caso en que se decrete el incumplimiento del contrato para que la indemnización sea pagada por la aseguradora y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio, el pago se hará dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que con tal fin haga la Entidad Estatal contratante asegurada deberá estar acompañada de copia auténtica del Acto Administrativo ejecutoriado que constituya la ocurrencia del siniestro junto con la constancia de la Entidad Estatal contratante asegurada de la no existencia de saldos a favor del contratista garantizado.

De conformidad con el artículo 1110 del Código de Comercio la Aseguradora podrá optar por cumplir su prestación mediante el pago de la indemnización o continuando la ejecución de la obligación garantizada; para este último evento se requiere la aceptación de la Entidad Estatal contratante asegurada.

5.4 Problemática

Al respecto se podría indicar que una dificultad que podría presentarse es el no determinar la naturaleza jurídica y su finalidad que se persigue con su imposición (multa o cláusula penal) ya que como se ha dicho estas son formas de sanción no

puede llegar a extenderse a todos y cada uno de los instrumentos con que cuenta la autoridad administrativa con el fin de lograr los intereses colectivos.¹⁰⁶

Por lo que en sentencia del Consejo de Estado del 22 de octubre de 2012 también consagró que la sanción administrativa puede estar acompañada de las siguientes medidas:

a) Medidas tendientes a restablecer el orden jurídico alterado. Por lo que al respecto dispuso que la decisión de la Administración se encuentra encaminada a volver las cosas al estado anterior al que se produjera el daño a la Entidad Estatal, los ejemplos que se pueden citar son abundantes en el ordenamiento jurídico colombiano; pues la multa en los diferentes ámbitos tales como el urbanístico, el ambiental o el sanitario se ve acompañada de la orden de demolición de edificios o construcciones realizadas de manera ilegal, también dependiendo del caso esta puede estar acompañada con la orden de sellar establecimientos públicos que funcionan por fuera de las normas que regulan el sector o el decomiso de sustancias o especies poseídas en contravía de disposiciones legales y reglamentarias. En este aspecto se trata en estricto sentido de una manifestación propia del poder de policía administrativa restablecedora de la legalidad.

Ahora bien en el ámbito contractual la declaratoria de la caducidad lleva de manera implícita la adopción de este tipo de medidas. Así, la sola declaratoria del contrato sin incluir el efecto de la no indemnización (esto sí es sanción), la toma de posesión de la obra por parte de la Entidad y la declaratoria del siniestro para hacer efectivas las garantías o pólizas de cumplimiento, no son otra cosa distinta a instrumentos utilizados por la entidad contratante para evitar la paralización del objeto del contrato o en caso de que ésta se haya dado, reactivar su ejecución

¹⁰⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de Octubre de 2012. Expediente: 20738. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero Gamboa

para finalizar la obra o prestar el servicio público de que se trate. Con estas decisiones no se persigue imponer un castigo sino llevar a feliz término el contrato.¹⁰⁷ (Subrayado fuera del texto).

b) Medidas tendientes a obtener una reparación de perjuicios:

En este punto hay que mirar que se trata del reconocimiento que de tiempo atrás se ha hecho respecto de la infracción administrativa como hecho generador de un daño antijurídico, el cual puede tener origen de una relación contractual o extracontractual. De este modo, tradicionalmente se ha aceptado que la responsabilidad patrimonial es compatible con la responsabilidad punitiva y en el ámbito administrativo como una de las principales consecuencias que se derivan de la imposición de la sanción, ya que la determinación de la ocurrencia de un ilícito conlleva a su vez la posibilidad de realizar una imputación de los perjuicios imputados.

Al respecto la doctrina se ha pronunciado diciendo que:

“La responsabilidad administrativa, abarca como la penal, la responsabilidad civil por las consecuencias dañosas del hecho infraccional. Así lo prescribe con carácter general la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común: “ las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo, a su estado originario , así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que la efecto se determine (...)”¹⁰⁸

El Alto Tribunal dice que en la actualidad sostiene que es constatable que en el ámbito administrativo la responsabilidad sancionadora se confunde con la civil, sin embargo es preciso aclarar que para no conducir a equívocos es indispensable no dejar de lado que “ *aun cuando la responsabilidad indemnizatoria puede tener su*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ PARADA, RAMÓN. Derecho Administrativo I. Parte General. Madrid, Marcial Pons. 1993. P.493 y 494

*origen en un ilícito administrativo o penal, dicha responsabilidad no surge en tanto que la conducta ha sido constitutiva de alguna de tales ilícitos sino porque dicha conducta es, así mismo, constitutiva de ilícito civil”.*¹⁰⁹

En la misma sentencia el Consejo de Estado establece que la actuación (acción u omisión) es importante para el derecho privado toda vez que se traduce en un evento dañoso. Así la consecuencia natural no es un castigo sino que por el contrario la Corporación lo considera como el “(...) nacimiento a favor del perjudicado de un derecho de crédito que se dirige a un resarcimiento (...)”. Por contera hablar de sanción en el ámbito civil no conlleva el carácter punitivo al que se ha hecho referencia puesto que hasta el momento, simplemente solo se utiliza para denotar cual es la consecuencia jurídica que el legislador ha previsto frente a un hecho concreto.

Lo que si queda claro es que aún cuando la responsabilidad patrimonial y la potestad punitiva pueden estar presentes en un mismo proceso administrativo son completamente diferenciables teniendo en cuenta la finalidad que cada una de ellas persigue; mientras que la reacción que tiene el ordenamiento jurídico frente a un ilícito administrativo la cual está encaminada a prevenir – castigar el detrimento de los valores jurídicos; lo que el ilícito civil constituye como categoría para cumplir una finalidad esencialmente resarcitoria – compensatoria a través de medidas encaminadas no a la represión sino de eliminación de las consecuencias negativas o concediendo en favor de la víctima la respectiva indemnización de perjuicios.

Es importante resaltar que en la Contratación Estatal Colombiana, el incumplimiento grave en la ejecución de las obligaciones pactadas que amenacen con la paralización de la obra o el servicio que se quiere prestar o gestionar

¹⁰⁹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de Octubre de 2012. Expediente No. 20738. Consejero Ponente Enrique Gil Botero Gamboa

puede ser analizado desde una doble perspectiva. De un lado es un “ilícito administrativo” que da lugar a la declaratoria de caducidad como ejercicio de la potestad sancionatoria reconocida a la autoridad administrativa. De otro lado constituye un ilícito civil que genera en cabeza del contratista el deber de responder por los perjuicios que su actuar le ocasionó a la administración pública. Es precisamente por este motivo; que uno de los efectos que prevé el ordenamiento jurídico es precisamente el que la entidad administrativa pueda hacer efectiva de manera directa la denominada cláusula penal cuando ejerce su poder punitivo, sin que esto se traduzca en que no pueda hacerse efectiva de forma separada independiente.

El artículo 72 del Decreto 222 de 1983 regulaba lo concerniente a la cláusula penal por lo que disponía la obligación de las entidades de pactarla y además, confería a la autoridad la potestad de imponerlas directamente, luego de que se presentaran los requisitos legales que se exigían para ello. Este artículo resulta aceptable, al caso concreto; puesto que este establecía que:

Artículo 72 del Decreto 222 de 1983 *“En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria que se hará efectiva por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. El calor de la cláusula penal que se haga efectiva **se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.**”* (Negrilla fuera del texto)

Hay tres aspectos que se pueden resaltar del artículo citado anteriormente: 1. La Ley imponía de forma obligatoria a las entidades estatales el pactar cláusula penal pecuniaria, salvo en los casos que se tratara de contrato de empréstito; 2. Se reconoce a la autoridad la capacidad de hacerla efectiva directamente; y 3. Su imposición no podrá hacerse sin que se adelantara un proceso administrativo en el que se asegurara la aplicación del principio de proporcionalidad.

En la actualidad dicha facultad de factor cláusula penal; así como de hacerla efectiva de manera directa se encuentra en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en la cual se preceptúa:

*“El debido proceso será principio en materia sancionatoria. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General 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 proceso mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución, de 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 mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de garantía, o cualquier otro medio para obtener el pago incluyendo el de la jurisdicción coactiva**”* (negrilla fuera del texto)

Dejando claro que en la legislación vigente ya no es obligatorio que se pacte cláusula penal pecuniaria; sino que por el contrario esta depende del acuerdo de voluntades. Pues no hay que perder de vista que la cláusula penal es una sanción de carácter civil; puesto que esta responde a un ilícito civil, de forma tal que no tiene naturaleza de carácter punitivo; pues la finalidad que ésta persigue no es la de prevenir la afectación de un bien jurídico (la puesta en peligro) o la de castigar o reprimir un comportamiento sino que por el contrario busca es asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, a través de la exigibilidad de una pena, establecida en el acto jurídico negocial. Teniendo en cuenta este panorama expuesto, no se trata de nada diferente a que las partes estipulen “el monto del resarcimiento para un caso futuro de incumplimiento o retardo lo que en la práctica se denomina en que su voluntad se enderece a liquidar preventivamente el daño que es resarcible y es que en esto precisamente consiste función reparadora de la pena pecuniaria. De ahí que la importancia de incorporarla en el contrato radica en que la parte beneficiara queda eximida de tener que probar los perjuicios

causados como consecuencia del incumplimiento de la otra parte teniendo solo la carga de la prueba del daño efectivamente causado que no alcance a cubrir la pena.¹¹⁰

Teniendo en cuenta en el campo en que se está desarrollando este trabajo que es el derecho contractual administrativo el ordenamiento jurídico especial le está reconociendo a la entidad estatal la prerrogativa de hacer efectiva la cláusula penal que no puede llegar a confundirse con la capacidad sancionadora que ésta tiene pues a lo que alude en estricto sentido es al reconocimiento de un poder ejecutivo y ejecutorio en cabeza de la autoridad administrativa o lo que es igual a la competencia que ésta tiene de tomar una decisión y proceder a su ejecución en ámbitos en los que los particulares deberán acudir a la jurisdicción.

C. Medidas tendientes a disuadir o a obtener el cumplimiento de una obligación. Es normal que los ordenamientos jurídicos reconozcan en cabeza de las autoridades administrativas el ejercicio de competencias que aun cuando son coercitivas no tienen carácter punitivo las cuales traen su causa en el incumplimiento de alguna obligación **e intentan superar esta circunstancia** de forma tal que a diferencia de la sanción no se parte de una infracción y que no tiene como finalidad imponer una pena que el culpable de la situación creada debe padecer. El incumplimiento existe pero no tiene la entidad suficiente para encuadrarse en el supuesto de hecho establecido en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.¹¹¹

En este punto se considera muy importante señalar que las medidas coercitivas son independientes de aquellas que pueden imponerse como sanción administrativa de tal forma que más que adscribirse al ius puniendi del Estado lo

¹¹⁰ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 13 de Septiembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente No. 10264.

¹¹¹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de Octubre de 2012. Expediente 20738. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero Gamboa.

hacen a la potestad ejecutora que tiene la administración, siendo aplicable en este sentido lo que en su momento desarrolló la Sala respecto a la cláusula penal.

Respecto de las multas de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 cabe mencionar que es en este ámbito en que se circunscriben por lo que hay que mencionar un criterio diferenciador: se aplican de manera separada a la caducidad del contrato así pueden ser un antecedente que indique la gravedad del incumplimiento pero ello no quiere significar que se establezcan como un requisito de procedibilidad para ejercer la potestad punitiva que le ha sido otorgada a la entidad estatal. Hay que aclarar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la imposición de multas responde a un ejercicio de la autonomía de la voluntad, relativizando de esta manera el carácter de cláusula exorbitante. Esta circunstancia facilita, hace más sencillo negarles el que sean una materialización del derecho punitivo y otorgarles un carácter exclusivamente negocial quedando así la facultad que de las normas de la contratación le reconocen a la administración para su imposición y cobro directo siendo este aspecto el que constituye función administrativa al tratarse de un reconocimiento de la ejecutividad y ejecutoriedad en cabeza de la autoridad, frente a este tema la Alta Corporación se pronunció en Sentencia del 30 de julio de 2008 Magistrado Ponente Enrique Gil Botero Expediente 21574 la tesis expuesta en dicha sentencia fue radicada por la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 18 de marzo de 2004 y 14 de julio de 2005 expedientes 15936 y 14289, respectivamente, en los siguientes términos: Como se indicó, ha existido una uniformidad jurisprudencial en la comprensión de la imposición unilateral de multas como una exorbitancia administrativa sin embargo en algunas providencias pareciera insinuarse la posibilidad de cuestionamiento, al menos de la connotación exorbitante que detenta la imposición unilateral de multas.

Debe quedar claro que no puede confundirse el carácter sancionatorio de una medida administrativa con el cauce procedimental que el legislador ha previsto para su imposición.

Después de todo este análisis se considera importante que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 lo que hizo fue una extensión del procedimiento administrativo sancionatorio allí consagrado con el fin de poder aplicar medidas de diferente naturaleza (restauradoras, resarcitorias y conminatorias), por lo que se debe agotar el mismo trámite. Esta disposición se establece como una opción legislativa la cual obedece en primer lugar, a la dependencia que tienen la declaratoria de siniestro, la efectividad de la cláusula penal, el cobro de multas con la medida de caducidad, toda vez que las primeras se consideran un efecto consustancial de la imposición de la sanción administrativa tienen en ella su causa. Empero a este planteamiento no puede conducir a equívocos como quiera que la norma vigente es clara, y que en aquellos casos en los que los instrumentos a que se ha hecho referencia se apliquen de manera independiente y separada, al no supeditarse a la existencia previa de la infracción administrativa contemplada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, las cuales deben someterse de la misma manera un procedimiento de carácter sancionatorio. En esta última circunstancia amerita una aclaración al no ser una manifestación clara del poder punitivo del Estado los principios de este deben ser analizados con mucho cuidado debido a que en diversos casos será inaplicable.

Es muy importante tener en cuenta que al momento de imponer las multas o de hacer efectiva la cláusula penal dentro de un contrato estatal el acto administrativo que las impone debe ser conocido previamente por el destinatario. Esto considerado como un requisito para que la administración pública pueda hacer uso del poder de autotutela que le es reconocido y que se traduce en la posibilidad de hacer valer sus manifestaciones unilaterales de voluntad sin necesidad de acudir al aparato jurisdiccional.

El Consejo de Estado considera que cuando hay incumplimientos reiterados y continuos para que la administración deba asumir medidas que denotaren la gravedad de la inejecución y no tomar la decisión en un solo día, pues el Alto Tribunal considera, que las multas en materia contractual son medidas de carácter disuasorio cuya finalidad es superar el incumplimiento de las obligaciones contractuales. De aquí se desprende que afirme que aun cuando en muchos supuestos puedan anteceder la imposición de la sanción administrativa, no condicionan la validez de declaratoria de caducidad puesto que su imposición como manifestación de la potestad ejecutora reconocida en manos de la autoridad es independiente y no se constituye en un requisito de procedibilidad por lo que al respecto se puede decir:

No es posible concluir que “(...) la declaratoria de caducidad únicamente habrá lugar ante el fracaso de otras medidas de apremio o coercitivas, ello porque no existe norma legal alguna que haya establecido tal condición o exigido tal prerequisite para que la actividad estatal pudiera ejercer la potestad excepcional, cuando a ella hay lugar (...) (...) Además, porque no es posible establecer con precisión – dada la inexistencia de norma alguna al respecto -; cuáles serán esas medidas, de apremio o coercitivas, que hipotéticamente la entidad deberá agotar antes de iniciar la actuación administrativa encaminada a declarar la caducidad del contrato: ¿llamados de atención? ¿Regaños?, ¿Reuniones?, ¿multas?, ¿Todas las anteriores o solo algunas de ellas? Y finalmente en el supuesto de que pudiera esclarecerse cuales serían aquellas otras medidas coercitivas o de apremio que deberían agotarse previamente antes de iniciar el procedimiento administrativo encaminado a declarar la caducidad del contrato obviamente habría que preguntar de nuevo ¿cuántas medidas de apremio o coercitivas se requerirían?, ¿Un llamado de atención y una multa?, ¿O dos llamados de atención y una multa?, ¿O 2 multas?, ¿3 multas? ¿o 17 multas?; ¿O 5 regaños, y 2 reuniones? Si las normas no han establecido ni consagrado esta clase de requisitos ¿cual sería entonces el fundamento para exigirlos y como sustentar, sin invadir la órbita del legislador cuántos deberán cumplirse en cada caso? (...) (...) Lo cierto es que la Ley no ha establecido exigencias previas como las de agotar previamente, otras medidas de apremio o coercitivas para que las entidades estatales contratantes procedan a la declaratoria de caducidad de los contratos en los cuales se presenten aquellos incumplimientos graves por parte del contratista particular que amenacen con la parálisis del contrato (...) (...) y para ello bastará que la entidad verifique la

existencia de esas circunstancias fácticas para que inicie la actuación administrativa correspondiente".¹¹² (Subrayado fuera del texto)

Se puede concluir que en la contratación estatal desde el momento en que se hace la apertura de un proceso, se está expuesto a una serie de riesgos por lo que adquiere gran importancia realizar análisis previos que permitan ser identificados y asignarlos a las partes esto con el fin solicitar al proponente o contratista su amparo mediante garantías adecuadas, puesto que de no ser así en caso de que se presentara algún evento aleatorio que no se encuentre amparado o que lo esté pero las garantías no hayan sido constituidas a satisfacción será la administración quien deba asumir las cargas económicas derivadas; teniendo en cuenta esto, se puede decir que es de amplio conocimiento que todo gasto que según lo reglamentado deba ser atribuido a un particular y por acción y omisión de un funcionario de la entidad estatal deba ser asumido por la misma. Constituye detrimento al patrimonio público.¹¹³

Queda claro entonces que la póliza de cumplimiento deberá comprender siempre el pago de multas y de la cláusula penal pecuniaria que hayan sido pactadas dentro del contrato garantizado.

De la misma manera se considera que el valor de la póliza de cumplimiento será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria y en todo caso, no podrá ser inferior al 10% del valor total del contrato y que solo podrán ser impuestas una vez se surta el procedimiento estipulado en la Ley y que la póliza de cumplimiento como garantía del contrato estatal como último recurso; cuando en realidad se demuestre que el contratista no tiene interés alguno en subsanar el incumplimiento de sus obligaciones

¹¹² Aclaración de Voto: Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de Noviembre de 2008. Expediente 17031. EN: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de Octubre de 2012. Expediente No., 20738. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero Gamboa

¹¹³ MELÉNDEZ JULIO, Inocencio. El Control Fiscal a la Gestión de los Contratos Estatales. Colombia. P.32. [artículo de internet] <http://www.monografias.com/trabajos95/control-fiscal-gestion-contratos-estatales-colombia/control-fiscal-gestion-contratos-estatales-colombia32.shtml>

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este ensayo se puede evidenciar que la legislación en materia de contratación estatal es clara en el sentido de que el Estado goza de una posición privilegiada y debido a esto puede lograr cumplir sus fines, ya que en la mayoría de los casos se encuentra de por medio la prestación de un servicio público donde intervienen los particulares. Teniendo en cuenta la relación existente entre los particulares y las entidades del estado, no puede perderse de vista que en todo momento la entidad estatal contratante debe garantizar el debido proceso en las actuaciones administrativas y en lo que respecta al procedimiento de la imposición de multas y la cláusula penal pecuniaria debe involucrarse a la compañía de seguros como una forma de coadyuvancia, dentro de dicho procedimiento tal como aparece consagrado en el Decreto 734 de 2012 y que fue establecido mediante la Ley 1474 de 2011; con el fin de complementar el cobro que debe hacerse de las garantías en el régimen general de los seguros (Código de Comercio).

Ahora bien frente a las pólizas de seguros que los contratistas toman con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos estatales celebrados entre los particulares y las Entidades sometidas a Estatuto General de Contratación Pública deben ser consideradas como un contrato de seguros sin importar su naturaleza puesto que queda claro que éste comparte características similares con la fianza que en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia dispuso en los siguientes términos: *“(...) es preciso dejar muy en claro que son dos cosas muy distintas la fianza o aval de una parte y el seguro de cumplimiento de otra. (...) A ese texto simplemente una glosa no ha debido emplearse la expresión afianzada. Porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación comúnmente denominada seguro de cumplimiento que es negocio diferente a la fianza. (...)”* Con base a esta Sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de septiembre de 2000 de expediente No. 6140 del

Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno se puso fin a la discusión planteada por la Ley 80 de 1993.

No hay que perder de vista que el seguro de cumplimiento que garantiza contratos estatales se encuentran regidos por principios que tiene su base en la prestación de un servicio público y en las prerrogativas que tiene el Estado que como se ha visto difieren del régimen privado en donde sobresale la autonomía de la voluntad. Si bien es cierto que el propósito de la Ley 80 de 1993 pretendía reducir las potestades excepcionales del Estado respecto a lo que establecía el Decreto 222 de 1983, y así eliminar posibles arbitrariedades del Estado, por lo que le deja al juez de lo contencioso administrativo asuntos que le correspondían a la entidad estatal, y de esta manera incentivar a los contratistas para que colaboren con las funciones del Estado, con la expedición de la Ley 80 de 1993, se establecieron características especiales, las cuales se encuentran fundadas en la prevalencia del interés público que se aplican con preferencia al régimen comercial entre las cuales pueden destacarse la irrevocabilidad del contrato y la no terminación del unilateral del contrato de seguro por el no pago de la prima, ratificado mediante la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012.

En cuanto al riesgo deben prevalecer las normas especiales contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 734 de 2012 frente a lo consagrado en el artículo 1055 del Código de Comercio como norma general de los seguros.

El Decreto 734 de 2012 unificó la reglamentación de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 en lo que se refiere a los tipos de garantías y a los modos de contratación e innovando en el tema de fraccionamiento y combinación de garantías.

Aunque las Entidades del Estado tienen la potestad sancionatoria frente al incumplimiento del contratista; esto no quiere decir que siempre deban imponerse

multas aunque estas hayan sido pactadas; pues la administración pública no puede desgastarse cuando el contratista mismo no muestra interés alguno de reparar el daño causado con su incumplimiento.

Quedó demostrado que ante la compañía de seguros solo podrán hacerse exigible tanto las multas como la cláusula penal siempre que estas hayan sido pactadas por las partes entendiéndose que esta última constituye una tasación anticipada de los perjuicios la cual es impuesta por la entidad contratante al contratista cuando hay incumplimiento severo y grave de las obligaciones contraídas dentro del contrato estatal.

Finalmente se dice que si la cláusula penal pecuniaria ha sido mal pactada o al respecto no se ha dicho su valor el pago de esta no podrá ser superior al diez (10%) por ciento del valor del contrato y en todo caso la entidad contratante será responsable por ello.

BIBLIOGRAFÍA

CABALLENAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires – Argentina. Editorial Heliastas. 14 ed. 2000. 442 p. ISBN 9509065986

GALINDO CUBIDES, Hernando Augusto. El seguro de Fianza: Garantía Única. Bogotá. Legis Editores. 2005

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Los Seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa. Bogotá. Colombo Editores, 1995

_____. Los Seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa En: Comentarios al nuevo régimen de Contratación Administrativa. 2 ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1995

MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MÚNERA, Andrés. La Contratación Estatal: Análisis y Perspectivas. 1 ed. Santa Fe de Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000. 400 p. ISBN 9589176348.

OSSA G.J. Efrén. Teoría General del Seguro: El Contrato. 2 ed. Bogotá. Temis S.A., 1991

PALACIO SANCHEZ, Fernando. Derecho de Seguros. Bogotá Ecoe Ediciones. 2007.

_____. Derecho de Seguros En: Seguros Temas Esenciales. Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. 3 ed. Bogotá. Editorial Kimples Ltda. 2007. 735 p. ISBN: 9789586484985.

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I. Parte General. 6 ed. Madrid. Marcial Pons. 1993. 740 p. ISBN: 97884781695

Legislación:

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 225 (12, Diciembre, 1938). Por la cual se provee al establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento. Diario Oficial No. 23950 de 16 de Diciembre de 1938.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 28 (28, Enero, 1975). Mediante el cual se dictó el Estatuto de Contratación Estatal. Diario Oficial No. 34244 de 28 de Enero de 1975.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 41094.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 389 (18, Julio, 1997). Por medio de la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio. Diario Oficial No. 43091 de 24 de Julio de 1997

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2007. no. 46691.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, Julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial No. 48128 de 12 de Julio de 2011.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. (27, Marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 156. (27, Enero, 1976). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Diario Oficial No. 34492 de 27 de Enero de 1976.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 222 (2, Febrero, 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 36189 de 6 de Febrero de 1983.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 663. (2, Abril, 1993). Por medio del Cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial No. 40820 de 5 de Abril de 1993.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 734. (13, abril, 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

Jurisprudencia:

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 614 de 21 de Septiembre de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 6785 de 2 de Mayo de 2002. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia No. 6181 de 7 de Mayo de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 13988 de 4 de Junio de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 10264 de 13 de Septiembre de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente No. 10540 de 9 de Marzo de 2000 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente No. 16756 de 29 de Junio de 2000 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente No. 19488 de 20 de Junio de 2002 C.P. María Elena Giraldo.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 1632 de 25 de Mayo de 2005. C.P. Enrique Arboleda Perdomo

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente No. 14579 de 20 de Octubre de 2005 C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 17009 de 13 de Noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 3604 de 14 de Abril de 2010. M.P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 20738 de 22 de Octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero Gamboa

COLOMBIA. Aclaración de Voto: Mauricio Fajardo Gómez. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia No. 17031 de 20 de Noviembre de 2008. EN: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 20738 de 20 de Octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero.

Artículos, publicaciones y recursos virtuales:

ARAUJO ARIZA, Juan Pablo. Director Cámara de Cumplimiento FASECOLDA. La Nueva Regulación del Seguro de Cumplimiento. La información que usted necesita del sector asegurador. Fasecolda en línea. [artículo de internet]
<http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/10-13.pdf>

ARIAS MARTÍNEZ, Ángela Lorena. El seguro de Cumplimiento en la Legislación Colombiana. Trabajo de Grado para obtener el título de Abogada. Fundación Universitaria Autónoma. Facultad de Derecho. 2010 [artículo de internet] http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/EL_SEGURO_DE_CUMPLIMIENTO_EN_LA_LEGISLACION_COLOMBIANA.pdf

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Novedades en la Contratación Pública. [artículo de internet] http://www.auditoria.gov.co/documents/2012100-Novedades_contratacion_publica.pdf

BOTERO MORALES, Bernardo. El seguro y la Fianza. Naturaleza Jurídica de las Garantías de cumplimiento. En: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. No 15 Noviembre de 2000.

CAVIDES ARCINIEGAS, Ricardo. Endoso [artículo de internet] <http://gerencie.com/endoso.htm>

COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Doctrinas y Conceptos Financieros 2003. Fiducia en Garantía [artículo de internet] <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2003.fiduciagarantia041.html>

COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Seguros, Garantía Única de Cumplimiento, perfeccionamiento. Concepto No. 2008084117-001.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Diana Yamile. La Aplicación de la proporcionalidad en la cláusula penal de los contratos estatales. Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. Trabajo de Grado de Especialización en Contratación Estatal. 2011. Chía [artículo de internet]

<http://intellectum.unisabana.edu.co:808/jspui/btstream/10818/Diana%20Yamile%20García%20Rodríguez.pdf>.

LEÓN, Cesar Evaristo. Aplicabilidad de las garantías Bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista e Derecho Privado 2006. Universidad Externado de Colombia [artículo de internet] <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/view/585/552>.

MARROQUÍN GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ Ángela María. Jurisdicción Competente para conocer las controversias de los contratos estatales. Trabajo de Grado. Para optar para el Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. 2003. Bogotá. [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80pdf>.

PENGOS BOTERO, Andrea. El seguro de Cumplimiento en la Contratación Administrativa. Trabajo de Grado. Para obtener el título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas –Facultad de Derecho. Bogotá. 2005 [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2056.pdf>

COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MINISTERIO DE TRANSPORTE. Cartilla Régimen Contractual en Colombia. [artículo de Internet] <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/DocEstrategicos/ABCContratacion>. [Consulta: 3 de Mayo de 2012].

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo a la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto.

EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	DERECHO DE SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL
2	TÍTULO DEL PROYECTO	DE LAS GARANTÍAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL 2012
3	AUTOR(es)	MARÍA XIMENA MORALES ARBELAÉZ
4	AÑO Y MES	2013 , ABRIL
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	JORGE ALBERTO GARCÍA CALUME
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>El presente ensayo busca determinar cuáles son las controversias que existen en la exigibilidad de la cláusula penal, las multas y la garantía (póliza de cumplimiento), en virtud de lo anterior la autora considera necesario hacer un recuento del origen de la póliza de cumplimiento como garantía de los contratos estatales. De esta manera se utilizaron fuentes bibliográficas tales como: Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Doctrina, Jurisprudencia y la legislación vigente. Partiendo de la base que hay dos momentos en las cuales estas deben ser otorgadas entre los cuales se encuentran la etapa precontractual y la etapa de ejecución del contrato, esto debido a las buenas relaciones que existen entre los particulares y el Estado.</p> <p>This paper tries to identify the controversies that exist in the enforcement of penalty clauses, fines and warranty (policy enforcement), under the above, the author considers it necessary to recount the origins of policy compliance and guarantee of state contracts. In this way were used literature sources such as the Commercial Code, the Organic Statute of the Financial System, Doctrine, Jurisprudence and legislation. Assuming that there are two moments in which they should be granted among which are the pre-contractual stage and the implementation stage of the contract, this due to the good relations that exist between individuals and the state.</p>
7	PALABRAS CLAVES	Contrato, incumplimiento, obligaciones, riesgo, multas, cláusula penal, poder sancionatorio, garantías
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	Comercio
9	TIPO DE ESTUDIO	Ensayo
10	OBJETIVO GENERAL	El objetivo central de este ensayo de grado será el de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Qué pasa si dentro del contrato celebrado no se han pactado el monto de las multas o si queda de manera incompleta?; ¿puede la administración imponerla aún cuando no se haya pactado?; ¿Qué pasa si entre las partes establecen que además de constituir la póliza de seguro pacta una cláusula penal? y ¿Qué pasa si la cláusula penal está mal tasada o no se determina monto alguno?; ¿Cuándo se puede hacer uso de la multa y cuando de la cláusula penal?
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	1) Hacer un resumen histórico de la legislación en materia de garantías en la contratación estatal, 2) analizar las diferentes normativas que regulan el tema de las garantías en la contratación estatal, 3) Revisar la doctrina que existe sobre el tema de las garantías y especialmente sobre la póliza de cumplimiento como garantía exigible en la contratación estatal y 4) analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de los pronunciamientos del alto tribunal sobre la imposición de las multas, exigibilidad de la cláusula penal y la garantía (póliza de cumplimiento).
12	RESUMEN GENERAL	En el presente ensayo, la autora realiza una descripción general de los tipos de garantías que se utilizan dentro de la contratación estatal, haciendo especial énfasis en la póliza de cumplimiento dentro de este ensayo se trataron temas relacionados los riesgos a amparar, las personas que intervienen dentro del contrato de seguro, los elementos esenciales del seguro en general y al contrato de seguro de cumplimiento, la naturaleza del contrato de seguro de cumplimiento, finalmente se hizo mención a las problemáticas que puedan suscitarse entre las multas y la cláusula penal pecuniaria frente a la póliza de cumplimiento como garantía de los contratos estatales. Para lograr este objetivo se elaboró entre otros un marco histórico de la póliza de cumplimiento; por lo que se analizaron desde sus orígenes las leyes que lo establecieron y cual ha sido la posición del Consejo de Estado frente al tema del poder sancionador que tiene la administración, para la imposición de multas y hacer efectivas la cláusula en la póliza de cumplimiento.
13	CONCLUSIONES.	<p>A lo largo de este ensayo se puede evidenciar que la legislación en materia de contratación estatal es clara en el sentido de que el Estado goza de una posición privilegiada y debido a esto puede lograr cumplir sus fines, ya que en la mayoría de los casos se encuentra de por medio la prestación de un servicio público donde intervienen los particulares. Teniendo en cuenta la relación existente entre los particulares y las entidades del estado, no puede perderse de vista que en todo momento la entidad estatal contratante debe garantizar el debido proceso en las actuaciones administrativas y en lo que respecta al procedimiento de la imposición de multas y la cláusula penal pecuniaria debe involucrarse a la compañía de seguros como una forma de coadyuvancia, dentro de dicho procedimiento tal como aparece consagrado en el Decreto 734 de 2012 y que fue establecido mediante la Ley 1474 de 2011; con el fin de complementar el cobro que debe hacerse de las garantías en el régimen general de los seguros (Código de Comercio). - Ahora bien frente a las pólizas de seguros que los contratistas toman con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos estatales celebrados entre los particulares y las Entidades sometidas a Estatuto General de Contratación Pública deben ser consideradas como un contrato de seguros sin importar su naturaleza puesto que queda claro que éste comparte características similares con la fianza que en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia dispuso en los siguientes términos: "(...) es preciso dejar muy en claro que son dos cosas muy distintas la fianza o aval de una parte y el seguro de cumplimiento de otra. (...) A ese texto simplemente una glosa no ha debido emplearse la expresión afianzada. Porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación comúnmente denominada seguro de cumplimiento que es negocio diferente a la fianza. (...)” Con base a esta Sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de septiembre de 2000 de expediente No. 6140 del Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno se puso fin a la discusión planteada por la Ley 80 de 1993. - No hay que perder de vista que el seguro de cumplimiento que garantiza contratos estatales se encuentran regidos por principios que tiene su base en la prestación de un servicio público y en las prerrogativas que tiene el Estado que como se ha visto difieren del régimen privado en donde sobrepasa la autonomía de la voluntad. Si bien es cierto que el propósito de la Ley 80 de 1993 pretendía reducir las potestades excepcionales del Estado respecto a lo que establecía el Decreto 222 de 1983, y así eliminar posibles arbitrariedades del Estado, por lo que le deja al juez de lo contencioso administrativo asuntos que le correspondían a la entidad estatal, y de esta manera incentivar a los contratistas para que colaboren con las funciones del Estado, con la expedición de la Ley 80 de 1993, se establecieron características especiales, las cuales se encuentran fundadas en la prevalencia del interés público que se aplican con preferencia al régimen comercial entre las cuales pueden destacarse la irrevocabilidad del contrato y la no terminación del unilateral del contrato de seguro por el no pago de la prima, ratificado mediante la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012. - En cuanto al riesgo deben prevalecer las normas especiales contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 734 de 2012 frente a lo consagrado en el artículo 1055 del Código de Comercio como norma general de los seguros. - El Decreto 734 de 2012 unificó la reglamentación de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 en lo que se refiere a los tipos de garantías y a los modos de contratación e innovando en el tema de fraccionamiento y combinación de garantías. - Aunque las Entidades del Estado tienen la potestad sancionatoria frente al incumplimiento del contratista; esto no quiere decir que siempre deban imponerse multas aunque estas hayan sido pactadas; pues la administración pública no puede desgastarse cuando el contratista mismo no muestra interés alguno de reparar el daño causado con su incumplimiento. - Quedó demostrado que ante la compañía de seguros solo podrán hacerse exigible tanto las multas como la cláusula penal siempre que estas hayan sido pactadas por las partes entendiéndose que esta última constituye una tasación anticipada de los perjuicios la cual es impuesta por la entidad contratante al contratista cuando hay incumplimiento severo y grave de las obligaciones contraídas dentro del contrato estatal. - Finalmente se dice que si la cláusula penal pecuniaria ha sido mal pactada o al respecto no se ha dicho su valor el pago de esta no podrá ser superior al diez (10%) por ciento del valor del contrato y en todo caso la entidad contratante será responsable por ello.</p> <p>CABALLENAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires – Argentina. Editorial Helias. 14 ed. 2000. 442 p. ISBN 9509065986 *GALINDO CUBIDES, Hernando Augusto. El seguro de Fianza: Garantía Única. Bogotá. Legis Editores. 2005 *DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Los Seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa. Bogotá. Colombo Editores, 1995 * _____ Los Seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa En: Comentarios al nuevo régimen de Contratación Administrativa. 2 ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1995 *MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MÚNERA, Andrés. La Contratación Estatal: Análisis y Perspectivas. 1 ed. Santa Fe de Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000. 400 p. ISBN 9589176348. *OSSA G.J. Efrén. Teoría General del Seguro: El Contrato. 2 ed. Bogotá. Temis S.A., 1991 *PALACIO SANCHEZ, Fernando. Derecho de Seguros. Bogotá Ecoe Ediciones. 2007. * _____ Derecho de Seguros En: Seguros Temas Esenciales. Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. 3 ed. Bogotá. Editorial Kimples Ltda. 2007. 735 p. ISBN: 9789586484985. * PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I. Parte General. 6 ed. Madrid. Marcial Pons. 1993. 740 p. ISBN: 97884781695 *Legislación: *COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 225 (12, Diciembre, 1938). Por la cual se provee al establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento. Diario Oficial No. 23950 de 16 de Diciembre de 1938. *COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 28 (28, Enero, 1975). Mediante el cual se dictó el Estatuto de Contratación Estatal. Diario Oficial No. 34244 de 28 de Enero de 1975. *COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 41094. *COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 389 (18, Julio, 1997). Por medio de la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio. Diario Oficial No. 43091 de 24 de Julio de 1997 *COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2007. no. 46691. *COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 (19, Julio, 2011). Por la cual se dictan normas adoptadas a fortalecer mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos</p>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, Julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial No. 48128 de 12 de Julio de 2011. *COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. (27, Marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. *COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 156. (27, Enero, 1976). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Diario Oficial No. 34492 de 27 de Enero de 1976. *COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 222 (2, Febrero, 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 36189 de 6 de Febrero de 1983. *COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 663. (2, Abril, 1993). Por medio del Cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial No. 40820 de 5 de Abril de 1993. *COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 734. (13, abril, 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Jurisprudencia: *COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 614 de 21 de Septiembre de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. *COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 6785 de 2 de Mayo de 2002. M.P. Manuel Ardila Velásquez. *COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia No. 6181 de 7 de Mayo de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez *COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 13988 de 4 de Junio de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. *COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 10264 de 13 de Septiembre de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. *COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente No. 10540 de 9 de Marzo de 2000 C.P. Ricardo Hoyos Duque. *COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente No. 16756 de 29 de Junio de 2000 C.P. Ricardo Hoyos Duque. *COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente No. 19488 de 20 de Junio de 2002 C.P. María Elena Giraldo. *COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 1632 de 25 de Mayo de 2005. C.P. Enrique Arboleda Perdomo *COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente No. 14579 de 20 de Octubre de 2005 C.P. Germán Rodríguez Villamizar. *COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 17009 de 13 de Noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. *COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 3604 de 14 de Abril de 2010. M.P. Enrique Gil Botero. *COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 20738 de 22 de Octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero Gamboa

COLOMBIA. Aclaración de Voto: Mauricio Fajardo Gómez. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia No. 17031 de 20 de Noviembre de 2008. EN: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia No. 20738 de 20 de Octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. *Artículos, publicaciones y recursos virtuales: *ARAUJO ARIZA, Juan Pablo. Director Cámara de Cumplimiento FASECOLDA. La Nueva Regulación del Seguro de Cumplimiento. La información que usted necesita del sector asegurador. Fasecolda en línea. [artículo de internet] <http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/10-13.pdf> *ARIAS MARTÍNEZ, Ángela Lorena. El seguro de Cumplimiento en la Legislación Colombiana. Trabajo de Grado para obtener el título de Abogada. Fundación Universitaria Autónoma. Facultad de Derecho. 2010 [artículo de internet] http://www.fuac.edu.co/usi/derecho/mono/EL_SEGURO_DE_CUMPLIMIENTO_EN_LA_LEGISLACIÓN_COLOMBIANA.pdf *AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Novedades en la Contratación Pública. [artículo de internet] http://www.auditoria.gov.co/documents/2012100-Novidades_contratación_pública.pdf *BOTERO MORALES, Bernardo. El seguro y la Fianza. Naturaleza Jurídica de las Garantías de cumplimiento. En: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. No 15 Noviembre de 2000. *CAVIDES ARCINIEGAS, Ricardo. Endoso [artículo de internet] <http://gerencie.com/endoso.htm> *COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Doctrinas y Conceptos Financieros 2003. Fiducia en Garantía [artículo de internet] <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2003.fiduciagarantia041.html>. *COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Seguros, Garantía Única de Cumplimiento, perfeccionamiento. Concepto No. 2008084117-001. *GARCÍA RODRÍGUEZ, Diana Yamile. La Aplicación de la proporcionalidad en la cláusula penal de los contratos estatales. Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. Trabajo de Grado de Especialización en Contratación Estatal. 2011. Chía [artículo de internet] <http://intellec.unisabana.edu.co:808/jspui/bitstream/10818/Diana%20Yamile%20Garcia%20Rodriguez.pdf>.

LEÓN, Cesar Evaristo. Aplicabilidad de las garantías Bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista e Derecho Privado 2006. Universidad Externado de Colombia [artículo de internet] <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/derpri/view/585/552>. *MARROQUÍN GALVIS, Natalia y QUIJANO GÓMEZ Ángela María. Jurisdicción Competente para conocer las controversias de los contratos estatales. Trabajo de Grado. Para optar para el Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. 2003. Bogotá. [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS80.pdf>. *PENGOS BOTERO, Andrea. El seguro de Cumplimiento en la Contratación Administrativa. Trabajo de Grado. Para obtener el título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas –Facultad de Derecho. Bogotá. 2005 [artículo de internet] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2056.pdf> *COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MINISTERIO DE TRANSPORTE. Cartilla Régimen Contractual en Colombia. [artículo de Internet] <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/DocEstrategicos/ABCContratacion>. [Consulta: 3 de Mayo de 2012].

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA

