

EFICACIA DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

ERIKA MORENO IBAÑEZ

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS
AREA DE DERECHO
BOGOTÁ
2017

EFICACIA DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

TRABAJO PARA OPTAR AL GRADO DE ESPECIALISTA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO

ERIKA MORENO IBAÑEZ

DOCENTE TUTOR: SANDRA MARCELA CASTAÑEDA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS
AREA DE DERECHO
BOGOTÁ
2017

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del Jurado

Bogotá 4 de noviembre de 2017

CONTENIDO

RESUMEN.....	1
PALABRAS CLAVES	1
ABSTRAC	2
JUSTIFICACIÓN.....	3
CAPITULO I	
ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.1. LINEA DE INVESTIGACION	6
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
1.3. OBJETIVOS	9
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	9
1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	9
1.4. MARCO TEORICO CONCEPTUAL	10
1.5. METODOLOGIA.....	14
CAPITULO II	
GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO COMO RESPALDO A LA CONTRATACION ESTATAL.....	15
2.1. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO.....	15
2.2. LAS GARANTIAS COMO RESPALDO A LA CONTRATACION ESTATAL	17
2.3. GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	19
CAPITULO III	
CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y AMPAROS DE LA GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	20
3.1. LAS GARATIAS DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	20
3.1.1. CONTRATO DE SEGURO.....	20
3.1.1.1. PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO.....	20
3.1.1.2. EXCLUSIONES.....	21
3.1.1.3. IRREVOCABILIDAD	21

3.1.1.4.	GENERALIDADES DEL CONTRATO DE SEGURO.....	21
3.1.1.5.	PRESCRIPCIÓN	22
3.1.2.	PATRIMONIO AUTÓNOMO.....	22
3.1.2.1.	PARTES.....	22
3.1.2.2.	REQUISITOS DE ACEPTACIÓN DE BIENES EN EL PATRIMONIO AUTÓNOMO	23
3.1.2.3.	GENERALIDADES DEL CONTRATO DE FIDUCIARIO DE GARANTÍA	23
3.1.3.	GARANTÍA BANCARIA Y CARTA DE CRÉDITO STAND BY	24
3.1.3.1.	MODALIDADES	24
3.1.3.2.	REQUISITOS	24
3.2.	RIESGOS AMPARABLES POR LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS ESTATALES.	25
3.2.1.	COBERTURA DE LAS GARANTIAS	25
3.2.1.1.	ETAPA PREVIA.....	25
3.2.1.2.	ETAPA CONTRACTUAL DE EJECUCIÓN.....	25
3.2.1.3.	ETAPA FINAL	26
CAPITULO IV		
EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO ANTE LA DECLARATORIA DE SINIESTRO..		27
4.1.	LA ADMINISTRACION.....	27
4.2.	PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS.....	28
4.3.	ACCIONES JUDICIALES SIGUIENTES AL SINIESTRO.....	29
4.3.1.	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	29
4.3.2.	ACCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN	30
CONCLUSIÓN		32
REFERENCIAS		35

RESUMEN

La contratación estatal en general ha venido sufriendo tropiezos a lo largo de la historia en lo que respecta a la ejecución total de los contratos; de ahí que el Estado a través de decretos reglamentarios, jurisprudencia y doctrina (manuales – Colombia Compra Eficiente), se viera en la necesidad de poner en marcha mecanismos que le permitieran ejecutar de manera eficiente las garantías de cumplimiento, que bien ejecutadas, lleguen a proteger por lo menos en un porcentaje el erario colombiano.

Es por esto que la presente investigación, indagara en cada uno de los mecanismos contractuales y administrativos de ejecución de garantías, con el propósito de identificar a través de las fortalezas y debilidades, la eficacia de dichos instrumentos; la investigación, abarcara en el capítulo número 2, el recuento histórico sobre el nacimiento de las garantías, definiciones mínimas de introducción al tema y la necesidad Estatal de respaldar con garantías la contratación.

Igualmente por ser una problemática de interés general, que afecta el patrimonio colombiano, la presente investigación ha querido compilar en el capítulo 3, las garantías existentes, la cobertura y los alcances de las misma con el fin de desarrollar en el capítulo 4, los mecanismos de ejecución para el cumplimiento de los amparos; esto con el fin, de reunir y brindar las herramientas necesarias que sirven de soporte a la búsqueda de respuestas.

Finalmente la investigación pretende concluir, demostrando la eficacia o no eficacia de las garantías de cumplimiento en los contratos estatales, toda vez que la sociedad debe entender lo que sucede con los dineros públicos y en qué punto de la cadena se están perdiendo.

PALABRAS CLAVES

Contrato estatal, garantías, siniestro, incumplimiento, eficacia, efectividad, declaratoria de incumplimiento, protección del erario, contratistas, contrato de seguro, planeación, caducidad, reclamación.

ABSTRAC

The state contracting in general has been stumbling throughout history with regard to the total execution of the contracts; hence, the State through the jurisprudence was seen in the need to put in place regulations that allow it to efficiently carry out the contractual compliance policies, which protect not in a hundred percent but in some percentage the Colombian treasury.

The investigation will be based on the definition of the effectiveness of the guarantees in the non-compliances, products of state contracts; this research, in its chapter number 1, will include a historical account of the birth of guarantees, as a need to protect and support State contracting.

The definition of effectiveness in the guarantees that support the contracts of our State, is a necessity of all citizens who, when evidencing partial or total breaches, wonders what happens to the compliance policies that have been signed to avoid delays or non-compliance Of the contract.

It is also of general interest to point out that, in effect, public operators are executing the necessary measures to make the guarantees a mechanism to support contractual breaches of State money; For this reason the present investigation will be given to the task of showing in chapter 2 the effectiveness of the guarantees of compliance of the state contracts in the executive action of the administration.

This, as long as both the administration and the managed ones find satisfaction in a process that reestablishes the contracted object in order to be enforced.

KEYWORDS

State contract, guarantees, sinister, non-compliance, effectiveness, and effectiveness, declaration of non-compliance, protection of the treasury, contractors, insurance contract, planning, expiration, and claim.

JUSTIFICACIÓN

En Colombia existe un alto índice de incumplimiento en lo que respecta a los contratos estatales que la administración pública celebra interinstitucionalmente o con terceros privados sea cual sea su modalidad; prueba de esto es la insatisfacción de los administrados que de forma palpable evidencian retrasos, incumplimientos, reformas en el producto e incluso la no ejecución total o parcial de dichos contratos.

El Estado colombiano en pro de garantizar el cumplimiento de los fines y deberes sociales tal como lo estipula la constitución y con observancia de los principios de eficacia, igualdad, moralidad, economía, imparcialidad, celeridad y publicidad, establece la posibilidad de realizar por intermedio de terceros, la ejecución de obras, acciones o trabajos que den cumplimiento a los deberes propios de su administración.

Con todo esto el Gobierno nacional ha visto la necesidad de fortalecer los sistemas de contratación estatal mediante el impulso de la expedición de leyes, creación de agencias especializadas y demás mecanismos que constituyan figuras que faciliten todos aquellos aspectos que engloben un régimen especial para el tipo de contratos que se celebren en nombre de la nación.

Igualmente el Estado está llamado a verificar, supervisar y cuidar el patrimonio nacional, mediante la vigilancia de quienes ejecuten las obligaciones nacientes de los contratos celebrados, es así, que uno de los mecanismos que posee la administración para blindar y asegurar el cumplimiento de dichos contratos, son las garantías de cumplimiento consolidadas como aquellos respaldos o avales que se constituyen mediante garantías bancarias, pólizas de cumplimiento expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas o patrimonio autónomo (Decreto 1082, art. 2.2.1.2.3.1.2, 2015).

Siendo las garantías de cumplimiento una alternativa con la que ya cuenta el Estado colombiano y ante el constante descontento de los administrados, se hace necesario estudiar la

adecuada solicitud, aceptación, vigilancia y ejecución por parte de la administración, de dichas garantías y la afectación en cuanto al cobro de indemnizaciones.

Es necesario atender el descontento popular ante los fracasos contractuales del Estado y por ello la importancia de esta investigación que pretende estudiar, interpretar y dar a conocer las formas y medios operantes de las garantías de cumplimiento en los contratos estatales, mediante la realización de un estudio investigativo que establezca los mecanismos mediante los cuales la administración pública podrá robustecer el uso y conveniente aplicación de dichas garantías.

La presente investigación abordara un tema que a la luz de la opinión pública no está totalmente reglado, ya que tal como ha sido manifestado por políticos, columnistas y ciudadanos del común, el Estatuto de Contratación Pública es enredado y mal estructurado (Revista DINERO, Marzo 3, 2016); de ahí que el punto de partida y lo que debe ser el estandarte en materia de cumplimiento y garantías sea solo un pequeño faro que intenta dar luces a lo que hoy es un proceso fallido.

Esta investigación ha sido motivada por la necesidad que como ciudadano se tiene, de conocer el porqué de retrasos, paros o cese total de las obras, que a diario son producto de la falta de planeación desde la adopción de las garantías que respalden desde un inicio los contratos públicos; es importante dar a conocer en qué punto de la cadena de trabajo, el Estado está fallando, y como se hace casi imposible la ejecución inmediata de las garantías que respaldan los contratos celebrados por la administración, en lo que se define la gravedad del incumplimiento contractual.

Es esencial estudiar si la inoperancia de las garantías, deviene del servidor público que no las hace efectivas, o si estamos frente a falta de recursos expeditos, que con facilidad y legalidad declaren los incumplimientos que den lugar a la aplicación y ejecución de las garantías de cumplimiento que mantengan el hilo de la tarea desempeñada por el contratista.

Es necesario que esta investigación ahonde en los mecanismos que han intentado dar lineamientos más claros que las mismas Leyes, mecanismos como la jurisprudencia del Consejo

de Estado y los conceptos emitidos por entidades como Colombia Compra Eficiente que han iluminado los procesos de ejecución, haciendo de este un camino factible al cumplimiento.

Finalmente, lo que se intenta vislumbrar en esta investigación es **i.** Si el Estado colombiano al no tener un marco de contratación estatal claro y concreto, ha empantanado los procesos necesarios para hacer valer los derechos contractuales de la Nación, **ii.** Evidenciar como la falta de diligencia de la administración a la hora de ejecutar las garantías de cumplimiento, asegura la no continuidad de la labor que por el Estado desarrolla el tercero, contratista, **iii.** Si, la eficacia o ineficacia de las garantías está en ellas mismas, o esta, radica en la falta de claridad procedimental para implementarlas. Por último **iv.** La realidad del sistema “preventivo” del estado colombiano al evaluar minuciosamente los riesgos en la etapa precontractual, para evitar la ejecución de las garantías de cumplimiento por incumplimientos en los contratos.

Por lo anterior no solo el desarrollo de esta investigación sino el buen término de la misma, se hace imprescindible para quienes estudian el tema y desean ejercer control popular o simplemente, para todos aquellos que viven en este país y quieren cumplimiento total por parte del Estado en la protección de los bienes públicos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. LINEA DE INVESTIGACION

La línea de investigación en la cual está enmarcado el presente proyecto corresponde a los lineamientos del “Derecho constitucional, Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad”; es por ello que la presente investigación ha querido enfocarse en la efectividad de las garantías de cumplimiento que amparan los contratos estatales, teniendo en cuenta las numerosas reformas que a lo largo de la historia, han existido para este tema en particular.

Por lo tanto, esta investigación se desarrollará con el estudio exhaustivo de las leyes y decretos aplicables a la materia, con el fin de comprobar si la normatividad colombiana a la fecha es suficientemente clara, como para brindar estabilidad y continuidad a aquellos procesos contractuales fallidos.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el ámbito jurídico colombiano encontramos la existencia de las garantías de cumplimiento que tienen como función el pago de los perjuicios derivados de incumplimientos contractuales en la contratación estatal; sin embargo y ante el incumplimiento visible del Estado para con la ciudadanía, surge el interrogante sobre la ejecución de dichas garantías y la efectividad de las mismas.

Se entiende entonces, que en efecto el Estado tiene en su poder los mecanismos necesarios para prevenir y corregir incumplimientos contractuales; no son otros mecanismos, sino las ya mencionadas las garantías de cumplimiento, que en la práctica no están cumpliendo con su objetivo inicial.

Por lo tanto, se hace importante evidenciar si las garantías en su gran mayoría, contratos de seguro contenidos en una póliza, son suficientes o la debilidad radica en la legislación actual; un ejemplo de ello es la póliza de seguro, que está regulada por el derecho mercantil, lo cual ha generado históricamente discrepancias normativas y jurisprudenciales, haciendo del derecho estatal una ciencia más inexacta. La tarea es del legislador y debe no solo desarrollar nuevas normas, sino compilar de forma práctica y efectiva, todas aquellas que sean aplicables a la contratación estatal, dándole mayor importancia a aquellas que protejan o amparen.

Dado lo anterior, es preciso mencionar que el legislador ha dejado en manos del Gobierno nacional, el establecer las condiciones generales que deben contener las pólizas de cumplimiento y demás garantías (Palacios, 2016, pp. 405-407); en la actualidad, el Gobierno expidió, el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional más exactamente el Decreto 1082 de 2015, donde compila y enmarca los riesgos que deben cubrir las garantías de cumplimiento en la contratación estatal.

Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación. El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación (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 decreto (Decreto 1082, art. 2.2.1.2.3.1.1, 2015).

Bajo el entendido de la existencia de la obligatoriedad de cubrir los riesgos en los contratos estatales, téngase en cuenta que son los funcionarios de las entidades públicas, quienes tienen la tarea de activar los mecanismos o procesos en los cuales las entidades prestadoras de garantías cumplan con su obligación condicional de indemnizar al Estado; sin embargo y aun con la obligatoriedad legal impuesta por la Ley, los funcionarios o actores estatales no adelantan oficiosamente ni diligentemente las acciones mediante las cuales tendrían y podrían arremeter contra el contratista para concomitantemente dar lugar a la efectividad de las garantías de cumplimiento, evitando con esto un daño cesante.

Una consecuencia de lo anterior, a diario aparecen titulares periodísticos que promulgan sobre la ineficacia e ineficiencia en la cual incurre la administración pública a la hora de defender sus derechos contractuales y legales; evidenciando que si bien es cierto existen mecanismos a favor de la administración para prevenir un perjuicio irremediable y existen las acciones reparadoras de perjuicios fruto de posibles incumplimientos contractuales, surge la duda en cuanto a la forma mediante la cual la Nación a través de sus representantes están haciendo efectivas las garantías de cumplimiento como amparos reales y palpables.

Entre tanto, y tras encontrarnos con una problemática que enmarca necesidades como la identificación de las garantías a las cuales el Estado colombiano tiene acceso y las causas por las cuales dichas garantías focalizadas, no se hacen efectivas; surge respecto a los mecanismos o modos de implementación de garantías la siguiente pregunta:

¿Son eficientes las garantías de cumplimiento, implementadas en la contratación estatal?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Establecer si las garantías de cumplimiento utilizadas en la contratación estatal son eficientes y suficientes para cubrir los incumplimientos generados por la relación contractual.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- ✓ Identificar los mecanismos mediante los cuales el Estado hace efectivas las garantías únicas para cubrir los incumplimientos contractuales.
- ✓ Estimar si los mecanismos utilizados por el Estado para hacer efectivas las garantías únicas, están siendo eficientes para garantizar la salvaguarda del patrimonio estatal.
- ✓ Establecer si las garantías únicas son suficientes para garantizar la ejecución de los contratos objeto de incumplimientos.

1.4. MARCO TEORICO CONCEPTUAL

Para empezar a hablar del tema que atañe esta investigación, es menester hablar de los antecedentes de la contratación estatal, los cuales están enmarcados constitucionalmente con el propósito de dar cumplimiento a los fines del estado a través de la función de la administración pública como reza el artículo de la carta nacional: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad (...) Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” (Const. Colombia, art. 209, 1991).

Es función de la Administración pública cumplir con los fines del estado. Puesto lo antes dicho en otras palabras, cuando los colombianos eligen al presidente, al gobernante, al alcalde, etc., se están declinando por la mejor propuesta de servicios y garantías que ofrece cada aspirante al mandato, los colombianos se acogen al mejor plan de gobierno, mejor plan de desarrollo nacional y al plan nacional de compras y servicios. Estos servicios están en cabeza del Estado según la Carta Magna Colombiana: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios” (Const. Colombia, art. 365, 1991).

Cuando se hace referencia al plan nacional de compras, se refiere a los servicios que el Estado colombiano va a contratar dentro de su periodo de mandato, con el fin de brindar bienestar a los administrados, y cumplir con los fines del Estado, que igualmente enmarca la Constitución: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas” (Const. Colombia, art. 366, 1991).

Para contratar los servicios de privados para la obtención de bienes y servicios, las entidades del estado deben acogerse al plan nacional de compras dentro del marco legal de la

contratación estatal a través de “Colombia Compra Eficiente”, la cual fue creada mediante el Decreto 4170 de 2011 “Por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, se determinan sus objetivos y estructuras”, donde consideran la necesidad de tener una institucionalidad como base rectora en gestión contractual que promueva, articule, le haga seguimiento a las políticas de la actividad estatal, que mitiguen los riesgos de corrupción en la contratación pública. El estatuto de contratación estatal es un compilado de normas y decretos, que establecen la reglas para la contratación entre los particulares y las entidades estatales para cumplir el plan anual de compras que este autorizados y a su vez cubrir la necesidades, bienes y servicios que el estado debe suministrar a los administrados mejorando así calidad de vida de los mismos, y llevando el país a un desarrollo económico, político y social optimo, bajo los principios de la contratación estatal y los principios de la función de la administración pública de planeación, celeridad, economía, eficiencia, buena fe, responsabilidad, transparencia y demás establecidos en las normas.

Para la celebración de los contratos del estado, el mismo cuenta con el presupuesto general de la nación del cual el 54,7 % proviene de los impuestos que pagan los ciudadanos y el 45,3% de otros ingresos según lo dispuesto en el presupuesto general de la nación en 2016 (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2016); como se puede observar los dineros del presupuesto nacional provienen en su mayoría del pueblo, y por ser recursos públicos, la administración del estado debe salvaguardar los mismos.

Dentro de la contratación estatal existen varias modalidades de contratación con las cuales el estado cuenta para adquirir bienes y servicios, de manera que su proceso sea el adecuado según el monto y objeto a contratar, entre los cuales están licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, mínima cuantía y demás modalidades que disponga la ley en materia de contratación pública (Decreto 1082, art. 2.2.1.2.1.1.1. al 2.2.1.2.1.5.4, 2015).

Esta contratación tiene tres etapas la precontractual, la contractual y pos contractual, las cuales deben estar amparadas con garantías a fin de respaldar cualquier tipo de riesgo en el que se vea afectada la entidad contratante por el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Las garantías son el respaldo de un bien que se adquiere o servicio que se presta; también significa

como lo expresa el autor Hernando Galindo (2011, p.12), garantía: Esta palabra significa afianzamiento, prenda, seguridad, protección, promesa.

De la definición dada, se entiende que la garantía es la que se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios y corresponde a la obligación a cargo del productor de garantizar las condiciones de calidad e idoneidad, y que esta misma inicia desde el momento en que se realiza el contrato y hace referencia en la posibilidad de poder obligar al prestador del servicio a que entregue el bien o a que realice el trabajo en adecuadas condiciones.

A su vez en el Código de Comercio expresa: *Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho* (Decreto 410, art. 1061, 1971).

Es así que el Estado colombiano imparte como norma, que al momento de contratar con los particulares se establezcan unas mínimas garantías que respalden las obligaciones de cumplimiento en los contratos; por siguiente, las garantías a lo largo de la gestión de la administración pública tienen un carácter obligatorio y las deben acreditar cada uno de los contratistas con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones y proteger el patrimonio público.

Tal como lo ha expresado el Consejo de Estado, las garantías de cumplimiento cubren el interés público garantizando la transparencia en el manejo de los recursos públicos, así como también al mismo tiempo se amparan los deberes y derechos de los colaboradores del Estado (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala plena, Sección Tercera, Noviembre 19, 2012).

Si se revisa en la historia de la gestión de la administración del Estado, se puede observar que siempre se ha exigido este tipo de garantías como por ejemplo en la Ley 225 de 1938, Decreto Ley 1670 de 1975 como también en el Decreto Ley 150 de 1976; ya en el Decreto 222 de 1983 *“Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y su entidades*

descentralizadas y se dictan otras disposiciones”, se menciona, que las garantías que respaldan los contratos estatales deberán presentar garantías bien sea bancarias o a través de Compañías de seguros (Ley 222, art. 70, 1983). Con la entrada de la Ley 80 de 1993, se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se deroga el Decreto 222 de 1983, estableciendo la “Garantía Única” como medio para respaldar el cumplimiento de las obligaciones de los contratos que celebre la administración en virtud de los fines del Estado (Ley 80, art. 25, 1993).

Por consiguiente, la “Garantía Única” que se establece en la Ley 80 de 1993, se introduce en la Ley 1150 de 2007, afirmando que dicha garantía podrá constar en pólizas de compañías de seguros, en garantías bancarias y demás mecanismos de cobertura de riesgo autorizados. (Ley 1150, art. 7, 2007).

Finalmente y tras pasar por unos cuantos decreto más, el Gobierno nacional compila las clases de garantías a usar en la contratación, así como también sustituyó el término de garantía única por garantías de cumplimiento; se adiciona al contrato de seguro contenido en póliza y a la garantía bancaria, el patrimonio autónomo y las cartas Stan Bay (Decreto 1082, art. 2.2.1.2.3.1.3. y 2.2.1.2.3.4.1, 2015); es de esta manera que el Gobierno, intenta mostrar con claridad los amparos a la contratación estatal como mecanismo de protección a los bienes públicos.

1.5. METODOLOGIA

El método de investigación usado en el presente trabajo, es el método cualitativo, que se ha desarrollado haciendo uso de pasos lógicos tales como i. Formulación: Es la etapa de análisis de la problemática ii. Esquema: Es el paso seguido en el que se determina el inicio de la investigación y el punto de partida iii. Materialización: Es la etapa media del proceso, en la cual se fija la estructura del contenido de la investigación para llegar al iv. Cierre: Fase en la cual la investigación académica ha finalizado, para dar paso a la conclusión propia.

CAPITULO II

GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO COMO RESPALDO A LA CONTRATACION ESTATAL

2.1. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO

El ser humano a lo largo de la historia ha evidenciado la necesidad latente de cubrir con garantías, las acciones jurídicas en las cuales se enmarcan actividades de trabajo, comercio o mera supervivencia, las cuales evolucionaron en el transcurrir del tiempo.

Data desde los primeros registros de la existencia de la creación de reglamentación jurídica, en los cuales se encuentra prueba de la aplicación y creación de mecanismos de respaldo para garantizar el cumplimiento de un negocio; en efecto se trata del código de Hammurabi en el cual se iniciaron muchas de las civilizaciones jurídicas del mundo, es aquí donde se materializan intercambios o trueques los cuales a consideración de los negociantes o patronos, era necesaria la prestación de una garantía que respaldara el cumplimiento de lo prometido (Ataun, Biblioteca Gratuita).

El código de Hammurabi, incorporo consignas en las cuales la parte afectada podía ser reparada con la garantía, debidamente prestada con anterioridad a la ejecución del negocio *“Si un hombre tiene derecho a reclamarle ya a otro hombre cebada o dinero y le embarga un rehén, y luego, al rehén, en casa de quien lo tomo en garantía, le llega su ultima hora y se muere, en este caso hay lugar a una reclamación judicial”* (Texto Código de Hammurabi, núm. 115).

La historia jurídica del desarrollo de la implementación de las garantías nos lleva directamente al contrato de seguro, el cual tal como se verá más adelante, es una institución jurídica con diversidad de definiciones y orígenes, por lo tanto, existe variedad de conceptos que describen lo que dicho contrato encierra.

El tratadista Bernardo Saiz de Castro (1954), afirma que la figura de garantía de cumplimiento nace como necesidad de aseguramiento; tal como fue citado por Reyes y Baquero, *“La historia de esta clase de seguro es muy vaga, solamente se sabe que alrededor de 1720, cuando en Inglaterra hicieron aparición muchas proposiciones de seguro extrañas, una compañía ofreció asegurar a los amos contra las pérdidas prominentes de la deshonestidad de sus criados. De manera más definida, el negocio de fidelidad fue establecido en 18870, con la organización en Inglaterra de una compañía para formalizar esa clase de negociación”* (Fasecolda, 2011, p. 398).

Joaquín Garrigues citado por Andrea Penagos Botero, definió el contrato de seguro como *“Contrato en virtud del cual una persona natural o jurídica, el asegurado, desplaza todo o parte de los riesgos a que se haya expuesto, a otra persona jurídica, el asegurador, quien lo asume, mediante el pago de una prima, obligándose en caso de siniestro a pagar la indemnización correspondiente.”* (Penagos, A. (2005). *El seguro de cumplimiento en la contratación administrativa.*).

En Colombia una de las primeras definiciones legales se da en 1887, con la expedición del Código de Comercio que define el contrato de seguro como, *“bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona natural o jurídica, toma sobre si, por un determinado tiempo, todos o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro, que corren ciertos objetos pertenecientes a una persona, obligándose mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida, o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados.”* (Decreto 410, art. 1036, 1971).

Mientras Colombia se encontraba bajo el gobierno legal de las disposiciones del Código de Comercio, en el cual, si bien se encontraba incorporada la figura de contrato de seguro, esta presentaba restricciones a la hora de asegurar hechos personales del asegurado, sin mencionar que solo contemplaba el seguro de cosas; en Estados Unidos se darían pasos enormes en pro de la ampliación de la cobertura del contrato de seguro, mediante la promulgación de la Ley de HEARD en 1894 modificada por la Ley MILLER en 1935, que incorporaría a su legislación, la obligación para los contratistas estatales, de prestar garantías que respaldaran el cumplimiento de contratos con el Estado (Fasecolda, 2011, p. 398).

Con los avances doctrinales de la cobertura de las garantías, llegando a la órbita estatal, Colombia expide Ley 225 de 1938 que da origen al seguro de manejo y cumplimiento, con el objeto de garantizar el correcto manejo de fondos o valores que sean confiados a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas responsables.

Dicha Ley sería el inicio de una carrera que desarrollaría la figura de garantías en busca de la protección de los bienes públicos; desarrollo que como palpablemente se ve en la multitud de leyes y decretos, ha sido disperso como la escuela misma del contrato de seguro.

2.2. LAS GARANTIAS COMO RESPALDO A LA CONTRATACION ESTATAL

Dado el primer paso en 1938 con la Ley 225 que tuvo como finalidad expresa amparar a través de una fianza, el pago de los perjuicios que al Estado le ocasionare el tercero contratista en virtud de un negocio jurídico; Colombia avanza con la expedición del Decreto 2950 de 1954 el cual tendría como finalidad establecer disposiciones que aportaran a la efectividad del seguro, manejo y cumplimiento (Fasecolda, 2011, p. 402).

En 1957 la Contraloría General de la República determino por primera vez el papel del Estado como asegurado; en resolución 1810 la Contraloría pretendía blindar los negocios del Estado, de los perjuicios que pudiera causarle el contratista; dicho acto administrativo igualmente otorgo a las aseguradoras el beneficio de exoneración de responsabilidad por incumplimientos en caso de fuerza mayor o caso fortuito. (Fasecolda, 2011, p. 403).

Ya en este punto la historia jurídica colombiana, se hacen notar la necesidad que tuvo el Estado, para fortalecer la figura de contrato de seguro en miras al respaldo del cumplimiento de los contratos estatales; es así que desde la Ley 225 de 1938 y decretos reglamentarios, pasando por el Decreto 150 de 1976, Decreto 222 de 1983 y hasta llegar a la Ley 80 de 1993 (con todas sus reformas), fue que Colombia introduciría el término de garantía única en un estatuto contractual dispuesto específicamente para la contratación pública.

Dentro de la normatividad de la contratación estatal que ha regido y rigie a Colombia, se encuentran diferentes definiciones para lo que hoy se conoce como garantías de cumplimiento. El artículo 58 de la Ley 150 de 1976 junto con el artículo 70 de la Ley 222 de 1983, coincidieron en que las garantías se constituirían en fianzas de compañías de seguros o bancarias, las cuales en el primer caso aprobaría la Contraloría General de la Republica y en el segundo la Superintendencia Bancaria; el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 conservado en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, se estableció la posibilidad de constituir las garantías en pólizas expedidas por compañías de seguros. Por su parte, el Decreto 4828 de 2008 conserva los lineamientos del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, con la creación de una denominación para la garantía constituida en póliza, como *la póliza única de cumplimiento*.

En el año 2012, el legislador da vida a la denominación de **garantía de cumplimiento** que tendrían la finalidad de amparar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de un oferente o contratista, para con las entidades estatales; este desarrollo normativo tuvo inicio en el artículo 5.1.4 del Decreto 734 de 2012, derogado y sustituido por el artículo 116 del Decreto 1510 de 2013 y a la fecha compilado en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015 (Narváez, J. (2014). *Régimen vigente de la garantía única en el contrato estatal en Colombia*. pp.93).

En la actualidad la Ley 80 sigue en vigencia junto con sus adendas y la Ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015, sumado a ellas, un estatuto anticorrupción, Ley 1474 de 2011; normas que pretenden en virtud de la manifestación de la voluntad del legislador, proteger el detrimento patrimonial del Estado. Sin embargo, tal como lo expresa la doctrina y la jurisprudencia, el legislador en sus intentos de garantizar la eficiencia de la contratación en el país, ha dejado de lado la figura cuyo nacimiento se dio en la necesidad de recibir indemnizaciones tras los daños causados; por tanto desacelero el desarrollo procesal de la ejecución de las garantías para enfocarse en medidas o leyes que intenten evitar los incumplimientos en vez de garantizar el debido proceso y la obligatoriedad de la ejecución de las garantías, que realmente le devuelvan al Estado parte de lo perdido.

2.3. GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La descripción de los tipos de garantías, nace con el artículo 5.1.3 del Decreto 734 de 2012 el cual fue derogado y sustituido por el artículo 111 del Decreto 1510 de 2013, compilado finalmente por el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015; decretos que eliminarían y transformarían las garantías de cumplimiento en busca de tipologías y figuras jurídicas suficientes y eficientes, ver cuadro 1 (Mejía. 2016, pp. 663).

DECRETO 734	DECRETO 1082
Póliza de seguros	Contrato de seguro contenido en una póliza
Fiducia mercantil en garantía	Patrimonio autónomo
Fiducia mercantil en garantía	Garantía bancaria
Endoso en garantía de títulos valores	
Depósito de dinero en garantía	

Cuadro 1

Si bien es cierto que el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, tipifica las clases de garantías que pueden ser suscritas a la hora de respaldar las obligaciones nacientes de contratos estatales o procesos previos y posteriores; esta clasificación deja por fuera una filial de la garantía bancaria, que más adelante en el artículo 2.2.1.2.3.4.1 del mismo Decreto, sería descrita como *cartas de crédito stand by*.

Así mismo, escapa a la clasificación la inclusión de garantías subsidiarias, que el Estado colombiano ha reconocido autorizar excepcionalmente, en el evento de no poder constituirse póliza de seguro expedida por compañía de seguros legalmente establecida en Colombia; las garantías que pueden llegar a existir son fianzas, deudores solidarios entre otro tipo de garantías (Decreto 2136, art.2.5.5.4.2, 2015).

Es claro que la administración no solo cuenta con las garantías sino también con diferentes prerrogativas administrativas de autotutela, para defender los intereses del Estado; sin embargo el desangre fiscal que se atribuye al incumplimiento de contratos es enorme y bien sea por falta de planeación o por corrupción al interior de las entidades estatales, la falta de procedimientos claros y realmente transparentes, le cuestan a la nación perjuicios irremediables.

CAPITULO III

CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y AMPAROS DE LA GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

3.1. LAS GARATIAS DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Tal como lo desarrollo el capítulo anterior, las garantías de cumplimiento aplicables a la contratación Estatal, son mecanismos mediante los cuales el Estado pretende proteger y hacer valer sus derechos de forma ágil y eficiente, derechos que para la colectividad nacional no se respetan ni se hacen valer. Sin embargo, el legislador continúa esforzándose por buscar alternativas que eviten la corrupción y desangro al erario, ampliando los mecanismos de protección a los contratos Estatales, tal como a la fecha se desarrolla a través del Decreto 1082 de 2015, con 3 tipos de garantía aplicables, las cuales vale la pena profundizar (Colombia Compra Eficiente, Diciembre 15, 2014).

3.1.1. CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro, debe estar contenido en una póliza que expida una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia y vigilada por la Superintendencia Financiera; el contrato de seguro no deberá contener en sus cláusulas generales, exclusión o limitación alguna de responsabilidad, que sean distintas a las aceptadas así como amparos, coberturas, vigencias y valores asegurados, sean los exigidos por la entidad estatal.

3.1.1.1. Partes en el contrato de seguro

Tomador: Es quien toma la póliza en este caso oferente o contratista, en busca de amparar las obligaciones nacientes de la presentación de una oferta, celebración y liquidación de un contrato y riesgos nacientes por responsabilidad extracontractual.

Aseguradora: Es la entidad legalmente constituida en el territorio nacional y vigilada por la Superintendencia Financiera a quien se le traslada el riesgo del oferente o contratita propiamente dicho.

3.1.1.2. Exclusiones

El Decreto 1082 del 2015 señala en el artículo 2.2.1.2.3.2.3 las 4 únicas exclusiones de responsabilidad que la entidad estatal debe admitir; señala igualmente que exclusiones diferentes a las de ley, serán no escritas y no producirán efecto alguno.

3.1.1.3. Irrevocabilidad

El legislador (artículo 2.2.1.2.3.2.5 del Decreto 1082 de 2015) pretende implementar las medidas necesarias que protejan el patrimonio público; es por ello que se ha limitado la revocatoria de una póliza de seguro a favor de una entidad estatal, por no pago de la prima o la terminación unilateral de dicho contrato.

3.1.1.4. Generalidades del Contrato de Seguro

El contrato de seguro contenido en una póliza deberá estar compuesto de las siguientes condiciones generales, que, para facilidad de las partes, ha compilado *La guía de Garantías en Proceso de Contratación* de Colombia Compra Eficiente.

- La razón o denominación social del asegurador.
- El nombre del tomador.
- Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador.
- La identificación precisa de la cosa o de la persona con respecto a las cuales se contrata el seguro.
- La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de inicio y vencimiento, o el modo de determinarlas.
- La suma asegurada o el modo de precizarla.
- La prima o el modo de calcularla y la forma de pago.
- Los Riesgos que el asegurador toma a su cargo
- La fecha en que se expide y la firma del asegurador.
- Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes, teniendo en cuenta las exclusiones de responsabilidad permitidas.
- La solicitud del seguro firmada por el tomador.

- Anexos, exclusiones, definiciones y en general todas aquellas condiciones generales que hayan sido pactadas en el contrato de seguro

3.1.1.5. Prescripción

El artículo 1081 del Código de Comercio colombiano, establece que la prescripción de las acciones que se deriven del contrato de seguros, podrán ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria es de dos años, contados a partir de la fecha en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento de hecho que da base a la acción; quien para el caso el interesado será la entidad estatal.

La prescripción extraordinaria por su parte es de cinco años contados a partir del nacimiento el respectivo derecho o llamado de otra forma, ocurrencia del siniestro.

Para los casos de declaratoria de incumplimiento en contratos estatales, estos deberán realizarse mediante acto administrativo el cual debe estar en firme antes del término de prescripción de la acción de contrato de seguro.

3.1.2. PATRIMONIO AUTÓNOMO

El patrimonio autónomo se crea mediante un contrato de fiducia mercantil, en el cual los bienes, derechos o rendimientos de los mismos, sirven de respaldo a las obligaciones del oferente o contratista para con la entidad estatal. En el patrimonio autónomo los bienes o derechos se mantienen separados de la sociedad fiduciaria para que realmente sirva de garantía.

3.1.2.1. Partes

Como ya se mencionó el patrimonio autónomo nace de una fiducia mercantil, por ello las partes a las que se hará referencia son las pertenecientes al contrato de fiducia; fideicomitente, quien transfiere uno o más bienes específicos y fiduciaria, quien recibe los bienes, obligándose a administrarlos en provecho del fideicomitente o un tercero beneficiario.

3.1.2.2. Requisitos de aceptación de bienes en el patrimonio autónomo

Los bienes que entren a formar parte del patrimonio autónomo, con los cuales se pretenda constituir garantía, deberán ser no solamente suficientes sino también idóneos a la hora de cubrir las obligaciones a garantizar.

El artículo 2.2.1.2.3.3.2 del decreto en cita, ha clasificado los bienes que pueden ser admisibles como garantías; de ahí que los que no cumplan con las características señaladas no cumple con la idoneidad para respaldar cualquier tipo de obligación.

*Artículo 2.2.1.2.3.3.2 Admisibilidad de bienes para conformar el patrimonio autónomo. La entidad estatal **solamente** puede aceptar como garantía el patrimonio autónomo conformado con los siguientes bienes y derechos:*

1. Valores que pueden conformar las carteras colectivas del mercado financiero, o la participación individual del contratista en carteras colectivas. La Entidad Estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el noventa por ciento (90%) del monto de tales valores.

2. Inmuebles libres de limitaciones de dominio con un valor superior a dos mil (2.000) smmlv, que generen rentas en un (1) año por valor mayor al cero punto setenta y cinco por ciento (0,75%) mensual del precio de realización establecido en el avalúo que debe realizar un experto, de acuerdo con el artículo siguiente del presente decreto. Estas rentas no pueden estar a cargo del contratista garantizado y deben hacer parte del patrimonio autónomo. La Entidad Estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el setenta por ciento (70%) del valor del avalúo de los bienes inmuebles fideicomitidos.

3.1.2.3. Generalidades del contrato de fiduciario de garantía

El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.3.1., relaciona en 10 ítems las características, así como los requisitos a cumplir a la hora de que el oferente o contratista decida suscribir el contrato de fiducia par la constitución del patrimonio autónomo.

Dentro de las disposiciones más representativas se encuentra la obligatoriedad de que la entidad estatal, sea la beneficiaria del patrimonio autónomo, la necesidad de evaluar la suficiencia de los bienes en el tiempo para servir de garantía y avisar a la entidad estatal y al fideicomitente de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas entre otros aspectos.

3.1.3. GARANTÍA BANCARIA Y CARTA DE CRÉDITO STAND BY

Las garantías bancarias y cartas de crédito stand by, son compromisos irrevocables asumidos por entidades financieras para pagar una suma de dinero determinada en el evento de existir incumplimientos en las obligaciones garantizadas; la suma será pagadera con un solo requerimiento del beneficiario.

3.1.3.1. Modalidades

Las modalidades de este tipo de garantías pueden ser comerciales, de cumplimiento, buen uso del anticipo, licitaciones, pago directo y contra garantía.

El artículo 2.1.12.1.1. del Decreto 2555 de 2010, establece las garantías bancarias que pueden o no otorgarse y que, para el caso de los contratos estatales, no aplican.

3.1.3.2. Requisitos

- La garantía constara en documento expedido por entidades financieras autorizadas por la Superintendencia Financiera (bancos, corporaciones financieras y compañías de financiamiento).
- La garantía debe hacerse efectiva al primer requerimiento de la entidad estatal beneficiaria.
- Debe ser irrevocable, de estipularse lo contrario serán como no escritas.
- Debe ser suficiente para cubrir los valores mínimos de que tratan los artículos 2.2.1.2.3.1.9 y 2.2.1.2.3.1.16 de Decreto en estudio.

3.2. RIESGOS AMPARABLES POR LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

3.2.1. COBERTURA DE LAS GARANTIAS

Los artículos 2.2.1.2.3.1.1., 2.2.1.2.3.1.7., 2.2.1.2.3.1.1.8. y 2.2.1.2.3.1.1.14. del Decreto 1082 de 2015, describen los riesgos que deben ser cubiertos mediante garantías de cumplimiento; el decreto no de forma tácita, sino implica hace la separación de tres etapas en el proceso de contratación estatal, las cuales son una primer etapa previa, la etapa contractual y finalmente una etapa posterior de entrega y liquidación de la ejecución total del contrato.

A continuación se realizara una división por etapas en los procesos de selección de contratistas, con el fin de exponer claramente las necesidades que deben ser cubiertas, mediante garantías de cumplimiento. (Decreto 1082, art. 2.2.1.2.3.1.1., 2015) (Mejía. 2016, pp. 663 y 667).

3.2.1.1. Etapa Previa

La etapa previa es aquella en la cual, la entidad estatal realiza la selección de ofertas para luego llegar a la adjudicación del contrato; en esta etapa los oferentes deben acreditar la garantía de seriedad en la oferta, con el fin de cubrir las siguientes eventualidades:

- No ampliación de la vigencia de la garantía cuando el plazo para la adjudicación o suscripción
- del contrato sea prorrogado, siempre que esa prórroga no exceda de tres (3) meses.
- Retiro de la oferta después de vencido el plazo para su presentación.
- No suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
- La no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

3.2.1.2. Etapa Contractual De Ejecución

Esta etapa del proceso contractual es en cual es contratista debe dar inicio a la ejecución del contrato, cumpliendo cada una de las obligaciones del mismo. La garantía a constituirse para la cobertura de la ejecución del contrato debe ser exigida por la entidad estatal, con el valor y

plazo que se ajusten al objeto de la contractual; dicha garantía puede cubrir de acuerdo al objeto a ejecutar, todos o alguno de los siguientes riesgos:

- Buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- Devolución del pago anticipado.
- Cumplimiento del contrato.
- Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.
- Responsabilidad civil extracontractual para terceros lesionados

3.2.1.3. Etapa Final

La etapa final hace referencia al recibo de obras o productos finales del contrato, a una cobertura posterior a la entrega y a la liquidación a satisfacción del vínculo contractual. Los riesgos a amparar en esta etapa son:

- Estabilidad y calidad de la obra.
- Calidad del servicio.
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

Del cumplimiento eficaz de los amparos en cada una de las etapas antes descritas son garantes las entidades estatales que en uso de los tecnicismos de cada contrato deberán determinar la pertinencia de las garantías voluntarias y el cumplimiento de las garantías obligatorias, todo con base en las características del objeto contractual, el cual es el punto de partida para hacer de las garantías de cumplimiento una herramienta eficiente y más que suficiente. (Palacios, 2014, pp. 563-566).

La administración como ya se ha ido manifestando, es garante del desarrollo efectivo de los procesos de contratación, ya que es la llamada a vigilar el cumplimiento de los principios que la jurisprudencia y el legislador han ido reiterando (planeación, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad entre otros).

CAPITULO IV

EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO ANTE LA DECLARATORIA DE SINIESTRO

4.1. LA ADMINISTRACION

Tal como se he venido desarrollando los contratos estatales están compuestos de una etapa previa, una contractual y la pos contractual; es en cada una de ellas donde el funcionario representante de la administración debe actuar como protagonista en pro de la sana planeación de la necesidad a contratar, la aceptación de las ofertas junto con las garantías de seriedad, la adjudicación del proceso contractual y su respectiva garantía de cumplimiento, así como la supervisión permanente al desarrollo del contrato y por último el recibo a satisfacción de la obra o del objeto contractual con las garantías que según la naturaleza del contrato, que deban aportarse para la etapa previa.

En consecuencia de lo anterior, se reitera de la importancia del papel de la administración en el cumplimiento de los contratos administrativos, así como la obligación que se le ha otorgado para recuperar o minimizar las consecuencias de incumplimientos contractuales, haciendo uso de la ejecución de las garantías tal como lo dispone el Decreto 1082 de 2015.

El Decreto, no da lugar a la discrecionalidad de la administración si no que obliga a hacer efectivas las garantías; igualmente el funcionario público, debe atender con eficacia, diligencia e imparcialidad las obligaciones que sobre el recaen así como lo necesario para la protección y buen uso del erario.

En vista de las obligaciones que tiene la administración, es importante resaltar que ante la multitud de normas estatales y la dispersión de las mismas, los operadores públicos deben tener como prioridad la dinámica de esta rama del saber; razón por la cual es importante profundizar en el tipo de acciones que puede ejercer el Estado, en pro de la efectividad de las garantías.

4.2. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

Siguiendo la línea de la necesidad que debe tener la administración, de esclarecer y entender la forma y los medios de ejecución de las garantías, debe contemplarse en primera medida, cual es el punto de partida para dar paso a la ejecución y como debe desarrollarse dicho procedimiento.

Es el siniestro, 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, es importante identificar en que consiste el siniestro y cuando se entiende ocurrido.

La doctrina y la jurisprudencia han manifestado la diferencia entre el siniestro y declaratoria del mismo; el siniestro nace desde la misma ocurrencia del incumplimiento del contratista, por su parte la declaratoria del mismo se presenta en el momento que la administración tiene o debe tener conocimiento de la ocurrencia de los hechos.

No obstante, lo anterior, el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 establece la modalidad mediante la cual puede causarse el siniestro sin que obedezca propiamente a la ocurrencia de incumplimientos contractuales; se trata de los actos administrativos mediante los cuales, la entidad contratante declare la caducidad o imponga multas y a su vez se haga efectiva la póliza de cumplimiento, en dichas circunstancias se entenderá constituido el siniestro.

Por su lado, el artículo citado también establece el modo mediante el cual la entidad estatal constituirá la reclamación; dicha reclamación tendrá vigencia en el momento en que la entidad declare mediante acto administrativo el incumplimiento del contrato estatal, haga efectiva la cláusula penal o tase los perjuicios causados. (Palacios, 2016, pp. 341)

SINIESTRO	RECLAMACIÓN
Se origina con los actos administrativos: <ul style="list-style-type: none"> ✓ Declaratoria de caducidad ✓ 2. Imposición de multa con efectividad de la paliza de cumplimiento 	Se origina con el acto administrativo: <ol style="list-style-type: none"> 1. Declaratoria de incumplimiento

La declaratoria de incumplimiento contractual debe realizarse como ya se dijo mediante acto administrativo, el cual irá debidamente motivado con plena descripción de los fundamentos facticos y probatorios del siniestro o mismo incumplimiento contractual, así como la cuantificación de la indemnización por perjuicios.

Teniendo en cuenta que será el acto administrativo de declaración de incumplimiento, el que configure la reclamación; este deberá ser expedido y notificado dentro de los dos años siguientes a que la entidad contratante conoció o debió tener conocimiento del siniestro, interrumpiendo así con el termino de prescripción. Conforme la legislación mercantil aplicable al contrato de seguro, artículo 1081 del Código de Comercio.

Por otra parte, y en lo que concierne a los actos administrativos, si bien se dijo que la administración tiene la facultad de declarar sin sujeción a un juez, el siniestro o la reclamación y que los mismos ostentan la presunción de legalidad y fuerza ejecutoria; se encuentran sujetos a control de legalidad, mediante el agotamiento de los recursos propios de la actuación administrativa o haciendo uso de la vía judicial (Palacios, 2016, pp. 438).

4.3. ACCIONES JUDICIALES SIGUIENTES AL SINIESTRO

4.3.1. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

El medio de control de controversias contractuales, está regulado por el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA; será procedente en lo que respecta a las controversias derivadas del contrato de seguro en dos casos:

En el caso de hacer valer el control de legalidad de los actos administrativos que hacen efectiva la póliza de cumplimiento, declaran la caducidad o el incumplimiento del contrato.

Cuando se pretenda resolver las controversias entorno al cumplimiento del contrato o a su liquidación.

La jurisprudencia de la Consejo de Estado, ha favorecido de manera imperante el uso del medio de control de controversias contractuales, por encima de otros tales como nulidad simple o nulidad y restablecimiento de derecho; igualmente la jurisprudencia ha mencionado los escenarios en los cuales la empresa aseguradora puede hacer parte de la controversia (Consejo de Estado. Sección Tercera, Abril 22, 2009).

En este medio de control se pondrá en discusión el cumplimiento del contrato, por ende la empresa, banco o fiducia aseguradora podrá ser parte al interior de la controversia, en la etapa de la demanda que presente la entidad contratante y el contratista proceda a llamarla en garantía, será parte en el momento de formulación de la demanda y sea llamado como parte demandada.

4.3.2. ACCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

La Ley 1437 de 2011 ha otorgado a los jueces contenciosos la competencia procesal especial para conocer de los procesos ejecutivos que se deriven de contratos en los cuales intervenga una entidad pública, por lo cual impera el régimen especial sobre el general al que usualmente están acostumbradas las empresas de seguros.

El contrato estatal es entonces, un título ejecutivo por excelencia, ya que son actos jurídicos creadores de obligaciones con objetos plenamente determinados, plazos, obligaciones de las partes, prestaciones recíprocas y demás características esenciales que componen un contrato; esto con las excepciones que la ley ha dispuesto para los contratos celebrados por el Estado (Rodríguez, 2013, pp. 81).

Por su parte y en lo que respecta al título ejecutivo, este estará compuesto del contrato estatal que deberá incluir obligaciones claras, expresas y exigibles, tal como se describe en el artículo 99 del CPACA, el acto administrativo que declare el incumplimiento o siniestro y la póliza o constancia de acreditación de la garantía.

En lo que atañe al comprobante de la existencia de la garantía, es deber de la administración aprobar y revisar la legalidad de las pólizas, garantías bancarias y otros

documentos que acrediten la legalidad de dichas garantías; por tanto la configuración del título ejecutivo puede llegar a objetarse al acreditarlo con un documento inadecuado y poco eficiente (Rodríguez, 2013, pp. 50).

Tal como lo expreso la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado radicado 23565 del 27 de julio de 2005, existen procedimientos no escritos que pueden llevar al decaimiento e la acción ejecutiva, toda vez el título la unión de documentos auténticos y con presunción de legalidad, por lo tanto si la administración no realiza una tarea acuciosa de aceptación y revisión de garantías, es posible que la garantía no sea plenamente constituida o que el documento original en el cual deba constar, no exista.

La administración no solo debe pretender adjudicar un proceso contractual, debe desarrollar cada una de las etapas de la contratación con la conciencia de la importancia de cada una de ellas; por su parte, la jurisdicción contenciosa deberá simplemente evaluar los documentos que integran el título ejecutivo y librar o no el mandamiento de pago; de la evolución satisfactoria del título y de la expedición del mandamiento de pago es responsable única y exclusivamente la entidad estatal.

CONCLUSIÓN

Para la pregunta, ¿son eficientes las garantías de cumplimiento implementadas en la contratación estatal?, existe una única respuesta, la cual está basada en la presente investigación, con un resultado positivo el cual se traduce en, sí, son eficientes.

Desde 1938 Colombia decidió amparar a través de la fianza los perjuicios que un tercero contratista le causare, a la fecha y en vigencia del Decreto 1082 de 2015, Colombia continúa amparando la contratación estatal en contratos de seguros, en su gran mayoría; los cuales fueron creados para responder por un tercero y resarcir el perjuicio causado. Los contratos de seguros contenidos en pólizas, el patrimonio autónomo y la garantía bancaria son en su naturaleza son instrumentos que bien ejecutados cumplen con su objetivo primordial, reparar.

No son ineficientes las garantías como ya se dijo, son instrumentos que bien ejecutados cumplirían con su misión original; sin embargo el desarrollo jurídico legal de la contratación estatal de nuestro país ha sido un intento “desesperado de evadir la corrupción” sin fruto alguno, ya que a la fecha Colombia no tiene un estatuto visible y ordenado de contratación estatal, que de los lineamientos jurídicos que se necesitan. Una muestra de esto es la reglamentación desorganizada y dispersa que el Gobierno Nacional hizo con el tema de garantías de cumplimiento (Palacios, 2016, pp. 407):

- Decreto 4828 de 2008
- Decreto 734 de 2012
- Decreto 1510 de 2013
- Decreto 1082 de 2015

Lo anterior es solo una pequeña muestra del universo de normas que hacen de esta ciencia cada día más inexacta y sujeta a la subjetividad, interpretación y beneficio de unos cuantos. La jurisprudencia ha recalado las obligaciones que los funcionarios públicos deben cumplir en pro de la adecuada implementación de las garantías; de modo tal que a la hora de hacerlas efectivas conserven su eficiencia.

En conclusión, existe un primer error en el inicio de los procesos de contratación estatal y es, la existencia de funcionarios sin el conocimiento necesario o peor aún sin compromiso y responsabilidad institucional e incluso estatal, que responsablemente desarrollen cada etapa del proceso contractual.

La entidad contratante a través de sus representantes, juegan un papel primordial en lo que a cumplimiento se trata; no solo son los gestores de la necesidad, que dé como resultado el vínculo contractual, sino que también deben verificar el cumplimiento cabal de lo contratado junto con las garantías de respaldo que deban ejecutarse ante el incumplimiento. Todo inicia en la planeación del proceso de contratación, ya que es el punto idóneo para identificar el tipo de garantías a solicitar de acuerdo con el objeto, valor, plazo y naturaleza del contrato; esto con el objetivo de cumplir la finalidad misma de la administración, la cual debe estar en caminata a lograr no solo la adjudicación del contrato sino también la materialización eficaz de la necesidad que dio origen al proceso contractual.

Sin embargo y tal como la jurisprudencia lo ha manifestado, la administración debe conocer los procedimientos necesarios para solicitar, aceptar y hacer efectiva una garantía antes de iniciar los procesos contractual; el operador administrativo debe saber que las garantías en su gran mayoría se constituyen mediante pólizas de seguros, que dichas pólizas, no dejan de mantenerse en la órbita comercial. Por lo tanto, como en cualquier seguro, para hacerse efectivo debe declararse el siniestro; es así que la administración debe ceñirse a dicho procedimiento de declaratoria de siniestro que le permita desarrollar la ejecución efectiva de la garantía.

Como se evidencio en el avance histórico de las garantías, estas provienen del contrato de seguros que en si no tuvo una escuela jurídica unificada, sin embargo ha logrado estabilizarse y ser motor incluso de la economía privada y estatal.

Es así, que la investigación llega a una segunda conclusión y es aquella en la que no solo los representantes de la administración carecen del conocimiento o la disposición para planificar y ejecutar garantías; es la dispersión legal lo que hace no solo enredada la tarea de brindar

cobertura al Estado, sino también peligrosa, ya que al ejercer a diario con ambigüedad y vacíos jurídicos, puede llegar a cometerse de buena fe errores que aparte de empobrecer al país, le cuesten a un buen funcionario la libertad.

Colombiano debe darse a la tara de compilar un estatuto general de la contratación, que plantee procedimientos fáciles, rápidos y garantistas que hagan de la contratación en especial de las garantías de cumplimiento lo que en realidad son, herramientas o instrumentos de protección al patrimonio público.

Igualmente el Estado debe estudiar si los procedimientos actuales de declaratoria de caducidad o incumplimiento están siendo eficientes, o debe estructurarse nuevamente un mecanismo que sea rápido, que no esté sujeto más que a revisión sin dilación alguna y que de una vez por todas, no permitan la dilapidación de dinero ni el deterioro de los recursos ya adquiridos.

La investigación finaliza, concluyendo que repasadas cada una de las normas existentes, los tipos de amparos que posee el Estado y los mecanismos para hacerlos efectivos; es imprescindible mantener vigentes las garantías de cumplimiento, acompañadas de toda una reforma procedimental que clarifique desde el momento inicial de la necesidad, hasta cumplimiento y buen término de los contratos, pasando claramente por una modificación eficiente para los procesos de ejecución de garantías.

REFERENCIAS

1. Ataun, Biblioteca Gratuita. (n.d.). Código de Hammurabi - Anónimo. Extraído en Julio 2, 2017, de <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>
2. Colombia Compra Eficiente, (Diciembre de 2014). Guía de garantías en proceso de contratación. Extraído en Agosto 27, 2017, de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_garantias_r.pdf
3. Fasecolda, (Junio de 2011). Seguro de daños - El seguro de cumplimiento. Extraído en Julio 2, 2017, de http://www.fasecolda.com/files/8013/9101/6691/el_seguro_de_cumplimiento.pdf
4. Galindo, H. (2011). El seguro de fianza - Garantía única de cumplimiento. Bogotá D.C.: Legis
5. Mejía, A. (2016). Compendio unificado de contratación pública. Bogotá D.C.: Dike.
6. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2016). Presupuesto Ciudadano 2016. Extraído en Julio 29, 2017, de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FMIG_50694605.PDF%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
7. Narváez, J. (2014). Régimen vigente de la garantía única en el contrato estatal en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/viewFile/11247/9962>
8. Palacio, J. (2014). La contratación de las entidades estatales. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
9. Palacios, F. (2016). Seguros, temas esenciales. Bogotá D.C.: Ecoe ediciones.
10. Penagos, A. (2005). El seguro de cumplimiento en la contratación administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2056.pdf>

11. Revista DINERO. (Marzo 3 de 2016). La nueva reforma al estatuto de contratación. Extraído en Julio 29, 2017, de <http://www.dinero.com/edicion-impres/pais/articulo/la-nueva-reforma-al-estatuto-de-contratacion-con-la-agencia-colombia-compra-eficiente/221007>
12. Rodríguez, M. (2013). La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
13. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N° 33.339.
14. Decreto 1670 de 1975. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Agosto 18 de 1975. DO. N° 34.388.
15. Decreto 150 de 1976. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Enero 27 de 1976. D.O. N° 34.570 y 34.492.
16. Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Febrero 2 de 1983. DO. N° 36.189.
17. Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 209. Julio 4 de 1991 (Colombia)
18. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO. N° 41.094.
19. Ley 225 de 1995. Por la cual se modifica la Ley orgánica de presupuesto. Diciembre 20 de 1995. DO. N°42.157.
20. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. DO. N°46.691.
21. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. DO. N° 47.956.

22. Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. Mayo 26 de 2015. DO. N° 49.523.
23. Decreto 2136 de 2015. Por el cual se reglamenta el Capítulo VIII del Título III del Libro III de la Ley 1708 de 2014. Noviembre 4 de 2015. DO. N° 49.686.
24. Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 14667 (MP Jaime Orlando Santofimio; Abril 22 de 2009).
25. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala plena, Sección Tercera. Proceso 03075-001 (24.897) (MP Jaime Orlando Santofimio; Noviembre 19 de 2012).