

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 33

EFECTIVIDAD DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

BEATRIZ ELENA VALENCIA MADRIGAL
Institución Universitaria de Envigado
E-mail: valencibm@hotmail.com

2014

Resumen: El artículo de síntesis aquí presentado pretende determinar la efectividad del seguro de cumplimiento en la contratación estatal en Colombia y es por ello que, en un primer momento, se realiza una caracterización de los diferentes tipos de seguros de garantía dentro de los cuales cabe el seguro de cumplimiento; en un segundo momento, se analizan los diferentes amparos que posee el seguro de cumplimiento o garantía única; en un tercer momento, se establecen las diferentes consecuencias que se derivan de los siniestros que pueden ocurrir en el ámbito de la contratación estatal; y, en un cuarto momento, se identifican los fundamentos jurisprudenciales que han sustentado doctrinalmente la figura del seguro de cumplimiento en la contratación estatal.

Palabras claves: *Seguro de cumplimiento – contratación estatal – seguro de garantía – garantía única – caducidad – estado de riesgo.*

Abstract: The overview article presented here is intended to determine the effectiveness of insurance compliance in government procurement in Colombia and that is why, at first, it makes a characterization of the different types of surety which fits within the insurance compliance, in a second step, we analyze the different protections that insurance has unique guarantee compliance or, in a third stage, is to establish the different consequences arising from claims that may occur in the area of government contracting; and, fourth time, identifies the jurisprudential foundations that underpinned figure doctrinally insurance compliance in government procurement.

Key words: *Security Compliance - government contracting - guarantee insurance - unique guarantee - Expires - risk status.*

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el Seguro de Cumplimiento ha venido adquiriendo mayor relevancia en nuestro país. Cada día en el manejo de las relaciones contractuales (bien en contratos estatales, bien en contratos entre particulares), las personas (naturales o jurídicas), se han visto avocadas a garantizar el cumplimiento de dichas relaciones contractuales mediante el traslado del riesgo

a una Compañía Aseguradora, a través de otra relación contractual referida a un contrato de seguro de cumplimiento.

El tema cobra importancia debido a los intereses garantizados a través de la figura del contrato de seguro de cumplimiento, intereses radicados en cabeza de particulares y en cabeza del Estado, los que comúnmente llevan consigo grandes inversiones económicas.

Las discusiones sobre el seguro de cumplimiento han llevado a la identificación de los problemas que éste presenta en su desarrollo a través del tiempo, esto por sus particulares características como son: su naturaleza, su fin y la escasa y confusa regulación que se ha presentado en su historia en Colombia.

Como consecuencia de las anteriores manifestaciones, el presente trabajo se centra en el tema del Seguro de Cumplimiento, el cual tiene como fin académico estudiar la esencia de éste como contrato de seguro y las diferentes especies que se enmarcan en el ramo del seguro de cumplimiento, haciendo especial énfasis en el denominado “garantía única” de cumplimiento en contratos estatales.

Por tal razón, se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta problematizadora: ¿resultan realmente efectivos los seguros de cumplimiento en el marco de la contratación estatal en Colombia?

Ahora, es de tener en cuenta que el Seguro de Cumplimiento, por sus características, se

aparta de los demás seguros y de la teoría general de los mismos; pues es un seguro precario en su normatividad y que presenta características particulares, tanto en su estructura, como en su naturaleza y en su operancia.

Dentro de la clasificación de los seguros de cumplimiento se encuentra que en Colombia, al hablar de seguro de cumplimiento, la enunciación que se realiza sobre este tema incluye varios tipos de contratos comerciales asegurativos, así es común escuchar que se refiera a los seguros de manejo y cumplimiento, a la garantía única y a otro tipo de contratos de seguro que se pretenden posteriormente definir de manera breve para no desviarnos de nuestro tema central, el cual es el tema del Seguro de Cumplimiento, específicamente entre contratos realizados con el Estado para los cuales opera la garantía única.

Así las cosas, la importancia de este trabajo se centra en poder llevar a cabo una caracterización de los diferentes tipos de seguros de garantía dentro de los cuales cabe el seguro de cumplimiento, analizando de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 33

igual modo los diferentes amparos que posee este seguro, y estableciendo las diferentes consecuencias que se derivan de los siniestros que pueden ocurrir en el ámbito de la contratación estatal, todo ello con apoyo en la jurisprudencia.

2. LOS CONTRATOS ESTATALES

De acuerdo con Ospina y Ospina (1987) “el contrato es un consentimiento dirigido a la producción de obligaciones; existe cuando una o varias personas consienten en obligarse, respecto a otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (p. 38). Agregan los precitados autores, además, que “las partes contratantes, consienten, declaran su voluntad común dirigida a la producción del efecto jurídico que es la obligación. Es un acto voluntario bilateral, dimanado de la autonomía privada” (Ospina y Ospina, 1987, p. 39).

El Código Civil colombiano establece que:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario

de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia (Artículo 1494).

Por tanto, la más importante potestad que posee la administración pública es su facultad de obrar unilateralmente y con fundamento en esta facultad realiza la mayoría de sus actos porque no solo ha recibido esa potestad del mismo constituyente sino que, tiene el poder jurídico para imponer sus actos.

Sin perjuicio de lo anterior, la administración pública no sólo actúa de forma unilateral, sino que también puede hacerlo de forma bilateral, es decir, la administración al igual que los particulares tiene la posibilidad de celebrar contratos entre entidades públicas o entre entidades públicas y particulares.

El autor Libardo Rodríguez, en su libro Derecho Administrativo General y Colombiano, afirma que la noción básica de contrato es común para los celebrados por los

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 33

particulares o por la administración, y, “(...) sean contratos administrativos o contratos de derecho privado, la noción básica proviene del derecho civil” (Rodríguez, 2001, p. 328); al respecto, el artículo 1495 del Código Civil establece: “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Considera también el autor que en la doctrina dos criterios para distinguir los contratos administrativos: un criterio legal y otro criterio jurisprudencial. El criterio legal establece que la ley califica la naturaleza del contrato de la administración al momento de reglamentarlo; mientras que el criterio jurisprudencial califica la naturaleza del contrato estatal de acuerdo no sólo al régimen establecido para ello, sino que tiene también en cuenta los siguientes elementos:

- Partes del contrato: se requiere que al menos una de las partes sea una entidad pública.
- Objeto del contrato: “son contratos administrativos cuando tienen por objeto la ejecución de un servicio público” (Rodríguez, 2001, p. 328), es decir, cuando a través de la ejecución de dicho contrato se cumple con los fines esenciales del Estado establecidos por la carta constitucional.

- Cláusulas del contrato: es un contrato administrativo cuando tal contrato contiene cláusulas exorbitantes. La cláusula exorbitante es aquella “derogatoria del derecho común o, aquellas cláusulas que son extrañas a los contratos entre los particulares” (Rodríguez, 2001, p. 328).

El artículo 150 de la Constitución Política en su segundo inciso, consagra la facultad otorgada por el constituyente al Congreso para Expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración Nacional, esto, con el fin de asegurar la uniformidad de tratamiento a nivel de la administración pública de los procesos contractuales, acabando de esa forma con el sin numero de regímenes que estaban vigentes y que generaban ineficacia y corrupción en la administración.

La ley 80 de 1993 intentó fallidamente unificar en una sola categoría los contratos celebrados por la administración, eliminando los criterios diferenciadores que contenía el decreto-ley 222 de 1983. El régimen de contratación de la Ley 80, intenta conciliar dos objetivos fundamentales, el primero es eliminar las confusiones que tenía el Estado

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 33

en su proceso de contratación, con el fin de que pueda cumplir con su obligación de atender el interés general; el segundo objetivo es hacer que, a través de ese nuevo régimen no se ponga en peligro el patrimonio y los ingresos del Estado y se eviten las desviaciones o irregularidades en el funcionamiento de los procesos contractuales que puede convertirse en una fuente de corrupción.

El régimen de contratación estatal se caracteriza por limitarse a señalar normas y principios generales, al tiempo que hace énfasis en la autonomía de la voluntad de las partes como elemento esencial de los contratos de la administración, en la inmutabilidad del equilibrio financiero del contrato y en la garantía del mutuo beneficio de las partes. Se aparta de las regulaciones exhaustivas y simplifica los procedimientos y trámites; busca con ello superar sobrecostos y las irregularidades a que han conducido los procedimientos dispendiosos y excesivos que habían venido condicionando la actividad contractual.

Bajo los criterios del estatuto contractual de contratación, en la Ley 80 de 1993 se entiende por contrato estatal todos los actos jurídicos generadores de obligaciones, que celebren las entidades públicas con capacidad para contratar, previstos en el Derecho público o privado, típicos o atípicos y los derivados, en general, de la autonomía de la voluntad.

2.1. LA LEY 80 DE 1993

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, fue publicada en el Diario Oficial No. 41.094, el día jueves 28 de octubre de 1993. La Ley 80 de 1993 es el resultado del mandato constitucional del artículo 150, numeral 25, último inciso, que reza: “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la Administración Pública y en especial de la Administración Nacional”.

Tanto durante la discusión del Proyecto de Ley en el Congreso de la República, como después de su promulgación, se discutió

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 33

sobre la naturaleza de la Ley 80 de 1993, llegándose a afirmar por algunos que se trata de una Ley Estatutaria, mientras que otros le han asignado el carácter de Ley Cuadro o Marco (Suárez, 1994, p. 14).

Después de hacer un análisis de los artículos 153 y 150 numeral 19 de la Constitución Política, se desprende una enumeración taxativa y excluyente, lo que descarta de plano que el régimen de la contratación estatal tuviera que estar sometido a alguna de dichas leyes, se puede por tanto, concluir que la Ley 80 de 1993 tiene el carácter y la naturaleza propia de una Ley Ordinaria, cuyo objeto no es otro distinto que el indicado en el artículo primero de la misma: “La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales” (Suárez, 1994, p. 15).

En cuanto a la estructura de la Ley 80 de 1993, hay que decir que la misma está contenida en nueve (9) apartados, así:

- De las disposiciones generales. Art. 1 al 22.

- De los principios de la contratación estatal. Art. 23 al 31.
- Del contrato estatal. Art. 32 al 43.
- De la nulidad de los contratos. Art. 44 al 49.
- De la responsabilidad contractual. Art. 50 al 59.
- De la liquidación de los contratos. Art. 60 y 61.
- Del Control de la gestión contractual. Art. 62 al 67.
- De la solución de las controversias contractuales. Art. 68 al 75.
- De las disposiciones varias. Art. 76 al 81.

2.2. LA LEY 1150 DE 2007

La Ley 1150 de 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, constituye la reforma más significativa que ha experimentado la contratación pública en Colombia, luego de la Ley 80 de 1993. Ella introduce nuevas figuras, reforma y

complementa las existentes en la Ley 80, a fin de adaptar las condiciones de la contratación pública a los nuevos contextos del mercado, en el cual el Estado debe matizar sus prerrogativas de otrora, para ponerse poco a poco en la misma posición de los demás agentes del mercado, con instrumentos ágiles y simplificados que le permitan ser eficiente y competitivo, al tiempo que garantiza la transparencia y la correcta destinación de los recursos públicos.

La reforma, tal como lo señala Suárez (2009), entiende que la contratación del Estado debe ser una contratación “inteligente”, habida cuenta que su participación “en el PIB supera el 11%, lo que debe llevar a concluir que cualquier medida que impacte tal volumen de recursos, sin duda tendrá una significación mayor en la administración pública y en el terreno de lo económico” (Proyecto de Ley 20 de 2005), al posicionar al Estado como el principal comprador de bienes y servicios de la economía. En ese sentido, la Ley 1150 se inspira en cuatro objetivos centrales: dos principales, consistentes en mejorar la eficiencia de la contratación pública y

hacerla más transparente, y dos derivados, encaminados a hacer de ella un instrumento de desarrollo económico y social e incentivar en la misma la utilización de mecanismos electrónicos (Suárez, 2009, p. 1).

Para el primero de ellos, la eficiencia, la Ley 1150 consagra mecanismos que agilizan los procesos de contratación, adaptándolos al objeto del contrato y reduciendo trámites y costos de transacción, mediante la nueva regulación y adaptación de aspectos como las modalidades de selección y el Registro Único de Proponentes.

En cuanto a la transparencia, la Ley 1150 de 2007, se inspira en la noción según la cual la contratación es más transparente en la medida en que es más eficiente. Eficiencia deriva en transparencia, superando la noción clásica de transparencia en la actividad de la administración entendida como la imposición del mayor número posible de controles y requisitos en cada proceso. La reforma procura que la contratación pública sea más transparente en la medida en que pueda desarrollarse de manera más ágil y expedita. En este sentido, la nueva regulación en

materia de contratación no pretende desempeñar un papel de norma anticorrupción, pues ello “desvirtúa por completo la razón de ser de una regulación que busca la obtención de “buenas ofertas”, es decir, propuestas de la calidad y condiciones requeridas, al mejor precio, por parte de oferentes capaces, cumplidos y confiables” (Palacios, 2007, citado por: Suárez, 2007, p. 194).

El tercer objetivo se concreta en el artículo 12 de la Ley 1150, en virtud del cual las entidades administrativas deben procurar las condiciones que permitan la participación de Mipymes y oferentes locales y departamentales en la ejecución de contratos públicos que ellas celebran. De esta manera, la reforma procura que la contratación se haga un instrumento de desarrollo, en tanto no sólo estimula la participación de pequeños oferentes, sino también la reducción de costos, todo sin menoscabo de la calidad de los bienes y servicios contratados, a fin de promover el desarrollo y maximizar la disponibilidad de recursos para inversión social.

Finalmente, la utilización de mecanismos electrónicos en la contratación se expresa en la creación de un Sistema Electrónico de Contratación Pública, SECOP, que implementa en la contratación pública las herramientas de comercio electrónico introducidas por la Ley 527 de 1999, reduciendo costos y trámites, mediante la utilización de medios electrónicos y documentos digitales, y facilitando el acceso a la contratación de todos los oferentes que reúnan las condiciones habilitantes mínimas para hacerlo.

2.3 TIPOS DE SEGUROS DE GARANTÍA

2.3.1 Seguro de manejo

El seguro de manejo puede definirse como el acuerdo de voluntades mediante el cual la compañía aseguradora ampara al asegurado (persona natural o jurídica que tiene a su servicio empleados), a cambio de un precio, el pago de los perjuicios patrimoniales cuando los empleados cometan uno o varios actos de hurto, abuso de confianza, desfalco, estafa o cualquier otro acto doloso para con

los dineros o bienes del asegurado que le fueron confiados y que se encuentren expresamente especificados en la póliza, siempre y cuando tales actos se hayan cometido dentro del tiempo de vigencia de la póliza (Gallego et al., 2002, p. 30).

En este sentido, vale la pena tener en cuenta que los seguros de manejo, según la Ley 225 de 1938, tienen como objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a 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 de contratos (art. 2).

2.3.2 Póliza global bancaria

Es el más conocido de los seguros de manejo y tiene como finalidad la protección de las entidades financieras mediante un contrato que contiene varias coberturas (Gallego et al., 2002, p. 71).

Uno de los amparos fundamentales, si no el esencial, es el que cubre el riesgo de

infidelidad (denominación que se le asignó en principio al amparo de los empleados que tenían contacto con el dinero en las entidades bancarias).

La cobertura de estas pólizas está delimitada por el clausulado de la misma a ciertas actividades u operaciones bancarias. Las situaciones no contempladas dentro de la referida póliza deberán ser aseguradas bajo contratos de seguro diferentes.

Entre las características de este seguro que es, como su nombre lo indica, un seguro global, lo cual hace referencia a la ausencia de discriminación de cargos, personas o de oficinas cuya actividad para efectos de cobertura de la póliza, constituye el riesgo asegurado.

2.3.3 Caucciones judiciales

Las cauciones judiciales nacen bajo la naturaleza de un seguro patrimonial, por lo que la legislación aplicable será la relacionada con los seguros de daños. Éstas han sido incluidas dentro del ramo de los seguros de cumplimiento; así, las aseguradoras que tienen aprobado el

respectivo ramo de seguros de cumplimiento podrán, en desarrollo de sus actividades, expedir cauciones judiciales que amparen el perjuicio patrimonial que pudiere llegarse a causar al demandante o al demandado debido al incumplimiento de obligaciones legales.

2.3.4 Pólizas de disposiciones legales

Tienen como fundamento la Ley 225 de 1938 y el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto 663 de 1993 y otras disposiciones especiales.

Su función se circunscribe a cubrir el riesgo generado respecto del incumplimiento de normas legales y respecto del ejercicio de actividades reguladas por el gobierno (uso de armas, agentes de aduanas, prensa, radiodifusión, reexportación con derechos arancelarios, reexportación sin derechos arancelarios, pago de impuestos).

De acuerdo con Galindo (2005), las compañías que expiden pólizas de cumplimiento de disposiciones legales amparan el riesgo de incumplimiento de dichas disposiciones legales ocurrido durante la vigencia del seguro que sea imputable a la

persona obligada. De ningún modo ampara el incumplimiento por casos de fuerza mayor o caso fortuito o por ninguna otra causal de exoneración del deudor de la obligación sobre la cual se suscribió la póliza de cumplimiento de disposiciones legales.

2.3.5 Póliza de seriedad de oferta

La póliza de seriedad de oferta obedece a una exigencia precontractual consagrada por la Ley 80 de 1993 (art. 30, núm. 12 y art. 25, núm. 19) y por el artículo 16 del Decreto Reglamentario 679 de 1994.

El riesgo cubierto en esta póliza es el valor de los perjuicios que el adjudicatario cause a la entidad licitante con la no suscripción del contrato dentro de las condiciones y términos previstos en el pliego de condiciones.

Es de tener en cuenta que la póliza de seriedad de oferta no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor del presupuesto oficial estimado. En concesiones de espacios de televisión, el valor no podrá ser inferior al uno punto cinco por ciento (1.5%) del espacio licitado (esto según el

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 33

parágrafo del artículo 16 del Decreto Reglamentario 679 de 1994).

La vigencia de la póliza de seriedad de oferta no está dada por la ley, y normalmente es determinada en el pliego de condiciones.

2.3.6 Seguro de cumplimiento

De acuerdo con Botero (2000), cuando se hace referencia al seguro de cumplimiento de contratos estatales o garantía única significa que nos encontramos en la etapa contractual, es decir; el contrato fue adjudicado y dicho adjudicatario deberá prestar la garantía única. El adjudicatario deberá presentar la garantía a la entidad contratante y habiendo sido aprobada por dicha entidad mediante acto administrativo en el que señala el objeto para la cual fue otorgada, número del contrato, las partes y la fecha de iniciación de la vigencia y finalización de la póliza, la entidad contratante procederá a elaborar un cuadro informativo con el fin de llevar un control sobre la ejecución del contrato y las obligaciones allí amparadas, ello para tener claridad respecto de la vigencia de la póliza.

El Seguro de Cumplimiento que garantiza contratos estatales, o Garantía Única, se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993, artículos 4, 13, 14, 18, y por los numerales 19 y 32 del artículo 25 de la misma ley, además de los artículos 16, 17, y 18 del Decreto Reglamentario 679 de 1994.

El inciso 2 del artículo 18 del Decreto 679, prohíbe las prácticas discriminatorias en relación con la obtención y aprobación de la garantía única, así la entidad contratante deberá abstenerse de emplear prácticas discriminatorias como señalar unilateralmente la aseguradora que debe otorgar la póliza. A la entidad deberá bastarle con que la compañía se encuentre legalmente autorizada para operar en nuestro medio, que esté autorizada para operar en ese ramo y que la póliza tenga los amparos exigidos.

2.4 AMPAROS Y EXCLUSIONES DE LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO

Este tipo de pólizas garantizan el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato donde el contratante (asegurado y

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 33

beneficiario) es siempre una entidad estatal y/o regida por el derecho público.

2.4.1 Amparos

Por lo general, la compañía aseguradora otorga a la entidad estatal contratante asegurada, hasta el monto del valor asegurado, los amparos mencionados en la póliza, de conformidad con lo previsto en el artículo 1088 del código de comercio, según el cual, el contrato de seguro es de mera indemnización y jamás podrá constituir fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero este último deberá ser objeto de un acuerdo expreso que conste en las condiciones particulares y en la póliza para ser cubierto. Esta póliza cubre los perjuicios directos que sufra la entidad contratante, ocasionados por incumplimientos imputables al afianzado, con sujeción a las condiciones de la póliza, su alcance y contenido.

2.4.1.1 Amparo de seriedad de la oferta

La garantía de seriedad de la oferta cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada en cuanto se refiere a la indemnización de los

perjuicios causados por el incumplimiento imputable al proponente garantizado, en los siguientes eventos:

- La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.
- La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta, cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación o para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan el término de tres meses.
- La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad estatal contratante.
- El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.
- La falta de pago de los derechos de publicación en el diario único de contratación previsto como requisitos de legalización del contrato.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 33

2.4.1.2 Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo

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

2.4.1.3 Amparo de cumplimiento del contrato

El amparo de cumplimiento del contrato cubre a la entidad estatal contratante asegurada 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 el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

2.4.1.4 Amparo de devolución de pagos anticipados

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

2.4.1.5 Amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales

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

Este amparo en ningún caso se extiende a cubrir al personal de los subcontratistas o aquellas personas vinculadas bajo modalidades diferentes al contrato de trabajo.

2.4.1.6 Amparo de estabilidad y calidad de la obra

El amparo de estabilidad y calidad de la obra, cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista garantizado. Cuando se trata de edificaciones la estabilidad se determinará de acuerdo con los planos, proyectos, seguridad y firmeza de la estructura.

2.4.1.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados

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

parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo, una vez sean recibidos por la entidad estatal contratante asegurada.

2.4.1.8 Amparo de calidad del servicio

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

Ahora, en virtud de lo señalado en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal contratante asegurada como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable al contratista garantizado, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 15 de 33

obligaciones surgidas a cargo del contratista garantizado relacionadas con el contrato amparado por la garantía. Esto hasta el límite del valor asegurado del amparo de cumplimiento.

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

Por último, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 4828 de 2008, antes del inicio de la ejecución del contrato, será responsabilidad de la entidad contratante asegurada aprobar la garantía. La aprobación comprenderá las condiciones generales y particulares de la póliza, en caso contrario se entenderá correcta y aceptada en los términos entregados.

2.4.2 Exclusiones

La póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales presenta las siguientes exclusiones:

- Causa extraña, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima (el asegurado).
- Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de éste.
- El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.
- El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

2.4.3 ¿Quién se puede asegurar?

Toda persona natural o jurídica que presente a la compañía la documentación

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 16 de 33</p>

requerida, la cual se analizará previamente.

La documentación requerida es la siguiente:

- Información financiera del tomador y/o afianzado (balance general, notas al balance y PyG respectivo).
- Cámara de Comercio actualizada (vigencia máxima 3 meses desde su emisión).
- Record de obras o contratos ejecutados.
- Copia del contrato, oferta mercantil u orden de compra.

2.4.4 Suma asegurada

La responsabilidad de la compañía aseguradora, respecto a cada amparo, no excederá, en ningún caso, la suma asegurada indicada en la póliza para cada uno, los cuales son independientes uno de otro respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal contratante asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros, los cuales no son acumulables y son excluyentes entre sí.

La suma asegurada determinada para cada amparo en la carátula de la póliza delimita la

responsabilidad máxima de la compañía en caso de siniestro.

2.4.5 Efectividad de la garantía

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 garantizado y del garante, 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 garante, la entidad estatal contratante asegurada proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista garantizado como al garante.
- En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de su garante, 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 al garante.
- 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 garante, la entidad estatal contratante asegurada 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 garantizado como al garante.

En cualquier caso, para determinar el monto del perjuicio a reclamar por parte de la entidad estatal a la compañía aseguradora, deberá deducir del mismo, cualquier suma que a ésta le adeude el afianzado.

2.4.6 Compensación

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 deudora del contratista garantizado por cualquier concepto, se aplicará la compensación y la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y subsiguientes del Código Civil. Igualmente se disminuirá del valor de la indemnización, el valor correspondiente a 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 cumplimiento se garantiza por la presente póliza.

2.4.7 Pago del siniestro

La aseguradora pagará el valor del siniestro, de la siguiente manera:

Para el caso de caducidad estipulado en la póliza, dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que con tal fin haga la Entidad Estatal Contratante asegurada para reclamar el pago, acompañada 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, 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 o en la que conste la disminución en el valor a indemnizar en virtud de la compensación. Lo aquí dispuesto no exime a la entidad contratante asegurada

de demostrar los perjuicios en los términos establecidos en el artículo 1077 en concordancia con el artículo 1080 del Código de Comercio.

Para el caso de aplicación de multas, 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 o en la que conste la disminución en el valor a indemnizar en virtud de la compensación.

Para los demás casos de incumplimiento, dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que con tal fin haga la Entidad Estatal Contratante asegurada, acompañada de una 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 respecto de los cuales se pueda aplicar la compensación o en la que conste la

disminución en el valor a indemnizar en virtud de la compensación. Lo aquí dispuesto no exime a la entidad contratante asegurada de demostrar los perjuicios en los términos establecidos en el artículo 1077 en concordancia con el artículo 1080 del Código de Comercio.

Es de tener en cuenta que la entidad estatal agotará los mecanismos alternativos de solución de conflictos pactados por las partes en el contrato estatal, cuyo cumplimiento es el objeto de la póliza, antes de acudir a la efectividad de la garantía.

Así mismo, 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.

2.4.8 Certificados o anexos de modificación

Para los casos en que la suma asegurada sea aumentada o disminuida y para aquellos en los cuales las estipulaciones del contrato original sean modificadas, la compañía

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 33

aseguradora si acepta tal modificación, expedirá un certificado o anexo de modificación del seguro, en donde exprese su conocimiento y autorización respecto de las modificaciones acordadas entre el contratista garantizado y la entidad estatal contratante asegurada.

2.5.9 Subrogación

En virtud del pago de la indemnización, de acuerdo con el artículo 1096 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 203 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la aseguradora se subroga hasta concurrencia de su importe, en todos los derechos que la entidad estatal contratante asegurada tenga contra el contratista garantizado.

2.4.10 Cláusula de garantía. Modificaciones al contrato

La compañía aseguradora, por lo general, otorga ese tipo de seguro bajo las siguientes garantías, aceptadas por el tomador y la entidad estatal contratante asegurada así:

a. En los términos definidos por el artículo 1060 y 1061 del Código de Comercio, durante la vigencia no introducirá modificaciones al contrato garantizado por la póliza, sin la notificación y consentimiento expreso y de manera escrita por parte de la compañía aseguradora y la expedición del certificado de modificación correspondiente.

b. El Tomador y/o afianzado, se obligan a actualizar anualmente o al momento de la renovación de la póliza o en el momento de ser requerido por la aseguradora, la información relativa a su actividad laboral, comercial, financiera y demás contenida en el formulario de vinculación de clientes.

2.4.11 Vigilancia sobre el contratista en la ejecución del contrato

La compañía aseguradora, por lo general, tiene derecho a ejercer la vigilancia sobre el contratista garantizado en la ejecución del contrato, para lo cual la Entidad Estatal Contratante asegurada le presta la colaboración necesaria.

Así las cosas, la Entidad Estatal Contratante asegurada se compromete a

ejerger estricto control sobre el desarrollo del contrato y sobre el manejo de los fondos y bienes correspondientes dentro de las atribuciones que dicho contrato le confiere.

2.4.12 Prohibición de la transferencia o cesión del contrato

No se permite hacer cesión o transferencia de la Póliza sin el consentimiento escrito de la compañía aseguradora. En caso de incumplimiento de esta disposición, el amparo termina automáticamente y la aseguradora sólo será responsable por los actos de incumplimiento que hayan ocurrido con anterioridad a la fecha de la cesión o transferencia.

2.4.13 No expiración por falta de pago de prima e irrevocabilidad

Por lo general, la póliza no expira por falta de pago de la prima ni por revocación unilateral.

2.4.14 Notificaciones y recursos

La Entidad Estatal Contratante asegurada deberá notificar a la Aseguradora los Actos Administrativos atinentes a la efectividad de cualquier amparo de la póliza, previo

agotamiento del derecho de defensa del contratista garantizado y garante.

2.4.15 Naturaleza del seguro

La garantía otorgada por la póliza o sus certificados de modificación, no es solidaria, ni incondicional y su exigencia está supeditada a la ocurrencia del siniestro y su cuantificación, en los términos indicados.

2.4.16 Clausulas incompatibles

En caso de incongruencia entre las condiciones generales o particulares de la póliza y las del contrato garantizado, prevalecerán las primeras. Si la incongruencia se presenta entre las condiciones particulares y las condiciones generales, prevalecerán las primeras.

2.4.17 Coexistencia de seguros

En caso de existir, al momento del siniestro, otro seguro de cumplimiento con relación al mismo contrato, el importe de la indemnización a que haya lugar, se distribuirá entre los aseguradores en proporción a las cuantías de sus respectivos seguros.

2.4.18 Coaseguro

En caso de existir coaseguro al que se refiere el artículo 1095 del Código de Comercio, el importe de la indemnización a que haya lugar se distribuirá entre los aseguradores en proporción de las cuantías de sus respectivos seguros, sin que exista solidaridad entre las aseguradoras participantes y sin exceder de la suma asegurada bajo el contrato de seguro.

2.4.19 Prescripción

La Prescripción de las acciones derivadas del contrato se regirá por las normas del Código de Comercio sobre contrato de seguro.

2.4.20 Domicilio

Sin perjuicio de las disposiciones procesales, para los efectos relacionados en el contrato se fija como domicilio de las partes la ciudad donde se haya adquirido el seguro y, por lo general, donde se encuentre domiciliada la compañía aseguradora.

2.5 CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LOS SINIESTROS QUE PUEDEN OCURRIR EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.5.1 En la póliza de seriedad de oferta

El siniestro en la póliza de seriedad de oferta se entenderá causado cuando, vencida la oportunidad que tiene el adjudicatario para suscribir el contrato, no lo hiciera o no cumpliera con las condiciones estipuladas dentro de la etapa precontractual.

Uno de los ejemplos que se pueden citar respecto del incumplimiento de las condiciones sería el no constituir la garantía única para el contrato adjudicado, entendiéndose que si por cualquier motivo el contratista no suscribe y aporta la garantía única a la entidad estatal para su aprobación, será declarado el siniestro que afectará la póliza de seriedad de oferta. Aquí se puede ver cómo una compañía de seguros que otorgue la póliza de seriedad de oferta queda implícitamente obligada a otorgar la garantía única suficiente en caso de que le sea adjudicado el contrato al tomador de la póliza de seriedad de oferta, so pena de que si no lo

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 22 de 33

hiciera se le declarará el siniestro respecto de la póliza de seriedad de oferta.

De acuerdo a lo anterior, Galindo (2005) sostiene que si por cualquier circunstancia el proponente favorecido no firma el contrato dentro del plazo que se haya estipulado o se niega a constituir la garantía única o la otorga en otros términos, cuantía o duración, diferentes a los establecidos en los pliegos de condiciones o en la minuta de contrato que se anexa a estos pliegos, quedará a favor de la entidad estatal el valor total de la garantía que se constituyó para responder por la seriedad de la oferta en calidad de sanción y esto sin menoscabo de que dicha entidad pueda ejercer las acciones legales conducentes, con miras al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por la póliza. En este caso, la compañía de seguros, con el acto administrativo motivado, pagará a la entidad contratante la totalidad del valor asegurado por considerarse que en ese monto se estimaron anticipadamente los perjuicios. Acá no hay lugar a liquidación de perjuicios (p. 189).

2.5.2 En el seguro de cumplimiento de contratos estatales. “Garantía única”

La caducidad: el principal riesgo amparado por la garantía única es el incumplimiento responsable del contratista, pero no todo incumplimiento conlleva a que sea considerado como siniestro. La decisión o no de declarar el siniestro debe obedecer a un análisis ponderado, por parte de la administración, de los hechos y las circunstancias que generan el incumplimiento.

La Ley 80 de 1993, por ejemplo, restringió la facultad exorbitante que poseía la administración a la luz del anterior estatuto de contratación, el Decreto 222 de 1983, el cual brindaba a la administración la facultad exorbitante de declarar mediante acto administrativo el incumplimiento de su contratista y hacer efectiva la póliza; bajo la Ley 80 de 1993, dicha facultad se ve restringida en cuanto sostiene que al Estado sólo le es permitido declarar el incumplimiento que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.

El artículo 18 del mismo estatuto de contratación dispone que la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento configurándose como una de las posibilidades de ocurrencia del riesgo amparado mediante la garantía única. Tal declaratoria de caducidad conlleva a la liquidación del contrato y en ella deberá quedar establecido el valor de la pérdida, es decir, la suma que dentro de los límites de los valores asegurados deberá indemnizar la aseguradora.

La declaratoria de incumplimiento del contrato: El anterior estatuto de contratación estatal, Decreto 222 de 1983, facultaba a la administración para declarar el incumplimiento y hacer efectivas las multas y la cláusula penal (artículo 72 del Decreto 222 DE 1983). El actual estatuto de contratación, Ley 80 de 1993, no retoma lo estipulado por el anterior estatuto en su artículo 72.

En este sentido, entonces, el Estado está obligado a acudir ante el juez competente para que sea él quien declare el incumplimiento y ordene el pago de las

multas y la cláusula penal pecuniaria, así como para que exija a la aseguradora la cancelación de la indemnización. Si la entidad contratante profiere un acto administrativo para estos efectos, éste adolecerá de nulidad por falta de competencia y podrá ser impugnado tanto por contratista como por el asegurador ante los tribunales administrativos.

Otro caso en el que se configura el siniestro se puede presentar cuando el término del contrato se venza sin que el contratista haya cumplido totalmente con su objeto. En este caso, procede la liquidación en los términos del artículo 60 de la Ley 80 (o en su defecto del artículo 61) y el contratista debe acudir igualmente al juez administrativo para que declare el incumplimiento del contrato, determine los perjuicios y ordene a la aseguradora el pago de la indemnización (Pabón, 1997, p. 57).

El siniestro respecto de correcta inversión del anticipo, de pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, de estabilidad de obra, de calidad del bien o servicio y del correcto funcionamiento de

los equipos: ya sea que se tengan pactadas cláusulas excepcionales o no respecto de los amparos anteriormente enunciados, la administración no posee competencia para declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo.

Efectivamente, en el amparo de correcta inversión del anticipo, se viene a conocer si existe siniestro en el momento de la liquidación del contrato cuanto en el acto correspondiente se consignan las sumas que resulten en contra o a favor de cada una de las partes del contrato.

En el amparo de prestaciones sociales e indemnizaciones, el siniestro no solamente se sale de la competencia de las entidades estatales, sino de su jurisdicción, pues corresponderá en última instancia a la justicia laboral determinar si el contratista como patrono incumplió obligaciones. Sin embargo, en la práctica ocurre que la entidad estatal puede presentar reclamación a la aseguradora para que proceda a estudiar la reclamación de trabajadores y las aseguradoras proceden a indemnizar a la

entidad estatal como asegurada y beneficiaria o directamente a los trabajadores.

En cuanto a los amparos de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos, las entidades estatales no tienen competencia para declarar el siniestro mediante acto administrativo, en virtud de los principios de legalidad y responsabilidad consagrados en los artículos 3 y 6 de la Constitución Política, pues ningún ordenamiento legal las autoriza para proferir dichos actos; si se llegaren a declarar el siniestro mediante acto administrativo, esta sería ilegal por vicio de incompetencia, que según la jurisprudencia, es la más grave de las formas de ilegalidad del acto administrativo.

A lo anterior hay que agregar que en este tipo de siniestros, la ocurrencia del mismo y su cuantía se determinan a través de peritajes técnicos de difícil entendimiento y acuerdo entre las partes.

En suma, el procedimiento ajustado a la ley, para que las entidades estatales obtengan la indemnización en dichos amparos, es el de

la presentación de la reclamación ante la aseguradora garante, con la acreditación extrajudicial de los requisitos previstos en el artículo 1077 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 1053. Si la aseguradora objeta la reclamación, la entidad estatal puede promover el proceso ejecutivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

2.5.3 En la póliza de cumplimiento de contratos entre particulares

Frente a las pólizas de cumplimiento entre particulares y la posible reclamación ante la compañía aseguradora, hay que partir esencialmente de la base de que haya ocurrido un perjuicio al asegurado en la póliza y demostrado como consecuencia del incumplimiento por parte del contratista afianzado (respecto del amparo de cumplimiento de contrato) y su demostración se debe efectuar bajo los lineamientos generales del artículo 1077 del Código de Comercio Colombiano.

No pueden ser de recibo cualquier tipo de cláusulas que atenten contra la demostración plena de los perjuicios, es decir, que se exija al asegurado la demostración de manera tarifada o al arbitrio de la compañía aseguradora, ya que constituiría una cláusula abusiva (en caso de pactarse) y consecuentemente proscrita; o que el asegurador a la hora de la reclamación exija documentación inconducente u ociosa.

En este sentido, no se podría, por ejemplo, señalar que se exige al asegurado la demostración de los perjuicios con una sentencia condenatoria del contratista de sus obligaciones.

Frente a los demás amparos que sean otorgados para el caso de contratos entre particulares se debe predicar lo mismo y es que solamente se rigen por lo dispuesto el citado artículo 1077.

2.6 FUNDAMENTO
JURISPRUDENCIAL SOBRE LA
FIGURA DEL SEGURO DE
CUMPLIMIENTO EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL

2.6.2 Corte Suprema de Justicia. Sala de
Casación Civil. Sentencia del 7 de mayo de
2002 (Magistrado Ponente: José Fernando
Ramírez Gómez)

2.6.1 Consejo de Estado. Sentencia del
10 de julio de 1997 (Magistrado Ponente:
Carlos Betancur Jaramillo)

En esta providencia, el Consejo de Estado realiza un análisis del amparo de estabilidad de obra y estipula como una exigencia para la configuración del siniestro que la administración profiera un acto administrativo que así lo declare.

El Consejo de Estado, por tanto, fundamenta su posición en el numeral 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, el cual sostiene que en el campo de la contratación estatal la administración, antes de formular su reclamo a la aseguradora, deberá expedir un acto administrativo unilateral, en el cual declarará ocurrido es siniestro, y frente al mismo, tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo jurisdiccionalmente.

Según esta sentencia, queda claro que el seguro de cumplimiento, creado por la Ley 225 de 1938 con la autorización contenida en su artículo segundo para que el seguro de manejo allí instituido se hiciese extensivo al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos, esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado.

Ahora, por virtud de él, la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza 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

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 27 de 33

hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación amparada.

Consecuentemente con su naturaleza y con el fin que está llamado a cumplir, en tal modalidad contractual el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico: que el riesgo que envuelve el convenio, quede garantizado.

Es de recordar que el riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.

Tratándose, por tanto, de una variante de los seguros de daños que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Bajo tal perspectiva, ocurrido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado.

2.6.3 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012 (Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez)

De acuerdo con esta providencia, es claro que entre las características y elementos esenciales del contrato de seguro se resalta “la obligación condicional a cargo del asegurador de pagar la prestación asegurada”, esto es, “indemnizar el daño resultante del riesgo, contractualmente asumido que deviene en siniestro”.

Ahora, para el caso de los “seguros de cumplimiento cuya finalidad es precisamente

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 28 de 33

garantizar las obligaciones que surgen de determinado contrato y mientras éste permanezca vigente y no se liquide”, el reclamante debe probar el incumplimiento y el monto de los perjuicios sufridos.

2.6.4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 2 de 2002 (Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez)

Según esta sentencia, la revocación unilateral en el contrato de seguro a que alude el artículo 1071 del Código de Comercio colombiano no resulta aplicable a los seguros de cumplimiento celebrados entre particulares.

En este sentido, cabe anotar que de acuerdo con la clasificación consignada en el artículo 1082 del Código de Comercio, el seguro de cumplimiento se enmarca dentro de los seguros de daños, de carácter patrimonial, en la medida que pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa de la no suscripción del contrato de acuerdo con los

términos de la oferta por parte del deudor (tomador del seguro).

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De acuerdo a lo planteado a lo largo de este artículo, se puede sostener que en el seguro de cumplimiento se parte de un riesgo asegurable, que es la indemnización de perjuicios derivada de un incumplimiento del deudor de la obligación, que se constituye en un hecho incierto a asumir por la compañía aseguradora, y dicha obligación condicional del asegurador no es la obligación misma del deudor en el contrato garantizado, es una obligación de corte indemnizatoria y cuya dimensión o extensión se conoce al momento de configurarse el incumplimiento y acreditarse en debida forma.

Así mismo, es posible afirmar que el seguro de cumplimiento es un verdadero seguro, pero adicionalmente es un seguro sui generis que goza de una naturaleza jurídica propia y diferente.

De acuerdo a la interpretación que se le puede dar a la normatividad general de los seguros y que le puede ser aplicable al contrato de seguro de cumplimiento (o que en buena medida se ha de adecuar), se puede considerar que de las formas cómo es posible tomar este seguro, según la doctrina, la institución es válida y goza de sustento normativo. Sea el tomador del seguro, el contratista afianzado o el acreedor de la obligación, la institución del seguro por cuenta ajena es válida para dar sustento al primer caso y la obligación general de declarar el estado del riesgo puede ser satisfactoria a la hora de contratarse el seguro en uno u otro caso.

La garantía de seriedad de la oferta cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada en cuanto se refiere a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento imputable al proponente garantizado.

Uno de los eventos que cubre este tipo de pólizas se refiere a la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado; de igual manera se incluye la no ampliación de la vigencia de la

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

Otras situaciones cubiertas por estas pólizas comprenden la falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad estatal contratante, el retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas, y la falta de pago de los derechos de publicación en el diario único de contratación previsto como requisitos de legalización del contrato.

Por su parte, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante asegurada, de los perjuicios sufridos con ocasión de la no inversión, el uso indebido y la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de

bienes entregados como anticipo, éstos deberán tasarse en dinero en el contrato.

El amparo de cumplimiento del contrato cubre a la entidad estatal contratante asegurada 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 el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

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

El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada de los perjuicios que se le ocasionen como

consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado. Este amparo en ningún caso se extiende a cubrir al personal de los subcontratistas o aquellas personas vinculadas bajo modalidades diferentes al contrato de trabajo.

El amparo de estabilidad y calidad de la obra, cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista garantizado. Cuando se trata de edificaciones la estabilidad se determinara de acuerdo con los planos, proyectos, seguridad y firmeza de la estructura.

El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada de los perjuicios imputables al contratista garantizado, derivados de la mala calidad o deficiencias

técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato o por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo, una vez sean recibidos por la entidad estatal contratante asegurada.

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

En virtud de lo señalado en el artículo 44 de la ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal contratante asegurada como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable al contratista garantizado, derivados de un

proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas a cargo del contratista garantizado relacionadas con el contrato amparado por la garantía. Esto hasta el límite del valor asegurado del amparo de cumplimiento.

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

En materia de exclusiones, las pólizas no operan cuando se presenten situaciones tales como: causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima (el asegurado), daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de éste, el uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante y el demérito o deterioro normal

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 32 de 33

que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

Por último, es importante destacar la naturaleza propia del seguro de cumplimiento, la cual hace que necesariamente se deban adecuar u obviar algunas otras instituciones conocidas, como son la terminación automática del contrato por no pago de la prima y la revocación unilateral del contrato por parte del asegurador; al menos es claro en lo que respecta a las pólizas que garantizan contratos con las entidades estatales, debido al desarrollo legislativo que se tiene en la materia, pero que por la vía de la autonomía de la voluntad se puede obtener el mismo resultado en cuanto a los contratos entre particulares.

REFERENCIAS

Berçaitz, M. Á. (1980). Teoría general de los contratos administrativos. 2 ed. Buenos Aires: Depalma.

Botero M., B. (2000). El seguro y la fianza naturaleza jurídica de las garantías de

cumplimiento. Revista Iberoamericana de Seguros. Vol. 15.

Cassagne, J. C. (1999). El contrato administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Código Civil Colombiano. (1887). Recuperado el 18 de enero de 2013 de, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html#1

Código de Comercio Colombiano. (1971). Bogotá: Editorial Leyer.

Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. "Confianza". (2003). Garantía de Cumplimiento a favor de Entidades Particulares. Bogotá: La Aseguradora.

Congreso de la República. (1993). Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Recuperado el 18 de enero de 2013 de, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Constitución Política de Colombia, 1991. Recuperado el 19 de enero de 2013 de, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Escobar G., R. (2003). Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis.

Expósito V., J. C. (2003). La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 33 de 33

- español. Bogotá: Universidad Externado.
- Galindo C., H. (2005). El seguro de fianza garantía única. Bogotá: Legis.
- Gallego, N. C. (2002). Los seguros de manejo y cumplimiento. La Legislación Colombiana como modalidades de seguros que comparten una naturaleza excepcional. Medellín: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- López B., H. F. (1999). Contrato de Seguro. 3 Edición. Santa Fe de Bogotá: Dupré Editores.
- Núñez V., C. A. (2001). El seguro de cumplimiento: Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguro en Colombia. Bogotá: ACOLDESE.
- Ortega O., A. M.; y Patiño P., E. A. (2005). Responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos por irregularidades en la contratación estatal. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Ospina F., G. y Ospina A., E. (1987). Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Bogotá: Temis.
- Pabón S., A. (1997). El siniestro en la garantía única de cumplimiento dentro del marco de la ley 80 de 1993. Universitas. No. 93. (Dic.); p. 57.
- Rodríguez, L. (2001). Derecho Administrativo. Bogotá: Temis.
- Senado de la República. (2005) Proyecto de Ley 20. 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. Exposición de motivos.
- Suárez B., G. (2007). Apuntes sobre el proceso de modernización de la Ley 80 de 1993. Contratación Estatal: aspectos controversiales. Bogotá, Uniandes.
- Suárez B., G. (2009). La nueva contratación pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Bogotá: Legis.
- Suárez T., D. (1994). Panorámica del estatuto general de contratación de la administración pública. Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

CURRICULUM VITAE

Beatriz Elena Valencia Madrigal:
Estudiante de derecho de la Institución
Universitaria de Envigado.