

**EFICACIA DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL**

Investigador

DIEGO ALEJANDRO BARACALDO AMAYA

Asesora

OLGA LUCILA LIZARAZO SALGADO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

MAESTRÍA EN CONTRATACIÓN ESTATAL

Medellín, Antioquia

2024

Tabla de Contenido

Resumen.....	5
Abstract.....	6
Introducción.....	8
Capítulo 1. El contrato de seguro en Colombia.....	14
1.1. Concepto y naturaleza del contrato de seguro.....	14
1.2. Características del contrato de seguros.....	16
1.3. Elementos esenciales del contrato de seguros.....	22
Capítulo 2. Instrumentos normativos, jurisprudenciales y reglamentarios del contrato de seguro.....	29
2.1. Evolución normativa sobre el contrato de seguro.....	29
2.2. Instrumentos normativos del contrato de seguro en el sector público....	33
2.3. Instrumentos jurisprudenciales del contrato de seguro.....	47
2.3.1. <i>Jurisprudencia de la Corte Constitucional</i>	50
2.3.2. <i>Jurisprudencia del Consejo de Estado</i>	56
Capítulo 3. Procedimientos legales y reglamentarios para hacer efectivas las garantías por parte de las entidades públicas.....	77
3.1. Marco jurídico que configura la ejecución de la garantía.....	77
3.2. Procedimiento legal para la ejecución de las garantías.....	79
3.3. Crecimiento en la demanda de los contratos de seguro como garantía en la contratación estatal.....	81
Conclusiones.....	85

Referencias 89

Tablas

Tabla 1 - Jurisprudencia del Consejo de Estado	48
Tabla 2 Comparativo por ramos de seguros	82
Tabla 3- Comparativo por ramos de seguros	82
Tabla 4- Comparativo por ramos de seguros	83
Tabla 5- Comparativo por ramos de seguros	83
Tabla 6-Comparativo por ramos de seguros	84

Resumen

Con el objetivo de salvaguardar el patrimonio público, a través del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993- se estableció la obligación a cargo de quienes celebren contratos con entidades estatales (contratistas) de constituir en favor de estas una garantía única de cumplimiento que permita obtener la indemnización monetaria correspondiente en caso de materializarse el siniestro, esto es, en el evento que el contratista no cumpla con alguna(s) de la(s) obligación(es) a su cargo.

Si bien, en la mayoría de los contratos estatales los contratistas constituyen la correspondiente garantía única de cumplimiento, esta presenta inconvenientes en el momento de hacerla efectiva por distintas circunstancias.

En ese sentido, a efectos de determinar que la garantía única de cumplimiento no goza de total eficacia dentro de los contratos estatales, se adoptará una metodología predominantemente cualitativa, pero también se hará uso de información cuantitativa a través de lo reportado por la Federación de Aseguradores Colombianos, FASECOLDA, que dará cuenta de la aplicación que en la práctica ha tenido la garantía única de cumplimiento en los contratos estatales.

Así las cosas, se analizarán en un primer momento los elementos esenciales y de naturaleza del contrato de seguro, seguido por la revisión de los instrumentos normativos y jurisprudenciales cronológicamente expedidos, los cuales permitirán evidenciar su devenir histórico y, por último, se establecerán los procedimientos legales y reglamentarios para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento por parte de las entidades públicas.

Palabras clave: garantía única de cumplimiento, contrato de seguro, eficacia, Consejo de Estado.

Abstract

With the aim of safeguarding public assets, through the General Contracting Statute of the Public Administration General Contracting Statute of the Public Administration -Law 80 of 1993- the obligation was established for those who enter into contracts with state entities (contractors) to constitute in favor of these a single guarantee of compliance. that allows obtaining the corresponding monetary compensation in the event of the loss materializing, that is, in the event that the contractor fails to comply with any of the obligation(s) under his responsibility.

Although, in most of the state contracts, the contractors constitute the corresponding sole guarantee of compliance, this presents inconveniences at the moment of making it effective due to different circumstances.

In this sense, in order to determine that the sole guarantee of compliance is not fully effective within state contracts, a predominantly qualitative methodology will be adopted, but quantitative information will also be used through what is reported by the Federation of Insurers Colombianos, FASECOLDA, which will give an account of the application that in practice has had the sole guarantee of compliance in state contracts.

Thus, the essential and nature elements of the insurance contract will be analyzed at first, followed by the revision of the normative and jurisprudential instruments issued chronologically, which will allow to evidence its historical

evolution and, finally, the procedures will be established. legal and regulatory requirements to enforce the sole guarantee of compliance by public entities.

Keywords: unique performance guarantee, insurance contract, effectiveness, Council of State.

Introducción

La contratación pública es considerada una de las modalidades mediante las cuales se materializa el ejercicio de la gestión pública, en tanto se relaciona con la satisfacción del interés general; así mismo, constituye una de las formas de cumplir los cometidos estatales y hacer efectiva la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado.

De esta manera, la contratación estatal se convierte en un instrumento mediante el cual el Estado lleva a cabo sus tareas en beneficio del interés general orientado por los principios que rigen la función administrativa contenidos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política.

En la contratación estatal una de las partes que integra el acto jurídico, además de la entidad estatal de un lado, del otro extremo se encuentra el contratista, quien ante la celebración del acto jurídico se convierte en una de las partes del contrato con obligaciones derivadas del mismo, quien en el ejercicio de su actividad y desarrollo de tareas, cumple con los fines del Estado los cuales están asociados a la satisfacción del interés general para la correcta, eficiente y continua prestación de los servicios públicos. Su papel ya no se refiere exclusivamente a la obtención de utilidades como contraprestación de algunos servicios o bienes que sean entregados al Estado, sino que cumple una función social destinada a la realización de fines públicos.

En este contexto, las partes del contrato estatal deben propender porque las obligaciones contractuales se cumplan de forma estricta, adecuada y congruente con la necesidad de la entidad y atendiendo a la obligatoriedad de la prestación del servicio público que les compete, permitiendo que los recursos

económicos destinados estén salvaguardados en aras de culminar de forma correcta con la ejecución de los contratos.

Así las cosas, el legislador colombiano se ha concentrado en establecer instrumentos y mecanismos que permitan proteger el patrimonio público y cumplir de manera eficiente con los procesos de contratación pública. Para ello, y haciendo uso de instituciones del derecho privado, civil y comercial, la legislación ha adoptado en materia de contratación pública una serie de herramientas que permiten al Estado tener certeza que el proceso que acometen, llegue a buen destino a través de los diferentes sistemas de amparo de riesgos.

En este sentido, la Ley 80 de 1993, recogió los antecedentes legislativos en la materia para adoptar el seguro de cumplimiento, mediante una herramienta que denominó “Garantía Única” a través de la cual no sólo el Estado protege el uso adecuado de los recursos públicos, sino que garantiza la satisfacción del interés general a través de terceras personas que se denominan principalmente aseguradores.

Con este propósito, se reguló el régimen de las garantías, para lo cual se dispuso que el contratista está en la obligación de prestar garantía única para amparar la realización de la totalidad de los deberes establecidos contractualmente.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1072 de 2015 la garantía única de cumplimiento puede ser consignada en pólizas de seguros, garantías bancarias, fiducia mercantil de garantía o cartas de crédito

stand by y de manera excepcional, en alguno de los diferentes medios jurídicos idóneos que permitan a la entidad contratante contar con seguridad frente a las cargas que tendrá que cumplir el contratista durante su relación contractual.

De todas ellas, las pólizas de seguro han sido las garantías de más fácil acceso para los contratistas y respecto de la cual se asignaron unas condiciones legales, tales como: i) no dar por finalizado el contrato de manera automática del contrato de seguro ante la falta de pago de la prima, aspecto contenido en la Ley 45 de 1990 artículo 82 y que se mantiene para todos los demás seguros diferentes de los que amparan contratos de las entidades estatales, ii) la no expiración del contrato de seguro por revocatoria unilateral.

Sin embargo, la reglamentación sobre la materia no ha surtido los efectos deseados, en tanto que las entidades públicas en muy pocas ocasiones logran del ente asegurador obtener la indemnización ante la materialización del riesgo consistente en el incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista.

Aspectos como la configuración del siniestro, las partes del contrato de seguro y sus obligaciones, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, y el procedimiento legal para su efectividad, son aspectos que ni la Ley 1150 del 2007 ni sus decretos reglamentarios han dado respuesta en el sentido de impedir que el patrimonio de la entidad pública se vea comprometido sin que sea posible recuperar la sumas de dinero derivadas de los incumplimientos imputables al deudor por las obligaciones contractuales a su cargo.

En ese sentido, el desarrollo de esta investigación tendrá como objetivo determinar la eficacia de la garantía única de cumplimiento de los contratos

estatales a la luz del contrato de seguros y la normatividad vigente, para lo cual, se analizarán los elementos esenciales y de la naturaleza del contrato de seguro, seguido del análisis de los instrumentos normativos y jurisprudenciales que regulan el contrato de seguro y finalmente, se establecerán los procedimientos legales y reglamentarios para hacer efectivas las garantías por parte de las entidades públicas.

La presente investigación tiene un alcance no sólo descriptivo, sino explicativo, esto es, pretende dar respuesta a la razón de ser del objeto de estudio, las garantías, y explicar cómo su regulación presenta dificultades, las cuales se reflejan en la efectividad de las mismas con repercusiones respecto de los recursos públicos. Por esta razón, se adoptará un diseño metodológico que permita darle a la misma unos resultados que reflejen ser coherentes con el estado y situación actual de los instrumentos objeto de análisis, así como dotarla de un rigor científico válido.

De esta manera, la información con la que se contará como sustento será de carácter documental, revisando antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales, aun cuando los mismos no se encuentren vigentes, analizando la legislación actual no sólo desde el punto de vista de la normatividad destinada al sector público, o normas de derecho público, sino sus análogas en el derecho privado, concretamente en el derecho civil y mercantil, así como los análisis doctrinales que sobre las instituciones objeto de estudio se ha hecho por parte de un sector académico, para finalmente revisar las decisiones judiciales que las altas cortes dentro de su jurisprudencia han adoptado en torno a la institución que se analiza.

Su tipología involucra un primer aspecto de investigación histórica concentrada en determinar las normas que originan la institución y la manera como se encuentra hoy en día vigente desde un punto de vista crítico y en un contexto para la época en la que fueron expedidas, para arribar a una tipología teórica o conceptual; para lo cual se acudirá a fuentes de información en bases de datos de órganos judiciales como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, cuyas decisiones se encuentran recopiladas en sus respectivas relatorías y clasificadas con descriptores y restrictores que facilitan la búsqueda de la información por temas generales y limitando el margen de exploración a temas puntuales y específicos.

No se llevará a cabo análisis de campo o experimentos por cuanto el propósito principal es determinar si la norma a la manera como se encuentra vigente satisface las necesidades de la población general, cumple con los fines de la administración pública y satisface la prestación adecuada de servicios públicos para la comunidad.

El enfoque que se le pretende dar a esta investigación, involucra aspectos cuantitativos y cualitativos, valga decir que el enfoque es mixto. Respecto del alcancé cuantitativo, la investigación será de tipo evaluativo en la medida en que se realizarán juicios respecto del objeto de estudio, esto es, de la normatividad en materia de garantías, los que permitirán determinar la eficacia de la institución para el cumplimiento de los fines estatales. Asimismo, se acudirá a los informes de los últimos 5 años generados por la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA en los cuales se puede evidenciar el número de pólizas expedidas en favor de entidades estatales.

Sin embargo, también comparte aspectos de la investigación cualitativa, toda vez que a partir de la descripción de los instrumentos jurídicos objeto de estudio, se pretende generar unas bases conceptuales que permitan a la legislación posterior adecuar los instrumentos de cara a hacerlos más efectivos y evitar que muchos de los procesos contractuales que en materia sancionatoria que adelantan las entidades públicas para sancionar a los contratistas que incumplen las obligaciones contractuales a su cargo, puedan ser asumidos de una mejor forma por las compañías de seguros.

La información que se obtenga será analizada mediante estrategias de confrontación caracterización y categorización de la normatividad, lo cual supone como método de razonamiento deductivo, en tanto se parte de supuestos normativos generales y abstractos que serán analizados en casos específicos o hechos particulares para determinar la eficiencia de los mismos.

Finalmente, los resultados que se esperan obtener de esta investigación serán expuestos a la comunidad académica y jurídica respondiendo a la pregunta planteada desde el inicio, relacionada con la efectividad o no del régimen de garantías actual en materia de contratación estatal. No solamente se espera como producto de la investigación un informe final de la misma contenida en una tesis general, sino que la misma pueda ser socializada mediante instrumentos de publicación como revistas especializadas, artículos o foros de tipo académico.

EFICACIA DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Capítulo 1. El contrato de seguro en Colombia

1.1. Concepto y naturaleza del contrato de seguro.

El contrato de seguro ha estado presente a lo largo de la historia, mediante este, diferentes civilizaciones preservaron su actividad comercial y establecieron garantías para eventos ajenos a la voluntad de las personas en la vida civil, entre ellos se observan según Romero (1976) los sumerios, judíos, egipcios, romanos y en la edad media, los seguros fueron utilizados con fines comerciales y civiles de diferente índole.

Según Romero (1976) el contrato de seguros en Colombia se encuentra presente desde 1503 con la Casa de Contratación de Sevilla que implementó el seguro para los contratos civiles y comerciales de la época. Según el mismo autor, en 1787 se incluyeron castigos a los aseguradores que incumplían sus obligaciones.

Posteriormente, Colombia pasó por varios cambios legislativos y administrativos en donde poco a poco llegaron con ayuda del Congreso de la República y del Gobierno Nacional a la unificación de normas en el Código de Comercio del 16 de junio de 1971.

La naturaleza del contrato de seguros es indemnizatoria, pues busca subsanar el perjuicio materializado sin que ello pueda constituir para ninguna de las partes una fuente de enriquecimiento que adicionalmente, quebrantaría la

moral y se motivaría la ejecución de actuaciones dolosas. Así, conforme a lo indicado por Bernal (2007) el seguro es:

Un acuerdo de voluntades mediante el cual una persona natural o jurídica denominada asegurado entrega a una persona jurídica, exclusivamente, denominada asegurador, los riesgos a los cuales puede estar objeto su vida y sus bienes, para que este los cubra de las posibles pérdidas, daños o eventualidades que está expuesto (p.50).

De acuerdo con lo anterior, el seguro delega a una persona jurídica (en Colombia) para que asuma una parte o la totalidad de la pérdida que se materializa por el acaecimiento de una situación o suceso adverso que se presenta mientras el seguro se encuentra contratado entre las partes.

Para otro autor como Capitat (1961) el seguro es un contrato “por el cual un asegurador, mediante el pago de una prima o cotización, se obliga a pagar al asegurado o al beneficiario convenido una indemnización, capital o renta, en caso de producirse un riesgo determinado” (p. 505). De otro lado, el tratadista colombiano Ossa (1998) relaciona varios artículos del Código de Comercio vigente para definir al contrato de seguro como:

un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio (artículo 1036) en que intervienen como partes el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos (artículo 1037, ordinal 1) y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de un tercero, traslada los riesgos (artículos 1037, ordinal 2 y 1039), cuyos elementos esenciales son (artículo 1045) el interés asegurable (artículo 1083 y 1137), el riesgo asegurable (artículo 1054), la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador (artículo 1066) y

la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro (artículo 1072) y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal (p.2).

Adicionalmente refiere Palacios (2018) "el seguro es un contrato mediante el cual una persona jurídica, denominada asegurador, debidamente autorizada para ello, asume los riesgos que otra persona, natural o jurídica, le traslada a cambio de una prima" (p.4). Por su parte, Peña (2014) señala que:

Es el contrato mediante el cual una compañía de seguros (asegurador) debidamente autorizada, expide una póliza a un tomador (persona natural o jurídica), para asegurar o cubrir riesgos determinados y que genera principalmente dos obligaciones para las partes: para la compañía de seguros (asegurador), pagar la indemnización por la ocurrencia del siniestro y, para el tomador, pagar el costo o valor del seguro, que se denomina prima (p.310).

Estas definiciones permiten observar que sin importar que el contrato de seguro sea suscrito por personas naturales o jurídicas, como tampoco que el riesgo asegurado sea de carácter público o privado, esta tipología contractual goza de ciertas características que serán descritas a continuación.

1.2. Características del contrato de seguro.

Las características del contrato de seguro están consagradas de la siguiente manera en el artículo 1036 del Código de Comercio: "el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva".

La consensualidad radica en la disposición que tiene el asegurador de pagar cierta suma de dinero cuando un riesgo pasó a ser un perjuicio, según señala Palacios (2018) “por ser consensual, para que exista el seguro, basta el consentimiento de las partes, el acuerdo de voluntades, sin que requiera el pago previo de la prima ni la emisión de la póliza” (p.38).

Sin embargo, respecto a los contratos en donde las garantías se encuentran a favor de una entidad estatal, no se predica la consensualidad dado que, en el sector público la suscripción de los contratos está sujeto a la solemnidad establecida en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, el cual reza:

Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

Conforme a lo anterior, todos los contratos suscritos con entidades estatales deben ser solemnes para ser considerados como tales incluyendo así el contrato de seguro.

La segunda característica de este contrato es su bilateralidad, es decir que, deben existir mínimo dos partes para la firmeza del mismo, pues el artículo 864 del Código de Comercio ordena que:

El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta.

Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 1037 del Código de Comercio, las partes en el contrato de seguro corresponden a: el asegurador y el tomador, los cuales son descritos por la normatividad mencionada de la siguiente forma:

Son partes del contrato de seguro:

- 1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y
- 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos (Dec. 410, art. 1037, 1971).

Como se puede evidenciar, en el contrato de seguros siempre deben existir dos partes obligadas, el asegurador que se encarga de asegurar el riesgo y pagar los daños que se causan si se materializa el siniestro, como también el asegurado que se encarga de pagar la prima acordada, aunque es válido aclarar que puede existir un tercero beneficiario que reciba el valor asegurado.

Si bien el Código de Comercio no indica de manera expresa que el tercero beneficiario o contratante del seguro es considerado como parte, estos sí se encuentran contemplados en los artículos 1038 al 1041 como sujetos de obligaciones y posibles beneficiarios del contrato. De acuerdo con ello, la honorable Corte Constitucional indicó que:

Participan en el contrato de seguro, además de las partes; el asegurado, como titular del interés asegurable o asegurado, lo que supone que, en los seguros de daños, es la persona cuyo patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, con la ocurrencia de un riesgo y en los seguros de personas, aquel cuya vida o integridad corporal se ampara con el contrato de seguro; y el beneficiario, o sea la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada, quien puede o no identificarse con el tomador o el asegurado, o ser designado en la póliza o por la ley (CC, C-269/99, 1999, p.16).

El contrato de seguro es oneroso, pues ambas partes se obligan a obtener una contraprestación dineraria, sin embargo, es aleatorio porque mientras el asegurado se encuentra en la obligación de pagar la prima acordada en el contractualmente, el asegurador solamente se obliga una vez ocurrido el siniestro (Palacios, 2018) y por tal motivo, no es aplicable la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio que dispone:

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento

a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

En consecuencia, en los contratos aleatorios como el de seguros no existe la posibilidad de que las aseguradoras apelen a la imprevisión, por esto muchos doctrinantes afirman que no existe aleatoriedad en el contrato de seguros en el sentido de que antes de contratar con el asegurado, el asegurador calcula el riesgo y lo que está dispuesto a pagar en caso de que se materialice el siniestro.

Otra característica del contrato de seguro es la de ser de tracto sucesivo, ello quiere decir que las obligaciones de las partes son ejecutadas mes a mes con el pago de la prima pactada y manteniendo asegurado el riesgo, para Ossa (1991) “por ser de ejecución sucesiva, el contrato de seguro no admite la resolución por incumplimiento de las obligaciones o cargas que dé él derivan, como sucede con los contratos de ejecución instantánea, sino de terminación” (p.41). Así las cosas, debido a que constantemente se están cumpliendo las obligaciones no existe motivo por el cual resolver el contrato de manera intempestiva.

De manera adicional a las características consagradas en el Código de Comercio existen otras que han sido evidenciadas por la doctrina. Peña (2014)

resalta que, de acuerdo con la doctrina, el contrato de seguros tiene como características adicionales el ser de buena fe, de adhesión e *intuitus personae*.

Tratándose de la buena fe, el mismo autor señala que al igual que los demás contratos existentes en la legislación colombiana, el de seguros debe regirse por los postulados de la buena fe, sin embargo, en este tipo de contratos la buena fe toma mayor relevancia dado que la normatividad vigente establece de manera expresa las sanciones a las cuales están sometidas las partes por las actuaciones contrarias a la buena fe.

Frente a este punto, incluso la Corte Constitucional ha enfatizado a través de la sentencia T-086 de 2012, en la especial importancia del principio de buena fe en los contratos de seguros, aclarando que estos deben sujetarse en todo momento a la lealtad y honestidad recíproca por cuanto la buena fe “no sólo indica la manera como debe analizarse la conducta de las partes frente al cumplimiento de los deberes contractuales, sino también de algún modo la eficacia del mismo contrato” (p. 39).

Por su parte, la característica de ser un contrato de adhesión hace referencia a que por lo general las cláusulas del contrato de seguros son elaboradas por el asegurador y al tomador le corresponde decidir si contrata o no, de manera que, no son ambas partes quienes establecen las condiciones bajo las cuales se desarrollará el contrato, sino que son establecidas de manera unilateral por la compañía aseguradora.

Finalmente, el contrato de seguro es *intuitu personae* dado que la contratación se enmarca en la calidad de las partes y de las cosas a asegurar.

1.3. Elementos esenciales del contrato de seguros.

Como todo contrato, el de seguros posee unas características especiales que lo distinguen de otro tipo. Al respecto Romero (1976) señala que los contratos de seguros tienen como elementos esenciales el interés asegurable, el riesgo, la prima y la obligación condicional del asegurador.

El interés asegurable corresponde al motivo por el cual se realiza el contrato, es la cosa o la persona que debe ser asegurada, pues de no ser así implica una significativa pérdida para el asegurado o beneficiario, en consecuencia, el valor de este interés enmarca el valor del contrato y de la contra prestación a cargo del asegurador.

Según reseña Díaz (2015) el interés asegurable se constituye en primera medida para que no existan ganancias fortuitas que deformen el contrato, pues el objeto de este no consiste en obtener ganancias sino en mitigar pérdidas. Como segundo motivo por la cual existe el interés asegurable, se encuentra la de limitar razones oscuras por las cuales el tomador o asegurado pueda desear la ocurrencia del siniestro acarreando una acción moral y legalmente reprochable.

Así mismo, según el mismo autor, el interés asegurable tiene como finalidad evitar el esquema de apuestas a la hora de asegurar algo de lo que no se tiene interés por preservar y también evitar la creación de mercados secundarios como la transferencia del seguro a una persona que no tenga el mismo interés o que incluso, busque la materialización del siniestro.

El siguiente elemento mencionado es el riesgo, el cual es imprescindible para el contrato de seguro porque sin él, este pierde su objetivo. El riesgo se define como:

El suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento (Dec. 410, art. 1054, 1991).

De acuerdo con lo anterior, el riesgo es el hecho que puede suceder o no, que es ajeno a la voluntad de las partes y que además no es cierto (que se cumplirá incondicionalmente); es el suceso con el que se puede materializar el siniestro, entendido como “la realización del riesgo asegurado” (Dec. 410, art. 1072, 1991).

El siguiente elemento es denominado como la prima y se interpreta como la suma dineraria que las dos partes se obligan a entregar, uno mensualmente mientras que el otro al momento de suceder el siniestro, según la Corte Constitucional:

la prima o el precio del contrato de seguro (C.Co., art, 1045), comprende la suma por la cual el asegurador acepta el traslado de los riesgos para asumirlos e indemnizarlos en caso dado. En virtud de la obligación condicional, el asegurador asume el riesgo contratado por el tomador, mediante el pago de la prestación asegurada, sujeta la condición de

ocurrencia del siniestro, dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077 (C.Co., art. 1080). Dicho pago se traduce en una indemnización en los seguros de daños o en la cancelación de la suma asegurada en los seguros de personas (CC, C-269/99, 1999).

La obligación condicional del asegurador consiste en la contraprestación por la cual debe responder cuando ocurre el siniestro. Lo anterior, con el fin de mitigar los daños que se materializaron con la ocurrencia del siniestro y que debe ser garantizada todo el tiempo.

Debido a sus elementos y características, el contrato de seguros en Colombia se diferencia de otras instituciones jurídicas que también son utilizadas en la contratación estatal pero que posiblemente desnaturalizan su función e incluso, perjudican la protección del erario público como lo son la fianza o la carta de crédito.

La primera y clara diferencia entre la fianza y el contrato de seguro es su naturaleza, pues la fianza es de índole civil mientras que el contrato de seguro siempre ha sido de naturaleza comercial. Siguiendo a Arias (2021) la fianza:

Es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. No tiene por objeto «asegurar» y tampoco es una «especie de seguro». Como se vio, es un contrato diferente al contrato de seguro (p.114).

Como se observa entonces, el concepto al que se hace referencia, consta de tres partes que integran el negocio, debidamente identificadas con sus respectivas obligaciones. De un lado se trata de un acreedor que tiene el derecho que se deriva de una obligación principal, en tanto que existe otro denominado como deudor principal cuya obligación se encuentra a su cargo y de otra, hace referencia a una o más personas que responden por la obligación a cargo de ese deudor cuando este no la cumple, razón por la cual, el legislador la denominó como una obligación accesorio, en tanto depende del cumplimiento de una obligación principal.

En consecuencia, la fianza es una garantía con la cual una o más personas se obligan a cumplir en caso de que se genere un incumplimiento por parte del deudor, es decir, no tiene por objeto mitigar los daños causados por un siniestro sino el cumplimiento de la obligación principal, por lo que elementos como el interés asegurable o el riesgo se encuentran ausentes en esta garantía. Según la Corte Suprema de Justicia, las diferencias entre estas dos figuras son:

- a) la fianza puede ser gratuita u onerosa, mientras que el seguro es, siempre, oneroso,
- b) la aseguradora asume obligación propia, en cambio, la fianza involucra una obligación ajena,
- c) en el contrato de seguro, la aseguradora, frente al siniestro, bien puede optar por cancelar la indemnización o reponer la pérdida sufrida por el asegurado, mientras que en la fianza el fiador siempre debe satisfacer la obligación debida,

d) en la fianza existe el beneficio de excusión, mientras que el contrato de seguro no brinda esa prerrogativa al asegurador,

e) la fianza la puede extender, regularmente, cualquier persona, en cambio, el seguro debe expedirse por una entidad especializada como es una aseguradora,

f) las empresas aseguradoras, cualquier ramo en que operen, incluido, desde luego, el de cumplimiento, están bajo la vigilancia de la autoridad competente (...)

g) no existe la posibilidad que el acreedor o afianzado, reclame la sustitución o cambio del asegurador (afianzador), ante una eventual insolvencia; y,

h) el asegurador, ante el pago de la indemnización, a pesar de la subrogación que opera, no puede pretender que el responsable del daño le reconozca perjuicios, como sí acontece con el fiador (CSJ Sala de Casación Civil, 11001 310301619940321601, 2018, p.12).

Como se observa, al ser la fianza un contrato accesorio, las características de esta no son suficientes para abarcar la totalidad de los elementos poseídos por el contrato de seguros y aún más en la contratación estatal, donde debe existir un amplio abanico de riesgos a cubrir y unos montos económicos considerables que no pueden ser cubiertos por personas naturales una vez sucedido el siniestro.

En este orden de ideas, la fianza no puede ser utilizada en un contrato estatal, ya que al tratarse de recursos públicos y de que usualmente son sumas

económicamente altas, no pueden existir herramientas como el beneficio de excusión que consiste en:

Los fiadores o el contrato de fianza sí gozan del beneficio de excusión, en virtud del cual le pueden decir al acreedor de la obligación que cobre primero al deudor principal o que haga efectivas otras garantías antes que la fianza (Arias, 2021, p.115).

A su vez, no es posible que en la contratación estatal se emplee la fianza ya que por tratarse del erario público debe existir una entidad que supervise y regule el contrato, situación que en la fianza no se presenta, mientras que en el contrato de seguro es de carácter obligatorio.

Por su parte, la carta de crédito es utilizada como una herramienta para realizar el pago de un contrato cuando ya se haya observado que el mismo fue cumplido a cabalidad, según Rodríguez y Arias (2009):

En términos generales la carta de crédito es el convenio en virtud del cual un banco (banco emisor), obrando por cuenta propia o a petición de un cliente (el ordenante del crédito) y de conformidad con sus instrucciones, se obliga a efectuar un pago a un tercero (beneficiario) o autoriza a otro banco a efectuar dicho pago contra la presentación de los documentos exigidos dentro del tiempo límite especificado, siempre y cuando se hayan cumplido los términos y condiciones del crédito (p.5).

Por consiguiente, la carta de crédito es una garantía para el beneficiario del contrato con la cual se asegura el pago una vez cumplido con lo estipulado en las instrucciones, ello quiere decir que esta garantía no contempla un interés asegurable sino el cumplimiento de las cláusulas contractuales, tampoco

contempla un riesgo que pueda ser asegurado, pues si no se cumple el contrato simplemente no se realiza el pago de lo pactado y no se observa una prima ni una obligación condicional del asegurado por las mismas razones.

Las dos herramientas jurídicas anteriormente mencionadas no cumplen con las características del contrato de seguros y no se constituyen como garantía óptima para el Estado colombiano dentro de la contratación estatal dado que es complejo que una persona natural no regulada responda por la materialización de un siniestro cuando la suma económica sea cuantiosa como se suele ver en la contratación estatal y adicionalmente, dichas herramientas no contemplan un variado espectro de riesgos que durante la contratación estatal pueden ocurrir.

En consonancia con lo anterior, la fianza y la carta de crédito son herramientas que no cumplen con el fin contemplado por el Código de Comercio para el contrato de seguro y no constituyen una garantía para que el Estado colombiano pueda mitigar los daños que se causen por la ocurrencia de un siniestro ni obligan a las partes del contrato durante toda la ejecución del contrato estatal.

Así las cosas, resulta claro para el Estado que las figuras descritas no deben hacer parte de los métodos para constituir garantías o constituirse para reemplazar el contrato de seguro, pues ello implicaría que no existan los suficientes elementos jurídicos para abarcar el riesgo y el daño si este se materializa, sin embargo, podrían ser un buen complemento para el contrato de seguro si se estipulan en conjunto como lo podría ser la fianza en caso de ser excesivo el perjuicio a mitigar.

Capítulo 2. Instrumentos normativos, jurisprudenciales y reglamentarios del contrato de seguro

2.1. Evolución normativa sobre el contrato de seguro.

Sea lo primero señalar que el contrato de seguro es una figura creada por la legislación comercial. Así, se puede observar que el primer antecedente de este contrato se encuentra contenido en la Ley 68 de 1924, a través de la cual el Congreso de la República reguló el funcionamiento de las compañías de seguros estableciendo que estas serían vigiladas por la Superintendencia Bancaria existente en aquella época.

Posteriormente, con la Ley 105 de 1927 se mantuvo el sometimiento de las compañías de seguros a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y se ampliaron sus facultades en el sentido de que le correspondía a esta la aprobación de los estatutos y reglamentos de las compañías de seguros (artículo 2), así como la posesión y liquidación de dichas compañías cuando existiera un quebranto grande de su capital (artículo 27).

En 1958 un grupo de especialistas redactó lo que constituiría el título V del libro IV del Código de Comercio a través del cual se regula el contrato de seguros. No obstante, fue diez (10) años después, con la expedición de la Ley 16 de 1968, que el Congreso de la República facultó al entonces presidente Carlos Lleras Restrepo para conformar una comisión de expertos en materia mercantil que revisara el proyecto del Código de Comercio.

Dentro de la mencionada comisión de expertos, se conformó un subcomité de seguros al cual le correspondió analizar el proyecto elaborado en 1958. Así las cosas, una vez revisado todo el proyecto, el 8 de marzo de 1971 fueron

entregados al Gobierno Nacional todos los trabajos realizados por expertos sobre lo que hoy constituye el Código de Comercio.

De acuerdo con lo anterior, a través del Decreto 410 de 1971 se expide el Código de Comercio en cuyo título V del libro IV se regula el contrato de seguro, determinando en su texto original que “El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza” (artículo 1036).

Como se observa, inicialmente el contrato de seguro en el Decreto 410 de 1971 fue concebido como solemne y esa solemnidad se basaba en que el perfeccionamiento se daba una vez suscrita la póliza, pero posteriormente, con el artículo 1 de la Ley 389 de 1997 fue modificado el artículo 1036 del Código de Comercio indicando que “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

Así, se sustituyó la solemnidad por la consensualidad, pues según lo señala Palacios (2018) someter el perfeccionamiento del contrato de seguro a la suscripción de la póliza, daba lugar a dificultades que incluso llegaban a los estrados judiciales dado que con frecuencia antes de la suscripción de la póliza acontecía el siniestro, lo que acarreaba que el asegurador afirmara que el contrato no había sido perfeccionado y que, por lo tanto, no le era atribuible responsabilidad u obligación alguna.

Por el contrario, con la implementación del elemento consensual en el contrato de seguro, solo basta con el consentimiento y acuerdo de voluntades

entre las partes para su perfeccionamiento, de manera que, la suscripción de la póliza pasó a tener una función eminentemente probatoria.

El citado Título V del libro IV del Decreto 410 de 1971 ha tenido variadas modificaciones además de la ya referida con la Ley 89 de 1997, pues con anterioridad, a través de la Ley 45 de 1990 se modificó el término con el que cuenta el tomador del seguro para pagar la prima, cambiándolo de 10 días hábiles a un mes contabilizado desde la entrega de la póliza. Así mismo, a través del artículo 82 de la Ley 45 de 1990, se efectuó la modificación del artículo 1068 del Decreto 410 de 1971 estableciendo que la mora en el pago de la prima tiene como consecuencia que el contrato de seguro se termine automáticamente.

Otra característica resaltable de la regulación dada a través del Código de Comercio es que distingue entre los seguros de daños y los de personas, permitiendo dilucidar variadas características diferenciadoras de cada uno de ellos.

De acuerdo con lo indicado en los artículos 1083, 1091 y 1102, los seguros de daños recaen sobre todo interés de origen lícito cuya estimación pueda ser realizada en dinero y el valor a asegurar debe corresponder al valor real del bien, pues en caso de que el valor asegurado sea menor al valor real del bien, una vez se produzca el siniestro, el pago de la indemnización será el correspondiente al valor asegurado y, en caso de que el valor asegurado sea mayor al valor real del bien, se generará la nulidad del contrato y la retención del dinero pagado por concepto de prima cuando se evidencie que hubo intención de defraudar por parte del asegurado.

A su vez, los seguros de daños se dividen en reales y patrimoniales, siendo los reales aquellos que recaen tanto sobre los bienes muebles como sobre los bienes inmuebles y los patrimoniales, aquellos cuya finalidad es la de salvaguardar la integridad del patrimonio del asegurado.

Por su parte, en los seguros de personas “el valor del interés no tendrá otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes” (artículo 1138) y pueden asegurar todos los riesgos a los que se encuentran sometidos las personas en cuanto a su vida, salud e integridad física y/o mental.

Posteriormente, con el Decreto 1730 de 1991 se expide el primer Estatuto Orgánico del sistema Financiero con el cual se compiló la normatividad que para ese momento se encontraban vigentes y que regulaban la actividad de las entidades sometidas a vigilancia del Gobierno en cabeza de la Superintendencia Bancaria.

Adicionalmente, en la Constitución Política de 1991 se indicó que le corresponde al Congreso de la República “regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público” (art. 150).

Corolario a lo anterior, el numeral 24 del artículo 189 de la mencionada Constitución Política incluyó dentro de las funciones del Presidente de la República “ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público” y con el artículo 335 se fijó que dichas actividades

son consideradas como de interés público, por lo que su ejercicio está sometido a la autorización previa del Estado.

Por último, con la Ley 35 de 1993 se establecieron objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional regulara las actividades bursátiles y aseguradoras, materializado con la expedición del Decreto 663 de 1993 con el cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual se ha modificado por las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003.

2.2. Instrumentos normativos del contrato de seguro en el sector público.

Siendo el contrato estatal uno de los principales instrumentos a través del cual las entidades públicas cumplen con las funciones que les ha sido asignadas constitucionalmente y tratándose de una de las principales formas de actuación administrativa, el legislador ha sido consciente de la importancia que reviste para esos fines la adecuada ejecución de los mismos y la eficiente prestación del servicio público por parte del Estado.

De manera que, las garantías en la contratación estatal, no son ajenas a los fines del Estado ni a los principios de la función administrativa, consistentes en la satisfacción del interés general, el bienestar general, y la correcta prestación de los servicios públicos a su cargo. Al contrario, las garantías en la contratación estatal están destinadas, y esa ha sido la intención permanente del legislador en la historia legislativa nacional, en proteger cada uno de estos fines dentro del marco de los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política para que el particular que celebre contratos con cualquiera de las entidades estatales, ejecute sus obligaciones, en la forma como fueron pactadas

en el contrato, y con ello no sólo se garanticen los principios de la función administrativa, sino que además se proteja el patrimonio público.

Es claro que dentro de una relación comercial que se suscita entre una entidad pública y un particular, se encuentran implícitos, además de la protección de los recursos públicos cuya erogación le corresponde al ente estatal, los fines del Estado, los derechos de los administrados, y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, los cuales deben ser objeto de protección en su correcta ejecución, de cara a evitar que aquellas conductas que impidan la realización de estos fines, las cuales de llegar a presentarse deben ser superadas mediante mecanismos en los cuales la entidad pública esté a salvo por hechos que les serían imputables a su contraparte dentro del contrato estatal, esto es, frente a los particulares que fungen como contratistas y que tienen a su cargo el desarrollo del contrato estatal, la efectiva ejecución del mismo, y el estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

El primer antecedente del contrato de seguro en el sector público corresponde al artículo 4 de la Ley 54 de 1909, disposición normativa que no incluyó de manera directa la exigencia de suscribir un contrato de seguro como garantía de la ejecución del contrato estatal pero sí determinó que en todo contrato en el que participara el Estado debía incluirse una cláusula penal pecuniaria que salvaguardase el patrimonio público y a su vez, el interés general.

La constitución de la aludida garantía no involucraba la intervención de un tercero, es decir, un asegurador que respondiera por los perjuicios ocasionados por el contratista, sino que se limitaba únicamente a la suscripción de la cláusula penal en favor del Estado.

En 1938, el Congreso de la República expidió la Ley 225, mediante la cual se creó el seguro de manejo o de cumplimiento, cuyo propósito es el de “garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables” (artículo 2).

Es así como el artículo primero de la ley en mención, estableció una obligación a cargo del Gobierno a quien se le atribuyó la responsabilidad para que alguna o algunas de las compañías de seguros que funcionaran en Colombia pudieran dentro de su objeto social, establecer un producto denominado “seguro de manejo o de cumplimiento” e incluso señaló que en caso de que para ese momento no fuere posible que las compañías de seguros establecieran dicho producto, debía concretar acciones que condujeran a la creación de una sociedad anónima que se encargara de expedir seguros de esta naturaleza.

En contraste con la garantía que se establecía a través de la cláusula penal establecida en el artículo 4 de la Ley 54 de 1909, la Ley 225 de 1938 incluyó la intervención de un tercero (compañía aseguradora) encargada de responder por los perjuicios ocasionados al Estado derivados del incumplimiento por parte del contratista.

El Decreto 1348 de 1939 reglamentó la Ley 225 de 1938 y aclaró mediante el artículo 1º que el seguro de manejo o de cumplimiento debía ser constituido por medio de un contrato suscrito entre la Nación y una compañía aseguradora con la concurrencia del empleado cuyo manejo se estaba asegurando. Así mismo, con el artículo 5 se autorizó a la Nación a ejecutar las acciones

necesarias para obtener el reembolso de la cuantía que no cubriera el seguro cuando el perjuicio fuese superior al valor asegurado.

Era necesario que el legislador creara una institución de esta naturaleza, por cuanto se presentaban dificultades para la designación y posterior posesión de una persona en un cargo público, debido a la exigencia legal de responder con su propio pecunio por los daños al patrimonio y a las finanzas públicas que se pudieran ocasionar derivados de su conducta en el ejercicio del cargo.

Las exigencias legales resultaban tan excesivas, que en la práctica generaban que ninguna persona natural estuviera en capacidad de asumir con su propio patrimonio los eventuales daños que le pudiese ocasionar a la entidad pública, lo que le obligaba a acudir a instituciones del derecho privado como la fianza, a través de personas que se dedicaban profesionalmente a este tipo de negocio.

Más adelante, el artículo 70 del Decreto 222 de 1983 determinó que en todo contrato estatal debía pactarse la obligación del contratista de constituir garantías, las cuales pueden constituir en fianzas de bancos o de compañías de seguros. En caso de que el contratista se negare a constituir la garantía, la entidad contratante tenía la potestad de dar por terminado el contrato sin que hubiere lugar a ningún tipo de indemnización.

Con la Constitución Política de 1991 se determinó por intermedio del numeral 25 del artículo 150, que es obligación del Congreso de la República “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional” razón por la cual, fue solo con la expedición de la Ley 80 de 1993 que, en lugar de garantizar el cumplimiento de

las obligaciones establecidas en el contrato a través de fianzas de bancos, se determinó que las garantías para este tipo de contratos consistirían en pólizas emitidas por compañías de seguros.

Así, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993- creó la denominada garantía única de cumplimiento al indicar en su artículo 25, numeral 19 (hoy derogado por la Ley 1150 de 2007), que en virtud del principio de economía:

El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado.

Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

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

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

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas

del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada (L.80, art. 25, num.19, 1993).

Del anterior artículo se observa que la garantía única de cumplimiento debe ser otorgada por el proponente o contratista por medio de pólizas o garantías bancarias para respaldar la seriedad de la oferta o el cumplimiento de las obligaciones contractuales durante su vigencia y liquidación.

El artículo 32 de la Ley 1150 de 2017 derogó lo contenido en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 pero no eliminó del ordenamiento jurídico la garantía única de cumplimiento al hacer referencia a la misma en su artículo 7, estableciendo al igual que en la Ley 80 de 1993, que “los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos”.

Adicionalmente, este aparte normativo conservó lo indicado en la Ley 80 de 1993 en lo relativo a que las garantías consisten en pólizas emitidas por las compañías de seguros y en garantías bancarias, pero añadió que también podrían consistir en otros mecanismos de riesgos autorizados por el reglamento para cubrirlos. Así mismo, mantuvo la excepción en la obligación de constituir garantías en los contratos de empréstito, en los interadministrativos y en los de seguro, pero bajo la premisa de que el valor de estos debe ser inferior al 10% de la menor cuantía establecida en la mencionada ley, o en caso contrario, es

responsabilidad de la entidad establecer la necesidad de exigir la constitución de garantías en observancia del objeto y naturaleza del contrato.

Finalmente, el mencionado artículo ordena al Gobierno señalar los criterios que deben exigir las entidades públicas para la constitución de garantías, así como las clases y niveles de amparo y los casos en los cuales es procedente la división de la garantía atendiendo a la complejidad y características del contrato.

Es importante mencionar que la Ley 80 de 1993 ha sido reglamentada por variados Decretos como el 855 de 1994, 066 de 2008, y 734 de 2012, los cuales actualmente se encuentran derogados. No obstante, se encuentra vigente el Decreto 1510 de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”, y que a su vez fue compilado en el Decreto 1082 de 2015 – Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional.

A través del artículo 2.2.1.2.3.1.1 del mencionado Decreto se establece que las garantías en la contratación estatal deben cubrir el cumplimiento de las obligaciones del contratista en los siguientes eventos:

(i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título.

Así, tratándose de la presentación de las ofertas, es necesario que el proponente constituya en beneficio de la entidad estatal una garantía de seriedad

de la oferta correspondiente por lo menos al 10% del valor de la oferta y su vigencia debe iniciar desde la presentación de la oferta hasta el momento en que sea aprobada la garantía de cumplimiento del contrato.

Adicionalmente, el artículo 2.2.1.2.3.1.9 determina el valor de la garantía de seriedad de la oferta dependiendo del proceso o contrato en el cual participe el proponente.

Ahora bien, en cuanto a las garantías que deben ser constituidas en razón al contrato y su liquidación, el artículo 2.2.1.2.3.1.7 determina de la siguiente manera las eventualidades que deben ser cubiertas por la garantía única de cumplimiento:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo: En el caso de esta garantía, su vigencia no debe extenderse solo durante la ejecución del contrato sino hasta el momento de liquidación del mismo o en su defecto, hasta la amortización del anticipo. Su valor corresponde al 10% del determinado para el anticipo. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 la garantía “cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo”.
2. Devolución del pago anticipado: Al igual que la garantía indicada anteriormente, debe encontrarse vigente al momento de la liquidación contractual o si es el caso, al momento en que la entidad contratante verifique que el contratista cumplió con la totalidad de actividades estipuladas en el contrato respectivo o, al momento en que el contratista

entrega a la contratante los bienes o servicios sobre los cuales se realizó el pago anticipado.

En este caso, la garantía debe ser equivalente al 100% del dinero que fue pagado anticipadamente bien sea en dinero o en especie y cubre aquellos perjuicios causados a la entidad estatal cuando el contratista no realiza la devolución del dinero entregado por concepto de pago anticipado.

3. Cumplimiento del contrato: Esta garantía se relaciona con el artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto ya mencionado, en el que se reitera la obligatoriedad de que la garantía de cumplimiento se encuentre vigente hasta la liquidación del mismo e indica que el valor de esta debe corresponder por lo menos al 10% del valor contractual, sin embargo, si este supera un millón de Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, el mismo artículo fija el porcentaje que debe cubrir la garantía dependiendo del valor del contrato.
4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales: Es necesario que permanezca vigente por el tiempo que dure el contrato y tres (3) años más dado que los daños que pudieren causarse por parte del contratista como consecuencia de la inobservancia de deberes laborales en cabeza de este, originados en la contratación de personal que ejecuten sus labores dentro del territorio nacional con ocasión al contrato suscrito con la entidad estatal. Su valor debe corresponder al menos al 5% del valor del contrato y solo es exigible cuando la ejecución de este sea en territorio nacional.

5. Estabilidad y calidad de la obra: Esta garantía cubre los perjuicios que pudieren ser causados por el contratista como consecuencia del daño o deterioro de la obra entregada a la entidad estatal. Su valor debe ser establecido por la entidad estatal de conformidad con el objeto, obligaciones, naturaleza, cuantía y la vigencia contractual no puede ser inferior a 5 años, los cuales se contabilizan a partir de que la entidad contratante recibe la obra de manera satisfactoria.

No obstante, la entidad estatal se encuentra facultada para aceptar la garantía de estabilidad y calidad de la obra con una vigencia de menos de 5 años, únicamente si la mencionada determinación se soporta en una justificación técnica emitida por una persona experta en el tema sobre el cual versa el contrato. Por último, su vigencia debe ser de al menos un (1) año.

6. Calidad del servicio: corresponde a la entidad estatal determinar el valor acorde al objeto, naturaleza, cuantía y obligaciones contractuales, pero de manera adicional, también le corresponde a la entidad estatal fijar el plazo de esta garantía, cuyo propósito es cubrir a la entidad de los perjuicios causados por el contratista por la deficiencia en la calidad del servicio contratado y prestado.
7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes: para esta garantía la entidad estatal es quien determina tanto el valor como el plazo de conformidad con el objeto, naturaleza, cuantía, obligaciones contractuales, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.

De otro lado, frente a los riesgos derivados de la responsabilidad extracontractual, el artículo 2.2.1.2.3.1.5 del Decreto 1082 de 2015 ordena que únicamente es posible ampararla mediante un contrato de seguro y a su vez, el artículo 2.2.1.2.3.1.8 indica que este tipo de póliza se debe exigir por parte de la entidad estatal respectiva en los contratos de obra o cuando por la naturaleza u objeto contractual se considere necesario.

La póliza de responsabilidad civil extracontractual debe asegurar reclamaciones que emanen no solo de los hechos, actuaciones u omisiones del contratista sino también del subcontratista. Con todo y lo anterior, si el contratista o subcontratista cuenta con un seguro propio con identidad de objeto y entidad asegurada adquirido de manera previa, no es necesario que se otorgue una nueva póliza.

Por otra parte, conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.2 los oferentes o contratistas pueden otorgar tres clases de garantías, a saber: 1. Contrato de seguro contenido en una póliza. 2. patrimonio autónomo. 3. garantía bancaria.

En cuanto al contrato de seguro contenido en una póliza, este hace referencia a lo ya explicado anteriormente, los cuales deben ser independientes en cuanto a los riesgos y el valor asegurado, dado que la contratista solo puede reclamar la efectividad de la póliza que corresponda al perjuicio causado por el valor asegurado sin que se puedan acumular las garantías.

Respecto al patrimonio autónomo como garantía, este es aplicable al cubrimiento de los riesgos explicados con anterioridad excepto la responsabilidad civil extracontractual. Para ello, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.3.1, es necesario que el contrato de fiducia mercantil a través del cual se constituye el patrimonio autónomo incluya:

1. Que el fideicomitente sea el oferente, contratista o quien vaya a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y que la sociedad fiduciaria cuente con la debida autorización de la Superintendencia Financiera.
2. El beneficiario del patrimonio autónomo debe ser la entidad estatal contratante.
3. Corresponde a la sociedad fiduciaria adelantar las actuaciones necesarias para preservar los bienes fideicomitados o en su defecto, adelantar las actuaciones necesarias para que la conservación sea garantizada por quien tenga los bienes.
4. La sociedad fiduciaria debe velar porque la garantía sea idónea y suficiente, para lo cual debe realizar de manera periódica las valoraciones y avalúos correspondientes respecto de los bienes que integran el patrimonio autónomo.
5. En caso de que se presente una reducción del valor de mercado de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo, es deber de la sociedad fiduciaria notificar tanto a la entidad estatal como al fideicomitente dentro de los 3 días posteriores a que tenga noticia de dicha situación y deberá exigir al fideicomitente que reemplace o aumente los bienes para que estos sean suficientes para garantizar las obligaciones.

6. En caso de presentarse la situación anteriormente mencionada, el fideicomitente debe dentro de los 30 días siguientes a la petición realizada por la sociedad fiduciaria, reemplazar o aumentar los bienes objeto del fideicomiso. Para esto es necesario que también se establezca dentro de la fiducia mercantil el procedimiento a seguir para el correspondiente reemplazo, aumento o incorporación de los bienes.
7. El procedimiento a llevar a cabo en el evento en que se genere algún incumplimiento por parte del oferente o del contratista.
8. Las obligaciones a cargo de la sociedad fiduciaria.
9. El procedimiento para hacer efectiva la dación en pago de los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

Finalmente, en lo correspondiente a las garantías bancarias, estas son aceptadas para el cubrimiento de los riesgos explicados con anterioridad excepto la responsabilidad civil extracontractual. En sintonía con el artículo 2.2.1.2.3.4.1 las garantías bancarias y la carta de crédito stand by, pueden ser admitidas por la entidad estatal siempre que (i) sean expedidas por una entidad financiera que cuente con autorización de la Superintendencia Financiera, (ii) debe ser efectiva ante un primer requerimiento de la entidad estatal, (iii) debe ser irrevocable, (iv) debe ser suficiente en atención a los valores establecidos en cada tipo de garantía, (v) el garante debe renunciar al beneficio de excusión.

Como se observa de lo desarrollado hasta el momento en el presente capítulo, si bien la garantía única de cumplimiento toma elementos esenciales del contrato de seguros establecido en la normatividad comercial, esta también cuenta con otras características especiales que la diferencian notoriamente del régimen de garantías estipulado en el Código de Comercio.

De modo que, en lo referente a los tipos de contrato de seguros, se evidencia que en el ámbito comercial es posible diferenciar entre seguros de daños y de personas, mientras que en el ámbito de la contratación estatal no se cuenta con garantías para cubrir posibles perjuicios causados sobre la vida o integridad de las personas, pues lo que se busca principalmente es salvaguardar el patrimonio e interés público.

Adicionalmente, en la normatividad que regula el régimen de garantías del sector público se establece la obligación de constituir una garantía por cada una de las etapas contractuales que protejan los intereses de la entidad estatal contratante conforme a la fase de ejecución contractual en la que se encuentren las partes, situación que no se evidencia en la normatividad que regula el sector privado.

De otro lado, en lo que respecta al instrumento a través del cual se puede constituir la garantía única de cumplimiento se constata que esta cuenta con posibilidades más amplias que en el contrato de seguros establecidos en la normatividad comercial por cuanto en el primer caso es posible constituir la garantía por intermedio de póliza, patrimonio autónomo y garantía bancaria y en el segundo caso, solo se encuentra la posibilidad de la póliza.

Así mismo, el Consejo de Estado a través de radicación Nro. 25000-23-26-000-2001-00051-01(27505) del 24 de julio de 2013, destaca que la garantía única de cumplimiento está sometida a un régimen legal mixto de obligatorio cumplimiento para las partes y del cual se pueden extraer disposiciones propias del sector público que no tienen cabida en el sector privado regido exclusivamente por el Código de Comercio, como lo es la facultad de la

administración de declarar la ocurrencia del siniestro de manera autónoma, sin que sea necesario que presente una reclamación formal ante la aseguradora o le notifique la ocurrencia del siniestro, de manera que, no es posible que la entidad aseguradora que expidió la póliza no podrá presentar oposición que destruya el mérito ejecutivo del título como ocurre en el derecho privado.

Otra diferencia resaltada por el Consejo de Estado en la misma providencia, corresponde a que en el sector privado es necesario que además de la ocurrencia del siniestro, esto es el incumplimiento, el asegurado cuantifique la pérdida demostrando los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasionó, lo cual no se encuentra establecido para el sector público, pues allí basta con la declaratoria de ocurrencia del siniestro efectuada por la entidad pública correspondiente por medio de acto administrativo.

2.3. Instrumentos jurisprudenciales del contrato de seguro.

Con el objetivo de identificar la jurisprudencia relevante relacionada con la garantía única de cumplimiento se realizó la verificación en las páginas web de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Con relación a la Corte Constitucional, se consultó en su relatoría bajo el tema “garantía única de cumplimiento” arrojando un resultado de ocho (8) sentencias, las cuales, al hacer una revisión de las mismas, se evidenció que no estaban relacionadas con el tema objeto de estudio. En ese sentido, se realizó la verificación bajo el tema “contrato de seguros” con un resultado de 294 las cuales al ser revisadas se observa que para el tema objeto de investigación, solo trece (13) dado involucran aspectos asociados al estudio y que en este acápite serán objeto de análisis y referencia puntual.

Frente al Consejo de Estado y al ser este el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa se llevó a cabo la búsqueda en su relatoría con el término de “garantía única de cumplimiento” cuyo resultado arrojó un total de 45 sentencias, las cuales fueron revisadas de manera individualizada a fin de concretar aquellas que otorgaran un peso estructural en la jurisprudencia analizada.

A continuación, se relacionan las 45 sentencias analizadas donde doce (12) resultan pertinentes para ser desarrolladas en este capítulo dado que contienen importantes contribuciones al entendimiento de la garantía única de cumplimiento, tres (3) no se consideran pertinentes por estar basadas en legislación muy antigua, catorce (14) no se clasifican como pertinentes dado que no se relaciona directamente con el tema buscado, y dieciséis (16) se identifican como no pertinentes por reiterar la jurisprudencia explicada en las doce (12) sentencias que se explicarán en este capítulo:

Tabla 1 - Jurisprudencia del Consejo de Estado

Número de radicación	Fecha	Pertinencia	Razón de pertinencia
CE-SEC3-EXP1989N5253 - 5298	22/11/1989	No	Legislación muy antigua
CE-SEC-EXP2000-N16766	4/05/2000	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-2000-00014-01(21824)	25/09/2003	Sí	Competencia para conocer sobre la ejecución de la garantía única de cumplimiento.
25000-2331-000-1995-11430-01(16369)	13/05/2009	No	Reiteración de jurisprudencia
25000-23-26-000-1997-04167-01(20967)	22/10/2012	Sí	Finalidad de la garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-1997-14859-01(26369)	28/02/2013	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-1996-02446-01(22713)	17/04/2013	No	Legislación muy antigua
25000-23-26-000-1999-00715-01(24810)	22/05/2013	Sí	Término de efectividad de la garantía
25-000-23-26-000-1998-01361-01(26707)	31/05/2013	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento

EFICACIA DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Número de radicación	Fecha	Pertinencia	Razón de pertinencia
25000-23-26-000-2001-00051-01(27505)	24/07/2013	Sí	Vigencia de la garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-1999-00662-01(25742)	27/11/2013	Sí	Cuantificación del daño
25000-23-26-000-2001-02444-01(29214)	27/03/2014	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-2001-02301-01(29857)	27/03/2014	No	Reiteración de jurisprudencia
25000232600020030170501	27/03/2014	No	Reiteración de jurisprudencia
25000-23-26-000-2000-00297-01(28042)	13/11/2014	Sí	Potestad de la administración para declarar caducidad
25000-23-26-000-1999-02856-01(29906)	26/11/2014	Sí	Nulidad absoluta por desconocer principio de selección
25000-23-26-000-2003-00874-01(28278)	12/02/2015	Sí	Naturaleza de la garantía única de cumplimiento
44001-23-31-000-2003-00657-01(33395)	12/02/2015	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-1998-03068-01(29430)	5/03/2015	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-2000-01337-01(27882)	9/04/2015	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
50001-23-31-000-2008-00031-01(38600)	27/05/2015	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-1997-14396-01(28592) A	10/06/2015	Sí	Declaratoria de ocurrencia de siniestro ante instancias judiciales
76001-23-31-000-2005-02819-01(35354)	30/07/2015	No	Reiteración de jurisprudencia
25000-23-26-000-2003-01971-02(42294)	9/09/2015	No	Reiteración de jurisprudencia
05001-23-31-000-2006-02579-01(43324)	19/11/2015	Sí	Alcance de la garantía única de cumplimiento
25000-23-15-000-2002-01931-01(29471)	11/12/2015	No	Reiteración de jurisprudencia
08001-23-31-000-2002-02810-01(45943)	27/01/2016	No	Reiteración de jurisprudencia
05001-23-33-000-2016-02493-01(AC)	9/02/2017	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-2006-02130-01(37000)	29/03/2017	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
68001-23-33-000-2012-00322-01(52531)	3/08/2017	No	Legislación muy antigua
25000-23-26-000-2001-00218-01(30613)	29/11/2017	No	Reiteración de jurisprudencia
25000-23-26-000-2002-02056-02(37317)	2/08/2018	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-2006-01953-01(41236)	28/02/2019	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-26-000-2002-01217-01(36128)	11/04/2019	No	Reiteración de jurisprudencia
11001-03-26-000-2009-00047-00(36860)	14/06/2019	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento

Número de radicación	Fecha	Pertinencia	Razón de pertinencia
25000-23-26-000-2001-01377-02(33555)	28/08/2019	No	Reiteración de jurisprudencia
20001-23-33-000-2012-10143-02(59771)	28/08/2019	No	Reiteración de jurisprudencia
25000-23-26-000-2010-00512-01(46852)	28/02/2020	Sí	Debido proceso en actuaciones administrativas
08001-23-33-000-2012-00254-01(48945)	1/06/2020	No	Reiteración de jurisprudencia
25000-23-24-000-2008-00423-01	1/06/2020	No	Reiteración de jurisprudencia
25000-23-26-000-2012-00110-01(53272)	16/07/2021	No	No se relaciona directamente con garantía única de cumplimiento
25000-23-36-000-2015-00694-02(59378)	8/09/2021	No	Reiteración de jurisprudencia
76001-23-31-000-2007-00092-05(53479)	10/10/2021	Sí	Debido proceso en actuaciones administrativas
7300123310002011-00356-01	26/01/2022	No	Reiteración de jurisprudencia
68001233300020130040901 (67216)	11/05/2022	No	Reiteración de jurisprudencia

Fuente: Elaboración propia

Nota: la tabla muestra la totalidad de sentencias del Consejo de Estado analizadas para ser desarrolladas en el presente capítulo.

2.3.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Uno de los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de los cuales se estudió el contrato de seguros en Colombia, es la sentencia C-154 de 1996 al ser demandado el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en el cual se establece que en virtud del principio de economía el contratista debe prestar garantía única a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato y consistentes en pólizas o garantías bancarias.

Conforme a lo indicado por la accionante, la normatividad en mención vulnera el principio de igualdad al establecer privilegios injustificados para los bancos y compañías aseguradoras dado que, según la norma acusada, estas son las únicas facultadas para expedir pólizas y garantías bancarias, sin

embargo, a juicio de la accionante otro tipo de compañías como las cooperativas, entidades fiduciarias o incluso, las personas naturales podrían otorgar la garantía única de cumplimiento establecida en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente, consideró que este aparte normativo viola el derecho al trabajo de todos aquellos contratistas que no cuenten con los recursos necesarios para allegar la respectiva garantía única, lo cual limita la posibilidad de que estos utilicen sus propiedades como garantía para el cumplimiento de sus obligaciones dentro del contrato estatal.

Frente a los cargos enunciados, la Corte Constitucional determinó que en el caso bajo estudio no se está bajo una violación del principio de igualdad teniendo en cuenta que la diferenciación que se realiza para el otorgamiento de la garantía única de cumplimiento no es arbitraria considerando que la finalidad de esta es garantizar los intereses estatales.

Así pues, a consideración de la Corte la norma acusada cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar el grado de igualdad en una situación dada.

En ese contexto, la indicación de que la póliza y la garantía bancaria solamente puede ser otorgada por las compañías de seguros y los bancos, encuentra su justificación en que la garantía única de cumplimiento debe contar con un grado de confiabilidad alto que no puede ser proporcionado por cualquier por cualquier persona ya que la solidez y capacidad patrimonial de estas entidades satisfacen la finalidad de la exigencia de otorgar la garantía única de cumplimiento. Conforme a ello, según lo indicó la Corte:

No puede admitirse, invocando el principio de igualdad, que cualquier interesado esté en condiciones de asumir el amparo de riesgos, generalmente muy cuantiosos, sin poseer un respaldo patrimonial y técnico suficientes, y la idoneidad profesional que surge como resultado de la especialización en el manejo de tales riesgos. La actividad que cumplen los bancos y las aseguradoras en materia de garantías de riesgos, trasciende el ámbito meramente particular y privado de las relaciones contractuales entre garantes y asegurados, hasta el punto de que el Constituyente ha considerado dicha actividad como de interés público y la ha sometido, por tal motivo, a la inspección, control y vigilancia del Estado (CC, C-154/96, 1996).

Ahora bien, en relación con la vulneración del derecho al trabajo alegada por la accionante, el máximo tribunal constitucional indicó que la limitación que pudiere existir en este caso obedece a la necesidad de salvaguardar los intereses estatales en la suscripción de contratos, para lo cual es necesario establecer las garantías que el legislador estime convenientes para proteger tales intereses, los cuales a vez priman sobre los particulares incluso en lo relacionado al derecho al trabajo.

Así pues, en la mencionada Sentencia C-154 de 1996 se declaró la exequibilidad del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 890 de 1993 al considerar que este se encuentra ajustado a lo establecido en la Constitución Política, conforme a los argumentos esbozados en líneas precedentes.

Por otra parte, La Ley 35 de 1993 ya mencionada con anterioridad, fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, la cual fue resuelta por la Corte

Constitucional en sentencia C-675 de 1998, declarando la exequibilidad del cargo general planteado por el demandante, quien consideró que dicha ley vulnera varias disposiciones de la Constitución Política en el sentido de que esta señala objetivos y criterios para regular, intervenir, inspeccionar, vigilar y controlar la actividad aseguradora, financiera y bursátil, los cuales, a juicio del demandante no pueden ser regulados en su conjunto por una sola ley, pues cada una de estas actividades trae consigo un contenido diferente y por lo tanto, requiere un tratamiento legislativo diverso.

No obstante, en esa oportunidad la Corte aclaró que, si bien la regulación, intervención, inspección, vigilancia y control son actividades conceptualmente diferentes, la Constitución Política no estableció que su desarrollo normativo deba ser realizado de manera autónoma e independiente. Por el contrario, partiendo del principio de unidad de materia y de que la ley no haya establecido la obligatoriedad de regular estas actividades a través de una ley orgánica o estatutaria, es totalmente posible y constitucional que con una ley ordinaria como la 35 de 1993 se hayan fijado los objetivos y criterios para la regulación de la actividad aseguradora, financiera y bursátil.

En relación con lo anterior, a través de la sentencia C-269 de 1999 la Corte constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 82 de la Ley 45 de 1990, el cual establece que la mora en el pago de la prima acarrea que el contrato de seguro se termine automáticamente.

En esa ocasión, la accionante consideraba que el mencionado artículo vulneraba el derecho a la igualdad y debido proceso, por cuanto en la normatividad anterior contenida en el artículo 1068 del código de Comercio, se

establecía igualmente la terminación del contrato de seguro ante la ausencia del pago de la prima por parte del tomador, pero dicha terminación solo surtía efecto una vez notificado este por parte del asegurador. Contrario sensu, a juicio de la demandante el artículo 82 de la Ley 45 de 1990 con la cual se modificó el artículo 1068 del Decreto 410 de 1971, al eliminar la obligatoriedad de notificación al tomador se establece una desventaja de este frente al asegurador dado que le impide adelantar las acciones correspondientes para ejercer su defensa y proteger el patrimonio por intermedio del contrato de seguro.

Con respecto a los cargos expuestos por la accionante, la Corte constitucional determinó que en la norma demandada no se evidencia contrariedad alguna a los derechos del tomador, por cuanto el contrato de seguro tiene entre otras, las características de ser bilateral y oneroso, respecto de las cuales está envuelta la condición resolutoria tácita y por lo tanto, el asegurador se encuentra facultado para terminar el contrato ante el incumplimiento de una de las obligaciones del tomador como lo es pagar la prima.

De igual forma, la Corte precisó que el no pago de la prima por parte del tomador trasgrede el principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución, lo que además imposibilita la ejecución de todas las obligaciones contraídas de forma recíproca, de manera que, la terminación automática del contrato de seguro proviene de una omisión que es imputable de manera exclusiva al tomador.

Por último, frente al principio de igualdad que consideró vulnerado la accionante, el máximo tribunal constitucional aclaró que precisamente en aras de salvaguardar dicho principio, el artículo 82 de la Ley 45 de 1990 determinó la

terminación automática ante la ausencia del pago de la prima, pues en el contrato de seguro el asegurador asume el riesgo de manera previa a la contraprestación que debe recibir, es decir, antes del pago de la prima, por lo que al generarse la terminación del contrato ante la omisión mencionada por parte del tomador, se salvaguarda el equilibrio contractual y la igualdad entre las partes puesto que genera seguridad jurídica en cuanto a la ejecución efectiva y recíproca de las obligaciones provenientes del contrato de seguro.

De otro lado, la Corte Constitucional también ha estudiado en repetidas ocasiones la procedencia de la acción de tutela contra las compañías aseguradoras. Al respecto, a través de la sentencia T-517 de 2006, señaló que, dada la situación de indefensión de los particulares frente a las compañías aseguradoras, es procedentes que estos instauren la correspondiente acción de tutela para garantizar la protección de sus derechos fundamentales.

Así mismo, en la mencionada sentencia el alto tribunal estudió los límites a la libertad contractual aplicables a las compañías aseguradoras en razón a que estas, aunque están sometidas al derecho civil y comercial, desarrollan actividades declaradas por la Constitución Política como de interés público, es decir que su actividad debe propender por el bienestar general o el bien común y no limitarse únicamente a satisfacer intereses netamente patrimoniales.

En ese sentido, cuando se presente controversia entre la libertad contractual de las compañías aseguradoras con la protección de los derechos fundamentales de los particulares, deben primar estos últimos, teniendo en cuenta que además el interés público también implica amparar a la parte que se hallare en una situación de indefensión o que sea más débil.

De acuerdo con lo anterior y según lo manifestado por la Corte, las compañías aseguradoras no pueden negarse a expedir pólizas sin la debida justificación, la cual no puede corresponder de manera exclusiva a la libertad de contratación que ostentan ya que la discrecionalidad para la expedición de las pólizas no es absoluta cuando se involucra una actividad de interés público, pues llevar a cabo dichas prácticas constituyen un abuso a la posición dominante de la aseguradora.

Si bien desde hace varios años la Corte Constitucional determinó la imposibilidad del abuso de la posición dominante y la necesidad de equilibrar la libertad de contratación de las compañías aseguradoras con los derechos fundamentales de los particulares, son reiteradas las acciones de tutela presentadas por estos últimos para garantizar el cumplimiento de dicha preceptiva. Tal es el caso de las sentencias T-086 de 2012, T-309A de 2019, T-720 de 2013, T-902 de 2013, T-058 de 2014, T-0670 de 2016, T-240 de 2016, T-400 de 2017, T-071 de 2017, T-481 de 2017, T-591 de 2017, T-132 de 2020, entre otras.

2.3.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado

Uno de los primeros pronunciamientos del Consejo de Estado relacionado con la garantía única de cumplimiento, corresponde a la Sentencia con Radicación Nro. 25000-23-26-000-2000-00014-01(21824) del 25 de septiembre de 2003, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación presentado por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A en oposición a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien libró mandamiento de pago en su contra en favor del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

Lo anterior, considerando que a través de acto administrativo la Secretaría de obras Públicas resolvió hacer efectiva la póliza de estabilidad de la obra ante el incumplimiento de la firma José Gregorio Cortés y Cía Ltda. G. J. C, con quien la mencionada entidad pública suscribió un contrato de prestación de servicios para el mantenimiento de algunas vías de la ciudad de Bogotá.

Como fundamento para el recurso de apelación, la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A alegó la inexistencia del título ejecutivo considerando que en el contrato de prestación de servicios se estableció que frente al incumplimiento del contratista, era necesario que la Secretaría de Obras Públicas requiriera a la firma José Gregorio Cortés y Cía Ltda. G. J. C para que esta asumiera dentro de los 10 días siguientes, el pago del 30% del valor del contrato, el cual corresponde a la suma pactada para efectos de la póliza de estabilidad de la obra y; en caso de que esta no procediera con el pago, la entidad contratante debía requerir a la compañía aseguradora para que esta asumiera dentro de los 30 días siguientes el pago de la mencionada póliza.

Con base en lo anterior, teniendo en cuenta que la entidad contratante no llevó a cabo las acciones indicadas anteriormente, la compañía aseguradora consideró que para ese momento la obligación no era exigible dado que en el contrato se estableció un plazo y condición para la exigibilidad de la garantía única de cumplimiento.

Sin embargo, contrario a lo manifestado por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A, el Consejo de Estado declaró la existencia del título ejecutivo en consideración a que el acto administrativo con el cual la entidad pública reconoció el acaecimiento del siniestro amparado en la póliza de

estabilidad de la obra se encontraba en firme y contenía una obligación clara, expresa y exigible ante la compañía aseguradora.

Así las cosas, en la mencionada sentencia el Consejo de estado resaltó que, si bien en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes se estableció que la entidad pública debía requerir el pago en primer lugar al contratista y ante la ausencia de pago de este, recurrir a la compañía aseguradora, ello no constituye una condición frente al momento de exigibilidad de la obligación de dicha compañía de proceder con el pago una vez materializado el siniestro, sino que corresponde a la posibilidad de que el contratista extinga la obligación realizando el pago del valor asegurado.

De esta manera, la póliza contentiva de la garantía constituye junto con el acto administrativo a través del cual se ordenó hacerla efectiva, un título ejecutivo exigible que no está sujeto al cumplimiento de trámites adicionales no establecidos normativamente, pues conforme al artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, vigente para ese momento, los actos administrativos cobran firmeza por sí mismos y otorgan a la entidad que los expidió, la posibilidad de ejecutarlos de forma inmediata, considerando que además los actos administrativos se encuentran cobijados por la presunción de legalidad y veracidad, por lo que estando en firme la declaratoria de la concreción del siniestro se configura jurídicamente una obligación clara, expresa y exigible.

Así las cosas, en esa oportunidad el Consejo de Estado confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es decir, el mandamiento de pago por el valor de la póliza de estabilidad de la obra.

Por otra parte, se encuentra la Sentencia con Radicación Nro. 25000-23-26-000-1997-04167- 01(20967) del 22 de octubre de 2012 con la cual Latinoamericana de Seguros S.A buscó a través de recurso de apelación que el Consejo de Estado declarara la nulidad de la resolución expedida por la Comisión Nacional de Televisión, que decidió declarar el incumplimiento de dos contratos de concesión celebrados entre el Instituto Nacional de Radio y Televisión “Inravisión” y la empresa Gabriel Ortiz “Gos Televisión Compañía S. EN C” y por lo tanto, hacer efectiva la garantía única de cumplimiento en favor de la entidad pública.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en virtud de los contratos de concesión el contratista debía constituir las correspondientes garantías únicas de cumplimiento, las cuales fueron emitidas por Latinoamericana de Seguros S.A pero una de ellas fue rechazada por Inravisión dado que no cumplía con los requisitos de plazo, siendo necesario gestionar otra, sin embargo, el contratista no gestionó la generación de una nueva póliza contentiva de la garantía de cumplimiento.

En adición, la compañía aseguradora apelante consideró que la Comisión Nacional de Televisión no se encontraba legitimada para hacer efectivas las garantías constituidas por cuanto no registraba en las pólizas como asegurada o beneficiaria, pues los contratos fueron firmados con Inravisión, quien posteriormente cedió estos a la Comisión Nacional de Televisión sin haber solicitado a la compañía aseguradora la modificación de la parte asegurada y por lo tanto, el traslado del interés asegurado a la entidad cedida.

En ese sentido, a juicio de la compañía aseguradora las pólizas se encontraban extintas al no haberse realizado el correspondiente traslado y el reconocimiento del mismo por parte de la aseguradora, en cumplimiento de lo consagrado en el artículo 1107 del Código de Comercio.

Frente al problema jurídico formulado en esa oportunidad, el Consejo de Estado resolvió confirmar la sentencia de primera instancia que desatendió las pretensiones del extremo demandante atendiendo a que la finalidad de la garantía única de cumplimiento es proteger el patrimonio público, es decir, el patrimonio estatal cuya protección inicialmente fue ejercida por Inravisión con el otorgamiento de la póliza y posteriormente, por la Comisión Nacional de Televisión, pues al haberse celebrado la cesión del contrato de la forma prevista en la Ley, la primera entidad en mención transfirió a la segunda el contrato de concesión en su conjunto, incluyendo las garantías constituidas a favor del Estado, de forma que, el interés asegurado persistió en cabeza de la Comisión Nacional de Televisión.

De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado expuso en cuanto a la modificación de la póliza en favor de la entidad cedida y la aceptación por parte de la compañía aseguradora, que tal figura es innecesaria al no estar prevista de manera específica para la garantía única de cumplimiento sino para los contratos de seguros suscritos en el sector privado y regidos por el Código de Comercio.

Por último, en lo relacionado con la falta de aceptación de una de las pólizas por parte de la entidad estatal contratante, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo resaltó que se debe diferenciar entre el momento en que la garantía única de cumplimiento se perfecciona y la aceptación de la

misma, por cuanto en el primer caso corresponde al acuerdo de voluntades (consensualidad) y en el segundo, aun cuando no se cuente con la aprobación de la entidad asegurada y se ejecute el contrato, como sucedió en el caso bajo estudio, la entidad se encuentra facultada para hacer efectiva la garantía, pues lo cierto es que esta se expidió con sujeción a los elementos constitutivos del contrato de seguros y por lo tanto, surte plenos efectos jurídicos.

En ese orden de criterios, el Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte apelante.

Por otro lado, a través de la Sentencia con Radicación Nro. 25000-23-26-000-1999-00715-01(24810) del 22 de mayo de 2013 se estudió el término con el que cuentan las entidades públicas para declarar la ocurrencia del siniestro y por lo tanto, hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.

Al respecto, con la sentencia en cita se resolvió el recurso de apelación radicado por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A dentro de la acción de controversias contractuales en contra de la Unidad Administrativa Especial Liquidadora de Asuntos del Instituto de Crédito Territorial – ICT, con fundamento en que esta última declaró a través de resolución el incumplimiento contractual por parte de la Asociación Comunitaria de Integración – ACIP y ordenó hacer efectiva la garantía única de cumplimiento otorgada por MAPFRE.

En este caso, la aseguradora apelante solicitó la declaratoria de nulidad de la mencionada resolución, bajo el entendido que para el momento en que ICT la expidió no contaba con la competencia para declarar el incumplimiento, pues ello se llevó a cabo por fuera de la vigencia del seguro y en consecuencia, el

término con el que contaba la entidad demandada ya había expirado para la fecha en que declaró el incumplimiento.

Frente a dicha situación, el Consejo de Estado puntualizó que el término con el que cuenta la Administración para la declaratoria del siniestro es de dos (2) años “contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo” (p. 25).

Sin embargo, es importante aclarar que, conforme a lo indicado en la sentencia bajo estudio, se debe diferenciar entre la vigencia de la póliza y el término de prescripción para declarar ocurrido el siniestro, entendiendo que en lo que respecta a la vigencia de la garantía relacionada con la obligación de la entidad aseguradora de indemnizar los daños, es necesario que el siniestro se produzca dentro de la vigencia establecida en la póliza para el cubrimiento del riesgo, contando la Administración con dos (2) años para declarar su ocurrencia, empero, siempre y cuando el siniestro se hubiese materializado dentro del término y vigencia de la póliza o de lo contrario, no habrá lugar a indemnización aun cuando la respectiva entidad pública declare el siniestro dentro del término de prescripción con el que cuenta. Así, en palabras del Consejo de Estado (2013):

Uno es el término de vigencia de la póliza que atañe a la ocurrencia del siniestro, y, por consiguiente, a la responsabilidad de la aseguradora, y, otro el término con que cuenta la Administración para la expedición del acto administrativo mediante el cual, previa verificación fáctica y confrontación jurídica a la luz de las estipulaciones contractuales y del marco legal en cada caso aplicable declara el incumplimiento (siniestro

garantizado) y procede a ordenar la efectividad de la garantía conferida para dicho evento.

En consecuencia, el hecho del incumplimiento, (siniestro) no su declaratoria, debe darse dentro del término de vigencia de la póliza. Es claro que la firmeza del acto administrativo que declara el incumplimiento (realización del riesgo) y ordena hacer efectiva la garantía otorgada para tal efecto, debe surtirse dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro (p. 32).

Para el caso en concreto, se tiene que la entidad pública tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro dentro de la vigencia de la póliza, esto es, el 6 de diciembre de 1995 pero solo lo declaró a través de acto administrativo el 24 de febrero de 1998, es decir, con posterioridad al término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, razón por la cual, perdió el derecho a la indemnización contenida en la póliza.

En tal sentido, Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución a través de la cual se declaró el acaecimiento del siniestro, dada la carencia de competencia temporal por parte de ICT para efectuar tal pronunciamiento.

Otra de las sentencias relevantes del Consejo de Estado corresponde a la contenida en Radicación Nro. 25000-23-26-000-2001-00051-01(27505) del 24 de julio de 2013 al conocer de la apelación interpuesta dentro de una acción contractual entre Liberty Seguros S.A, Solel Boneh International Ltd y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

La síntesis de los hechos corresponde a que la CAR de Cundinamarca suscribió un contrato de obra con la sociedad Solel Boneh International Ltd para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales del municipio de Funza, Cundinamarca, de la cual se llevó a cabo la entrega de manera satisfactoria dentro del tiempo establecido contractualmente y se formalizó a través de prórroga la constitución de una estación de bombeo complementaria a las establecidas inicialmente en el contrato.

Posteriormente, y si bien las partes suscribieron acta de liquidación final de la obra, la CAR de Cundinamarca por intermedio de Resolución declaró el siniestro de estabilidad de la obra y ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento otorgada a su favor en Liberty Seguros S.A, ante lo cual el contratista solicitó la declaratoria de nulidad de la mencionada resolución, con fundamento en que bajo su criterio la CAR erró al considerar que la deficiencia en el funcionamiento de los equipos suministrados por el contratista se encuentra amparada por la garantía de estabilidad de la obra dado que estos corresponden a riesgos autónomos y diferentes.

Adicionalmente, Liberty Seguros S.A coadyuvó la afirmación del contratista agregando que con anterioridad al otorgamiento de la póliza de seguros la maquinaria mostraba defectos en su funcionamiento y el tomador omitió informar a la aseguradora el estado del riesgo a asegurar, aunado a que en el acta de liquidación del contrato de obra las partes declararon quedar a paz y salvo por todo concepto.

Con fundamento en las pruebas obrantes dentro del proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió negar las pretensiones del extremo

demandante dado que encontró ajustada a derecho la resolución que declaró la ocurrencia del siniestro, pues la Administración basó su decisión en los hechos acontecidos dentro de la ejecución del contrato de obra y desestimó el razonamiento de la parte actora relacionado con la falta de indicación del estado del riesgo, teniendo en cuenta que dentro de la póliza se estableció de manera clara que el objeto de la misma era garantizar el cumplimiento del contrato suscrito entre la CAR de Cundinamarca y la sociedad Solel Boneh International Ltd.

Conocido el aludido fallo por las partes, Liberty Seguros S. A y la sociedad Solel Boneh International Ltd. Interpusieron recurso de apelación reiterando las consideraciones ya mencionadas, frente a las cuales el Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia al hallar probado que el defecto en la maquinaria y equipos de la planta de tratamiento de aguas estaba cubierto por la póliza de estabilidad de la obra, por cuanto en la misma no se realizó diferenciación entre la estabilidad de la obra relacionada con la estructura y edificación y la estabilidad de la obra relacionada con maquinaria y equipos, sino que por el contrario, en el objeto de la garantía se determinó que esta se encaminaba a garantizar la estabilidad de la obra de la planta de tratamiento de aguas residuales junto con sus obras complementarias del municipio de Funza, Cundinamarca.

De manera que, al encontrarse enmarcados los equipos y maquinarias dentro de la obra de la planta, se concluye que las fallas o daños que se pudieren presentar en estos estaban amparados por la garantía de estabilidad de la obra constituida en favor de la CAR de Cundinamarca, máxime cuando dichas fallas

ocasionaron la imposibilidad de poner en marcha la planta de tratamiento de aguas residuales y cuando no se probó dentro del proceso que, en efecto, la maquinaria y equipos presentarían fallas antes del otorgamiento de la póliza.

Así pues, con la mencionada Sentencia el Consejo de Estado puntualizó en la facultad atribuida por el artículo 1056 del Código de Comercio a las compañías aseguradoras para hacerse cargo de los riesgos que considere que puede soportar y decidir con base en ello si expide o no la póliza respectiva, por lo que no es permitido que pretendan replantear la cobertura del riesgo invocando términos y condiciones que no le fueron informadas al tomador al momento de constituir la garantía teniendo entonces que proceder con la indemnización conforme a lo estipulado en la póliza una vez ocurrido el siniestro.

Como último criterio para decidir sobre el recurso de apelación, el Consejo de Estado tuvo en cuenta que contrario a lo manifestado por la parte accionante, si bien el contrato de obra ya se encontraba liquidado y se realizó la entrega a satisfacción de la obra, las garantías permanecen vigentes aun cuando el negocio jurídico hubiese sido liquidado considerando que precisamente el siniestro relacionado con la estabilidad de la obra solo puede ser evidenciado con posterioridad a la entrega de la misma, de forma que se configura una responsabilidad postcontractual que debe ser soportada en las garantías respectivas.

Con la Sentencia del 27 de noviembre de 2013 bajo Radicado Nro. 25000-23-26-000-1999-00662-01(25742) dentro de la controversia contractual suscitada entre MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores el Consejo de Estado

realizó importantes precisiones frente a la facultad de las entidades públicas para cuantificar el daño ocasionado por la materialización del siniestro.

En este caso, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A como aseguradora que emitió la póliza de seguro por concepto de estabilidad de la obra y calidad del servicio dentro del contrato suscrito entre la mencionada entidad estatal y el señor Mario Cuellar Gaviria, argumentó que previa la declaratoria de ocurrencia del siniestro por parte del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se le informó como costo de las reparaciones a efectuar en la obra entregada por el contratista la suma de \$31'892.074, basado en un informe realizado por la firma CONCONCRETO S.A.

No obstante, la Resolución por medio de la cual se declaró el siniestro tuvo en cuenta un nuevo monto de reparaciones establecido en un informe técnico que no fue conocido por la aseguradora. Asimismo, resaltó que de acuerdo con este informe el costo previsto para efectuar las reparaciones excede el monto asegurado.

Frente a esta circunstancia, el Consejo de Estado clarificó que las entidades públicas están facultadas para declarar mediante acto administrativo la realización del siniestro y la cuantificación del daño correspondiente. Sin embargo, tal cuantificación no puede obedecer a meras suposiciones sobre los daños sufridos, pues la normatividad vigente exige a las entidades que motiven los actos administrativos expedidos, so pena de incurrir en falsa motivación. Conforme a ello, el acto administrativo con el cual se declara el siniestro y se ordena hacer efectiva la garantía única de cumplimiento debe contener la

fundamentación fáctica y jurídica que dé cuenta de la efectiva ocurrencia del siniestro, situación que no ocurrió en el caso estudiado.

Así las cosas, en esta ocasión se evidenció que el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores expidió un acto administrativo falsamente motivado por cuanto no señaló los supuestos fácticos que permitieran determinar de manera concreta el acaecimiento del siniestro, ni informó de manera previa a la expedición de tal acto la existencia del informe en el cual se basó para determinar que en efecto se configuró un daño y el monto de este, razón por la cual, se vulneró también el debido proceso al cual tienen derecho las partes del contrato de seguro y en general, toda persona sujeta a procedimientos administrativos.

En consecuencia, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la resolución que reconoció el siniestro y ordenó al Fondo Rotatorio a indemnizar a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A por los perjuicios materiales causados.

Por medio de la Sentencia con Radicado número 25000-23-26-000-2000-00297-01(28042) del 13 de noviembre de 2014 se estudió la solicitud de ASEGURADORA COLSEGUROS S.A e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA de declarar nula la Resolución a través de la cual el Fondo de Ahorro de Vivienda Distrital FAVIDI resolvió declarar la caducidad del contrato de transacción celebrado entre estos últimos.

El motivo por el cual INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA y FAVIDI suscribieron un contrato de transacción corresponde a la intención de las partes de poner fin a la controversia surgida con ocasión del

contrato firmado por la Caja de Compensación Familiar Compensar y FAVIDI para la construcción de 3.000 viviendas de interés social del programa de vivienda “Las Riveras de Occidente”. En este contrato se establecieron nuevas obligaciones según las cuales GOMEGA LTDA construiría 528 viviendas de interés social en el barrio Riveras de Occidente.

Conforme lo indicado por los demandantes, frente al contrato de transacción enunciado anteriormente no hay lugar a declarar la caducidad por parte de la entidad estatal dado que se trata de un contrato privado del cual no se predicen las facultades exorbitantes en cabeza de FAVIDI.

Ante esta situación fáctica y jurídica, el consejo de Estado concluyó que FAVIDI sí contaba con la competencia para declarar la caducidad del contrato de transacción por el incumplimiento del contratista teniendo en cuenta que si bien este fue suscrito bajo la figura de “contrato de transacción” contenía nuevas obligaciones para las partes que según las cuales se configuró un verdadero contrato de obra sujeto a las reglas de la contratación estatal.

Así las cosas, al haber incumplido GOMEGA LTDA en la construcción total de las viviendas convenidas, FAVIDI actuó correctamente al declarar la caducidad respectiva, dando lugar a hacer efectiva la póliza emitida por COLSEGUROS S.A. De acuerdo con ello, se confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sala de Descongestión, desestimando las pretensiones de la demanda.

El 26 de noviembre de 2014 el Consejo de Estado profirió Sentencia bajo radicado número 25000-23-26-000-1999-02856-01(29906) como consecuencia de la acción de controversias contractuales promovida por el Departamento de

Cundinamarca en contra de la COOPERATIVA DE DESARROLLO TERRITORIAL CODETER y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A –CONFIANZA S.A-.

El Departamento de Cundinamarca y CODETER celebraron un convenio interadministrativo con el objetivo de mejorar la carretera de la vía Útica-Caparrapí, para lo cual el Departamento pagó como anticipo el 50% del valor del contrato, sin embargo, CODETER no invirtió una parte considerable de este, por lo que la entidad contratante terminó y liquidó unilateralmente el contrato.

De acuerdo con la sentencia, el Departamento de Cundinamarca solicitó al Consejo de Estado ordenar a CONFIANZA S.A- el pago del valor asegurado en la garantía única de cumplimiento más el valor de los perjuicios de orden material con ocasión de los sobrecostos ocasionados por el incumplimiento. Frente a ello, CONFIANZA S.A alegó que el contrato interadministrativo adolece de nulidad absoluta por cuanto se desconocieron los factores de selección establecidos en la Ley 80 de 1993, por lo que a su vez el contrato de seguro se encuentra viciado de nulidad.

Al respecto, el Consejo de Estado estableció que en efecto, el contrato que dio lugar a la controversia está inmerso en una causal de nulidad ya que, si bien para el caso bajo estudio era procedente la contratación directa, ello no es óbice para desconocer los principios aplicables a la contratación estatal, pues estos son aplicables en todos los procesos de contratación que efectúen las entidades públicas en su condición de tales. Frente al particular, el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa indicó:

esta forma de escogencia del contratista, debe obedecer por igual a criterios objetivos y de interés general, con el fin de que el ofrecimiento seleccionado sea el más beneficioso para la entidad, sin que sea posible que los funcionarios encargados de la contratación, de manera discrecional, se eximan de su aplicación y procedan a seleccionar el contratista movidos por razones de índole subjetiva o de interés o conveniencia particular (p. 34).

En ese sentido, habida cuenta que en el acervo probatorio no se anexó soporte alguno que permitiera concluir que el Departamento de Cundinamarca llevó el procedimiento de selección objetiva, se declaró la nulidad del contrato interadministrativo celebrado por el Departamento y CODETER.

En cuanto a la validez del contrato de seguro, se concluyó que en el caso objeto de estudio se celebraron dos negocios jurídicos: el convenio interadministrativo, el cual adolece de nulidad y el contrato de seguro, los cuales se encuentran vinculados entre sí, pero conservan su autonomía e individualidad.

En ese punto, se aclaró que aun cuando el contrato a raíz del cual se constituyó la garantía única de cumplimiento fue declarado nulo, el contrato de seguro se mantiene válido y no adolece de nulidad alguna, toda vez que en virtud de este, ambas partes ejecutaron obligaciones tendientes al cumplimiento del contrato, es decir, el Departamento de Cundinamarca hizo entrega del anticipo y CODETER cumplió algunas de sus obligaciones.

Ahora bien, de las pruebas aportadas al proceso fue posible establecer que el contratista no ejecutó el anticipo en su totalidad ni devolvió el monto no

ejecutado a la entidad contratante, por lo que se está frente a la ocurrencia del riesgo del mal manejo del anticipo. En mérito de lo expuesto, el Consejo de estado ordenó a CONFIANZA S.A el pago de la indemnización por el mal manejo del anticipo y a CODETER el pago de los intereses moratorios causados por no reintegrar el monto desembolsado por concepto de anticipo.

En cuanto al perjuicio a indemnizar a través de la garantía única de cumplimiento, con la sentencia del 12 de febrero de 2015, radicación número 25000-23-26-000-2003-00874-01(28278), el Consejo de Estado recordó al resolver la controversia contractual entre CONFIANZA S.A y el Instituto Geografico Agustin Codazzi que, el contrato de seguro estatal es de índole patrimonial.

De conformidad con lo anterior, se precisó que el daño a indemnizar puede corresponder no solo al daño emergente producto del incumplimiento sino también al lucro cesante, sin embargo, este último solo es procedente cuando se pacte de manera expresa. Así pues, cuando se hace referencia a “perjuicios patrimoniales” debe entenderse que se hace referencia tanto al daño emergente como al lucro cesante, sin embargo, es necesario tener en cuenta si el riesgo a amparar da lugar al pago de lucro cesante.

En el caso bajo estudio no se encontró estipulación alguna que hiciera referencia al lucro cesante, razón por la cual, la aseguradora solo estaba obligada a indemnizar por concepto de daño emergente.

Por otra parte, conviene señalar que en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha puesto de presente que las entidades públicas se encuentran facultadas para declarar la ocurrencia del siniestro a través de acto

administrativo motivado, no obstante, según lo señaló en la sentencia con radicado número 25000-23-26-000-1997-14396-01(28592)A del 10 de junio de 2015, es posible también solicitar ante el juez contencioso administrativo la declaratoria de materialización del siniestro y la respectiva indemnización sustentada en la garantía única de cumplimiento.

Lo anterior, al estudiar la demanda promovida por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior contra DESARROLLO DE SOFTWARE Y PROCESAMIENTO DE DATOS LTDA, tendiente a lograr que el Consejo de Estado declare el incumplimiento del contrato celebrado entre las partes, dado que el contratista no cumplió con la calidad de los bienes que fueron objeto del contrato y como consecuencia, se haga efectiva la póliza que amparó el cumplimiento del negocio jurídico.

En ese sentido, el Consejo de Estado recalcó la posibilidad de buscar judicialmente la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal y la efectividad de la correspondiente póliza, no obstante, puntualizó que a través de la potestad legal de las entidades públicas para declarar el siniestro, el Instituto Colombiano de Comercio Exterior tenía la posibilidad de ejecutar por sí mismo la decisión de terminación unilateral mediante acto administrativo motivado.

Dado que la entidad contratante decidió no emitir el acto administrativo mencionado y optó por acudir a instancias judiciales, le correspondía allegar elementos probatorios que permitiera demostrar la materialización del siniestro, sin embargo, el Instituto Colombiano de Comercio Exterior no cumplió con esta carga procesal. En consecuencia, las pretensiones de la parte demandante no prosperaron por lo que no se ordenó el pago de la indemnización.

En la Sentencia con radicación número 05001-23-31-000-2006-02579-01(43324) del 19 de noviembre de 2015 el Consejo de Estado puso fin a la controversia contractual que persistía entre EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A dado que esta última consideraba necesario para efectuar el pago del riesgo amparado por garantía única de cumplimiento, la comprobación por parte de la entidad estatal de la culpa por parte del contratista.

En respuesta a esta apreciación, el Consejo de Estado puntualizó que tratándose del contrato de seguro en materia pública, la culpa del contratista para declarar la caducidad del contrato y la consecuente reclamación de la póliza ante la compañía de seguros no es procedente, pues la Ley 80 de 1993 exige el cubrimiento de todo riesgo que pueda afectar el cumplimiento del contrato con independencia de los actos culposos o dolosos en los que pueda incurrir el contratista.

Así las cosas, la solicitud de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A de declarar la nulidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato suscrito entre EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN y la sociedad Diseños y Construcciones Civiles S.A, no prosperó dado que se evidenció el incumplimiento contractual de este y se aclaró la imposibilidad de supeditar la efectividad de la garantía a probar la culpa del contratista.

Como es bien sabido, el debido proceso se instituye como garantía constitucional que debe ser observada en toda clase de actuación judicial y administrativa. Así lo recordó el Consejo de Estado en las sentencias con radicado 25000-23-26-000-2010-00512-01(46852) del 28 de febrero de 2020 y

76001-23-31-000-2007-00092-05(53479) del 10 de octubre de 2021, según las cuales, si bien las autoridades públicas gozan de distintas facultades en materia contractual, ello no las releva de garantizar en todo momento no solo al contratista sino también a las compañías aseguradoras el respeto del debido proceso durante todas las etapas de la relación contractual.

En ese contexto, es obligación de las entidades estatales garantizar los derechos de defensa y contradicción otorgándoles las oportunidades para conocer sus decisiones, presentar los descargos que estimen convenientes y allegar pruebas conforme lo determina la ley. Asimismo, resaltó que el debido proceso administrativo trae consigo un alcance distinto al judicial por cuanto debe sujetarse a los demás principios de la función administrativa dado que ambos apuntan a la consecución del mismo fin, esto es, la satisfacción de los fines esenciales del Estado.

En síntesis, se concluye de este capítulo que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha reconocido el importante papel que tienen las compañías aseguradoras para salvaguardar la ejecución de las obligaciones contractuales tanto de naturaleza privada como de naturaleza pública, pues con su capacidad patrimonial se logra respaldar distintos montos de interés asegurado y que tratándose de la garantía única comporta una actividad de interés público.

Adicionalmente, es basta la jurisprudencia de esta corporación en la posición dominante que ostentan las entidades aseguradoras frente a quienes acuden a sus servicios, lo cual faculta a estos últimos acudir a la acción de tutela

cuando consideren vulnerados sus derechos fundamentales con ocasión a tal posición dominante.

En cuanto a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se observa que ha orientado el alcance la garantía única de cumplimiento dentro de la actividad contractual del Estado ejercida por sus distintas entidades. Así, de la jurisprudencia revisada se deduce entre otras cosas que:

1. Las entidades públicas se encuentran facultadas para declarar la ocurrencia del siniestro bien sea a través de acto administrativo o acudiendo al juez contencioso administrativo.
2. La póliza de seguro emitida a favor de las entidades públicas contratantes junto con el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro constituyen un título ejecutivo compuesto.
3. La finalidad de la garantía única de cumplimiento es proteger el patrimonio público.
4. Para hacer efectiva la póliza de seguro es necesario que el siniestro se materialice en vigencia de la misma, sin embargo, la administración cuenta con un término de dos (2) años para declarar el acaecimiento del siniestro.
5. Las entidades públicas pueden cuantificar con base en criterios objetivos, el daño causado por el incumplimiento del contratista.

6. La garantía única de cumplimiento puede conservar su vigencia aun cuando la liquidación del contrato ya ha sido efectuada dado que con posterioridad a ello es posible que se concrete el siniestro.

Con todo y lo anterior, es preciso señalar que, si bien esta jurisprudencia ha puesto fin a variados problemas jurídicos suscitados entre entidades públicas y contratistas, estos tuvieron en su origen en sentencias de primera instancia proferidas hace aproximadamente 10 años, lo cual dificulta tener claridad frente a las disposiciones normativas que se encuentran vigentes, pues en la mayoría de los casos aun cuando la Ley 100 de 1993 se encontraba vigente, la Ley 1437 de 2011 no era aplicable en razón a la época en que ocurrieron los hechos, sin embargo, muchas de sus disposiciones concuerdan con lo indicado en el Código Contencioso Administrativo del momento.

Capítulo 3. Procedimientos legales y reglamentarios para hacer efectivas las garantías por parte de las entidades públicas

Entendiendo el concepto de la garantía única de cumplimiento, aplicada a contratistas que llegaren a incumplir las obligaciones contraídas en un contrato con el Estado causando perjuicios a ella, al igual que sus distintas clasificaciones y todo el recorrido histórico que se ha analizado. Ahora, el estudio se centrará en el procedimiento para la ejecución de estas garantías, primeramente, basándose en la normatividad vigente y luego en el procedimiento para la efectiva ejecución de la garantía.

3.1. Marco jurídico que configura la ejecución de la garantía.

En los contratos estatales se evidencian una variedad de principios que configuran la idealidad en el cumplimiento de la contratación estatal, uno muy

importante para este proceso es el principio de planeación, ya que estos contratos están compuestos por distintas etapas, una previa, una contractual y una pos contractual, en cada de una de ellas debe llevarse a cabo una serie de actividades para realizar ofertas, adjudicar el contrato que cumpla con las garantías y requisitos necesarios y un control permanente para evitar el incumplimiento.

Una de las fuentes normativas de vital importancia es el Decreto 1082 de 2015, la cual recalca que para dar cumplimiento a la potestad conferida por el artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, numeral 11, es decir: “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”, la administración puede hacer efectivas las garantías.

Igualmente, aclara las responsabilidades por parte del Estado para que en el evento que necesitara ejercer esta potestad en el proceso para la ejecución de la garantía expidiendo un acto administrativo o una resolución para hacerla efectiva. Al respecto, el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 determina los siguientes instrumentos para que las entidades contratantes ejecuten las garantías únicas de cumplimiento otorgadas a su favor:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que haya cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

Una vez enumeradas estas tres posibilidades, se relaciona con el artículo 128 del decreto 1510 del 2013 por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública, evidenciando la efectividad de las garantías, recalcando las mismas posibilidades, considerándolo como un respaldo normativo para ejercer la aplicación en caso de un incumplimiento contractual con las garantías o extracontractual por medio de los seguros.

3.2. Procedimiento legal para la ejecución de las garantías.

El siniestro como menciona Moreno (2017) es “aquel momento en el que se abre paso a la ejecución de la garantía, entendiéndose este como la manifestación del riesgo asegurado; en lo que a la contratación Estatal respecta” (p.28), para entender en qué consiste y cuándo ocurrió la situación fáctica. Cabe recalcar la diferencia entre el siniestro que corresponde a cuando ocurre el incumplimiento por parte del contratista y la declaración que es cuando la administración tiene conocimiento de lo ocurrido.

Adicionalmente, se agrega la variación del tiempo de prescripción, como un agente importante para ejecutar la garantía, ya que al ser un contrato de seguro su legislación se registrará por el Código de Comercio, mencionando que:

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho (Dec. 410, art. 1081, 1971).

Por esto mismo es tan importante comprender el momento de inicio del proceso para la ejecución de la garantía por parte del Estado. Es igualmente necesario, hacer alusión regresar al artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, numeral primero y segundo para evidenciar que la expedición del acto administrativo puede ordenar el pago de la cláusula penal o una multa, que le será impuesta al contratista que constituya el siniestro, pero en el numeral tercero se iniciará con el acto administrativo correspondiente para la reclamación a la compañía de seguros.

La declaratoria del incumplimiento debe realizarse como se ha mencionado, con un acto administrativo que describa los elementos fácticos y el material probatorio que respalde lo declarado, adicional de la cuantificación de la indemnización, a excepción de los contratos donde se estableciera una cláusula penal.

Finalmente, la declaración del incumplimiento se presentará con el contrato donde figuren las obligaciones claras, expresas y exigibles, más la póliza que acredite la garantía, para la configuración de un documento que presta mérito ejecutivo a favor del Estado como se menciona en el artículo 99 de la Ley 1437 del 2011, numeral tercero y cuarto; aplicando al igual el artículo 100 de la misma ley en función a la revisión de las reglas de procedimientos para el cobro coactivo. Todo este proceso permitirá la ejecución de la garantía al momento del siniestro para efectos de la póliza, siempre y cuando se denote el buen procedimiento que la Administración debió realizar previamente, durante el contrato y posterior a él.

3.3. Crecimiento en la demanda de los contratos de seguro como garantía en la contratación estatal

Para analizar cuantitativamente la creciente demanda de seguros para Contratos Estatales, se tomó una muestra de FASECOLDA de los últimos 5 años, donde en los Resúmenes ejecutivos analizamos el ramo de cumplimiento ya que es donde más énfasis se hace en la contratación estatal.

En el año 2017, venía teniendo una disminución de este ramo del 9.8%, “la contracción en los indicadores de contratación estatal, además de la fuerte competencia en las tarifas” (2018, p.2). Se observa que el monto de la prima disminuyó un 21% en comparación del año 2016, pero con un mayor valor del cubrimiento por cada siniestro incurrido en comparación al 2016.

Tabla 2 Comparativo por ramos de seguros

RAMOS	PRIMAS EMITIDAS			SINIESTROS PAGADOS			PRIMAS DEVENGADAS			SINIESTROS INCURRIDOS		
	dic-16	dic-17	VAR (%)	dic-16	dic-17	VAR (%)	dic-16	dic-17	VAR (%)	dic-16	dic-17	VAR (%)
Cumplimiento	904.585	716.668	-21	196.869	356.297	81	404.239	425.816	5,3	135.681	210.443	55,1
Demás ramos	7.746.829	8.350.213	7,2	3.882.793	3.782.696	-3	4.824.455	5.354.474	10	2.634.013	2.884.477	8,7
Total seguros de daños	8.651.414	9.066.881	4,8 prom	4.079.662	4.138.993	1,5 prom	5.228.694	5.780.290	10,5 prom	2.769.694	3.094.920	11,7 prom

Fuente: Tomado de FASECOLDA (2018)

Nota: la tabla muestra el comparativo de diciembre 2016 vs diciembre 2017 (millones de pesos) evidenciando la poca demanda para este año en la adquisición de pólizas.

En el año 2018, una nueva rama se incentiva en las pólizas de los contratos Estatales y es la Responsabilidad Civil y nuevamente el Cumplimiento, que al cierre del 2018 crecieron un 13.1%, principalmente por contratos de aseo. Más exactamente la responsabilidad civil subió un 16% en el valor y la de cumplimiento un 9% del valor de las primas emitidas comparadas con el año anterior, al igual que crecieron los siniestros incurridos principalmente en el cumplimiento que aumentó un 24,1% del valor pagado por el siniestro ocurrido con respecto al año anterior.

Tabla 3- Comparativo por ramos de seguros

RAMOS	PRIMAS EMITIDAS			SINIESTROS PAGADOS			PRIMAS DEVENGADAS			SINIESTROS INCURRIDOS		
	dic-17	dic-18	VAR (%)	dic-17	dic-18	VAR (%)	dic-17	dic-18	VAR (%)	dic-17	dic-18	VAR (%)
Responsabilidad civil	912.216	1.059.852	16	329.591	349.957	6	547.765	633.078	15,6	288.560	327.002	13,3
Cumplimiento	716.668	782.017	9	356.297	268.871	-24,5	425.816	436.260	2,5	210.443	261.058	24,1
Demás ramos	7.437.997	7.852.833	5,3	3.453.105	3.645.960	5	4.806.709	5.222.005	8	2.595.917	2.725.687	4,8
Total seguros de daños	9.066.881	9.694.702	6,9 prom	4.138.993	4.264.788	3 prom	5.780.290	6.291.343	8,8 prom	3.094.920	3.313.747	7,1 prom

Fuente: Tomado de FASECOLDA (2019)

Nota: la tabla muestra el comparativo de diciembre 2017 vs diciembre 2018 (millones de pesos) evidenciando un nuevo ramo y un paulatino aumento en la demanda para este año en la adquisición de pólizas.

En el 2019, nuevamente los seguros de cumplimiento y responsabilidad civil dependen en gran medida de la contratación estatal que ha venido

incrementando en el 2019, pero, aunque fue del 13,1% el informe de gerencia menciona que “crecimiento que se considera bajo al compararlo con las cifras preliminares de Colombia Compra Eficiente.” (2020, p. 2)

Tabla 4- Comparativo por ramos de seguros

RAMOS	PRIMAS EMITIDAS			SINIESTROS PAGADOS			PRIMAS DEVENGADAS			SINIESTROS INCURRIDOS		
	dic-18	dic-19	VAR (%)	dic-18	dic-19	VAR (%)	dic-18	dic-19	VAR (%)	dic-18	dic-19	VAR (%)
Responsabilidad civil	1.059.852	1.249.971	18	349.957	401.235	14,7	633.078	717.149	13,3	327.002	314.081	-4
Cumplimiento	782.017	833.312	7	268.871	729	171,0	436.260	428.979	-1,7	261.058	332.771	27,5
Demás ramos	7.852.833	8.501.537	7,6	3.645.960	5.052.365	28	5.222.005	5.654.800	8	2.725.687	2.918.916	6,6
Total seguros de daños	9.694.702	10.584.820	9,2 prom	4.264.788	5.454.329	27,9 prom	6.291.343	6.800.928	8,1 prom	3.313.747	3.565.768	7,6 prom

Fuente: Tomado de FASECOLDA (2020)

Nota: la tabla muestra el comparativo de diciembre 2018 vs diciembre 2019 (millones de pesos) evidenciando el aumento en estos ramos para este año en la adquisición de pólizas.

En el 2020, el ramo de ingeniería incrementa su ingreso por las pólizas estatales, “la culminación de los períodos de las administraciones locales a finales de 2019 generó la asignación de una gran cantidad de contratos de los entes territoriales” (2020, p2), por una empresa estatal para ser más específicos creció el 14 %.

Tabla 5- Comparativo por ramos de seguros

RAMOS	PRIMAS EMITIDAS			SINIESTROS PAGADOS			PRIMAS DEVENGADAS			SINIESTROS INCURRIDOS		
	dic-19	dic-20	VAR (%)	dic-19	dic-20	VAR (%)	dic-19	dic-20	VAR (%)	dic-19	dic-20	VAR (%)
Responsabilidad civil	1.249.971	1.409.870	13	401.235	399.402	-0,5	717.149	748.454	4,4	314.081	294.587	-6,2
Cumplimiento	833.312	939.803	13	728.706	429.671	-41,0	428.979	431.515	0,6	332.771	322.669	-3
Ingeniería	734.314	860.739	17	802.567	682.223	-15,0	175.109	188.261	7,5	94.500	94.050	0,5
Demás ramos	7.767.223	7.762.229	-0,1	3.521.821	3.204.028	-10	5.479.691	5.257.782	-4	2.824.416	2.583.536	-9,3
Total seguros de daños	10.584.820	10.972.641	3,7 prom	5.454.329	4.715.324	-13,5	6.800.928	6.626.012	-2,6	3.565.768	3.294.842	7,6 prom

Fuente: tomado de FASECOLDA (2021)

Nota: la tabla muestra el comparativo de diciembre 2019 vs diciembre 2020 (millones de pesos) donde se ingresa una póliza existente, pero se une al aumento en este sector de la contratación Estatal.

Finalmente, el año 2021 el mercado específicamente en el cumplimiento tuvo un crecimiento del 47,2% gracias al aumento de la contratación estatal y a un reajuste a las tarifas, debido a la alta siniestralidad de años anteriores, causada por varios motivos.

Tabla 6-Comparativo por ramos de seguros

RAMOS	PRIMAS EMITIDAS			SINIESTROS PAGADOS			PRIMAS DEVENGADAS			SINIESTROS INCURRIDOS		
	dic-20	dic-21	VAR (%)	dic-20	dic-21	VAR (%)	dic-20	dic-21	VAR (%)	dic-20	dic-21	VAR (%)
Responsabilidad civil	1.409.870	1.760.189	25	399.402	790.073	97,8	748.454	878.101	17,3	294.587	449.219	52,5
Cumplimiento	939.803	1.383.345	47	429.671	344.114	-19,9	431.515	497.967	15,4	322.669	118.499	63,3
Ingeniería	860.739	1.023.343	19	682.223	671.511	-1,6	188.261	200.848	6,7	94.050	118.314	25,8
Demás ramos	7.762.229	8.848.682	12,3	3.204.028	3.640.809	12	5.257.782	5.620.688	6	2.583.536	3.007.751	14,1
Total seguros de daños	10.972.641	13.015.559	18,6 prom	4.715.324	5.446.507	15,5 Prom	6.626.012	7.197.604	8,6	3.294.842	3.693.783	12,1

Fuente: tomado de FASECOLDA (2022)

Nota: la tabla muestra el comparativo de diciembre 2020 vs diciembre 2021 (millones de pesos) evidenciando el aumento de estas pólizas, como garantiza de la Contratación Estatal.

Después del análisis de los últimos cinco años, se concluye que evidentemente desde el año 2018, el crecimiento en la demanda de pólizas para garantías frente a contratos estatales de distinta índole como lo son las de cumplimiento, responsabilidad civil e ingeniería en este caso en particular con FASECOLDA, aumentaron en gran medida debido a la demanda de los contratistas, lo cual refleja que efectivamente permite dar mejores garantías en la contratación estatal.

Conclusiones

De acuerdo con la normatividad comercial colombiana, el contrato de seguros tiene una naturaleza indemnizatoria según la cual, en caso de que se concretice el riesgo asegurado por la respectiva póliza de seguro la entidad aseguradora efectuará el pago correspondiente conforme al interés asegurado.

Como se observó en el primer capítulo, el contrato de seguro goza de singulares características que permiten diferenciarlo de otro tipo de garantías como la fianza y la carta de crédito. En cuanto a la fianza, esta se caracteriza por estar sujeta a una obligación principal que en caso de ser incumplida es asumida por un tercero llamado fiador, contrario sensu, es decir, que a diferencia del contrato de seguro esta no asegura el pago de una suma dineraria en caso del acaecimiento de un siniestro.

Así mismo, el contrato de seguro se distingue de la carta de crédito dado que en ella se estipula el pago a determinado beneficiario una vez este cumpla los términos y condiciones del crédito, es decir que, contrario a lo que ocurre con el contrato de seguros, no se efectúa un pago ante la ocurrencia de un siniestro (que puede corresponder a un incumplimiento) sino que este se realiza ante el cumplimiento de específicas condiciones incorporada en un crédito.

Así pues, el contrato de seguro fue creado por la legislación comercial cuyo primer antecedente corresponde a la Ley 68 de 1924 a partir de la cual se generaron importantes avances normativos que permitieron la consolidación de este contrato de la manera que en que se encuentra regulado en el hoy vigente Código de Comercio -Decreto 410 de 197-.

Posteriormente, en el sector público también empezó a evidenciarse la necesidad de contar con una garantía que contribuyera con la apropiada ejecución de los recursos públicos y la eficiente prestación del servicio público por parte del Estado. En ese sentido y como se analizó en el segundo capítulo, inicialmente se instauró la obligación de incluir en los contratos estatales una cláusula penal pecuniaria, luego, se creó el seguro de manejo o de cumplimiento, el cual era otorgado por una compañía de seguros y finalmente, se dispuso la obligación del contratista de constituir fianzas en favor de la entidad estatal contratante.

No obstante, al considerarse la fianza como una garantía insuficiente para salvaguardar el patrimonio público, la Ley 80 de 1993 crea la garantía única de cumplimiento (hoy contenida en la Ley 1150 de 2017) con el objetivo de asegurar la ejecución de las obligaciones contraídas por proponentes y contratistas.

La garantía única de cumplimiento comparte elementos esenciales del contrato de seguro regulado en la normatividad comercial, sin embargo, goza de características especiales que permiten distinguir uno de otro. De esta manera, se concluye que la garantía única de cumplimiento, aplicable únicamente a los contratos en los cuales participe una entidad estatal, busca salvaguardar el patrimonio e interés público dentro de cada una de las etapas contractuales.

Para ello, las entidades estatales cuentan con facultades propias a través de las cuales pueden hacer efectivas dichas garantías como lo es la potestad de declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo que presta mérito ejecutivo y le otorga la posibilidad de exigir la indemnización

correspondiente sin necesidad de acudir a otro tipo de autoridad o instancia judicial.

Así mismo, existen parámetros que rigen el contrato de seguro en el sector privado que no son aplicables al sector público, pues teniendo en cuenta los fines que se aseguran y la calidad de las entidades públicas como beneficiarias de las pólizas constituidas, no permiten la aplicación de manera indistinta los postulados del contrato de seguros y la garantía única de cumplimiento.

Ahora bien, con la revisión de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional se evidencia que en cuanto al contrato de seguros se procura la garantía de los derechos de los particulares que acceden a los servicios de las compañías aseguradoras dado que estas últimas se encuentran en mejor posición frente a las pólizas de seguros que emiten.

Por su parte, de la jurisprudencia del Consejo de Estado se colige que en efecto la garantía única de cumplimiento es una obligación que los contratistas asumen cuando presentan oferta y suscriben el contrato, no obstante, su eficacia se ve reducida al momento de ordenar el pago de la indemnización correspondiente por parte de las compañías aseguradoras dado que, como se observó, en muchas ocasiones optan por alegar disposiciones propias del contrato de seguro que operan en las relaciones comerciales para dilatar o evitar el pago efectivo por el daño ocasionado a raíz del incumplimiento del contratista.

Con todo y lo anterior, la mencionada jurisprudencia ha desarrollado postulados importantes en materia de garantía única de cumplimiento que permiten diferenciarla del contrato de seguro y comprender de manera óptima su aplicación y alcance empero, las controversias surgidas en esta materia son

resueltos muchos años después del incumplimiento por parte del contratista, lo cual también limita la eficacia de la garantía al tener que transcurrir tanto tiempo para llegar a una decisión definitiva y de fondo.

Más allá de la normatividad que actualmente existe en materia de garantía única de cumplimiento y gracias a la información reportada por FASECOLDA, se constata que la suscripción de pólizas de seguros en favor de entidades estatales es creciente, pero ello no ha contribuido a evitar de manera efectiva que los contratistas incumplan sus obligaciones contractuales y causen un detrimento al patrimonio público.

Referencias

- Arias, D. (2021). La eterna confusión entre fianza y seguro de cumplimiento ¿Cuáles son sus verdaderas diferencias? Revista Fasecolda, (182), 112-115. Recuperado de <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/734>
- Bernal Cárdenas, M. (2007). Los seguros en Colombia. Apuntes Contables, (12). Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contad/article/view/1639>
- Capitat, H. (1961) Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, diciembre 12, 2014. M. P.: C. Zambrano. No 25000-23-26-000-2003-00874-01(28278). (Colombia). Obtenido el 7 de enero de 2022. <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, febrero 28, 2020. M. P.: J. Rodríguez. No 25000-23-26-000-2010-00512-01(46852). (Colombia). Obtenido el 20 de enero de 2022. <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, julio 24, 2013. M. P.: M. Fajardo. No 25000-23-26-000-2001-00051-01(27505). (Colombia). Obtenido el 1 de noviembre de 2021. <https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, junio 10, 2015. M. P.: D. Rojas. No 25000-23-26-000-1997-14396-01(28592)A.

(Colombia). Obtenido el 15 de enero de 2022.

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, mayo 22, 2013.

M. P.: O. Valle. No 25000-23-26-000-1999-00715-01(24810). (Colombia).

Obtenido el 21 de octubre de 2021.

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, noviembre 27,

2013. M. P.: M. Fajardo. No 25000-23-26-000-1999-00662-01(25742).

(Colombia). Obtenido el 4 de enero de 2022.

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/25000-23-26-000-1999-00662-01\(25742\).htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/25000-23-26-000-1999-00662-01(25742).htm)

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, noviembre 13,

2014. M. P.: S. Conto. No 25000-23-26-000-2000-00297-01(28042).

(Colombia). Obtenido el 4 de enero de 2022.

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, noviembre 26,

2014. M. P.: H. Andrade. No 25000-23-26-000-1999-02856-01(29906).

(Colombia). Obtenido el 7 de enero de 2022.

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, noviembre 19,

2015. M. P.: M. Velásquez. No 05001-23-31-000-2006-02579-01(43324).

(Colombia). Obtenido el 17 de enero de 2022.

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, octubre 22,

2012. M. P.: O. Valle. No 25000-23-26-000-1997-04167- 01(20967).

(Colombia). Obtenido el 20 de octubre de 2021.
<https://vlex.com.co/vid/582482707>

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, octubre 10, 2021. M. P.: J. SÁCHICA. No 76001-23-31-000-2007-00092-05(53479).
(Colombia). Obtenido el 20 de enero de 2022.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, septiembre 25, 2003. M. P.: M. Giraldo. No 25000-23-26-000-2000-00014-01(21824).
(Colombia). Obtenido el 20 de octubre de 2021. <https://vlex.com.co/vid/-52551875>

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. Obtenido el 11 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3iAt4eg>

Corte Constitucional [C.C.], 28 de abril, 1999, M.P: M, SÁCHICA. Sentencia C-296/99.Colombia. 29/05/2021. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-269-99.htm>

Corte Constitucional [CC], abril 18, 1996. M.P.: A. Barrera. Sentencia C-154/96.
(Colombia). Obtenido el 15 de septiembre de 2021.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-154-96.htm>

Corte Constitucional [CC], abril 28, 1999. M.P.: M. SÁCHICA. Sentencia C-26/99.
(Colombia). Obtenido el 2 de septiembre de 2021.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-269-99.htm>

Corte Constitucional [CC], febrero 16, 2012. M.P: H. Sierra. Sentencia T-086/2012. (Colombia). Obtenido el 2 de octubre de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-086-12.htm>

Corte Constitucional [CC], julio 7, 2006. M.P.: M. Monroy. Sentencia T-517/06. (Colombia). Obtenido el 2 de septiembre de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-517-06.htm>

Corte Constitucional [CC], noviembre 18, 1998. M.P.: A. Barrera. Sentencia C-675/98. (Colombia). Obtenido el 1 de septiembre de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-675-98.htm>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala de Casación Civil, agosto 15, 2008. M.P: P. Munar, Sentencia 11001 31 03 016 1994 03216 01. Colombia. 20/06/2021. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csji/index.xhtml>

Decreto 1082/15, mayo 26, 2015. Presidente de la República de Colombia. (Colombia). Obtenido el 24 de agosto de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#0>

Decreto 1348/39, junio 27, 1939. Presidente de la República de Colombia. (Colombia). Obtenido el 1 de junio de 2021. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1271002>

Decreto 1730/91, julio 4, 1991. Presidente de la República de Colombia. (Colombia). Obtenido el 12 de junio de 2021. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1338954>

Decreto 222/83, febrero 2, 1983. Presidente de la República de Colombia. (Colombia). Obtenido el 15 de julio de 2021. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>

Decreto 40/71, marzo 27, 1971. Presidente de la República de Colombia. (Colombia). Obtenido el 1 de junio de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41102>

Decreto 663/93, abril 2, 1993. Presidente de la República de Colombia. (Colombia). Obtenido el 30 de julio de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1348>

Díaz, J. (2015). El interés asegurable como elemento esencial del contrato de seguro de vida. *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros*, 24(42). Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/13309>

Ley 105/27, noviembre 25, 1927. Diario Oficial. [D.O.]: 20656. (Colombia). Obtenido el 1 de junio de 2021. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1639279>

Ley 1150/07, julio 17, 2007. Diario Oficial. [D.O.]: 46.691. (Colombia). Obtenido el 17 de julio de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Ley 225/38, diciembre 12, 1938. Diario Oficial. [D.O.]: 23950. (Colombia).

Obtenido el 11 de julio de 2021. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1656358>

Ley 35/93, enero 5, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 40.710. (Colombia). Obtenido el

7 de agosto de 2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66945>

Ley 389/97, julio 18, 1997. Diario Oficial. [D.O.]: 43.091. (Colombia). Obtenido el

1 de junio de 2021.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0389_1997.html

Ley 45/90, diciembre 19, 1990. Diario Oficial. [D.O.]: 39.607. (Colombia).

Obtenido el 1 de junio de 2021.

https://www.redjurista.com/Documents/ley_45_de_1990_congreso_de_la_republica.aspx#/

Ley 54/09, noviembre 27, 1909. Diario Oficial. [D.O.]: 13851. (Colombia).

Obtenido el 7 de agosto de 2021. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1822691>

Ley 80/93, octubre 28, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.094. (Colombia). Obtenido

el 17 de julio de 2021.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Ossa, J. (1988) Teoría General del Seguro. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Ossa, J. (1991) *Teoría General del Seguro. El contrato*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Palacios, F. (2018) *El seguro Causas y soluciones de los conflictos entre asegurados y aseguradores con ocasión del siniestro*. Chia, Cundinamarca. Universidad de La Sabana.

Rodríguez, M., & Arias, L. (2009). Aspectos Introdutorios al Crédito Documentario. *Revista E-Mercatoria*, 8(1). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2035>

Romero, J. (1976) *Teoría general del seguro*. Bogotá, Colombia: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.