

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No.: 20118010676391

(Bogotá D.C., Miércoles, 23 de Noviembre de 2011)

Asunto: Concepto relacionado con la exigibilidad de garantías, la procedencia de la inclusión de cláusulas exorbitantes y la necesidad de suscribir contrato en la contratación de seguros.

Doctora
PATRICIA JARAMILLO SALGADO
Vicepresidenta Jurídica
FASECOLDA
Carrera 7 No., 26-20 Pisos 11 y 12
Bogotá - D. C.

Apreciada doctora:

Por medio de la presenta damos respuesta a su solicitud No. 20116630363412 mediante la cual pregunta sobre la exigibilidad de garantías, la procedencia de la inclusión de cláusulas exorbitantes y la necesidad de suscribir contrato en la contratación de seguros.

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la elocución de los recursos públicos.

En vista de lo anterior, éste Departamento NO se pronunciará sobre los aspectos particulares y específicos. No obstante lo anterior, haremos una breve exposición de la normatividad que rige la materia desde una perspectiva en abstracto para que adopte las decisiones que considere más conducentes conforme la situación particular y concreta que corresponda,

1. Régimen de Garantías

De forma general, el Régimen de Garantías en la Contratación sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra regulada en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y reglamentada por medio del Decreto 4828 de 2008 y todas sus modificaciones.

El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece 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.

"Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

"El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en los que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

"El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

"Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento," (Negritas fuera de texto)

De esta manera, se incorporan en materia de garantías para la contratación estatal, una serie de reglas especiales que modifican la regulación ordinaria de las mismas en el derecho común, para establecer diferencias en atención a los intereses que persiguen las entidades estatales en su contratación; y, dotar a las entidades de mecanismos eficientes para hacer efectivos los amparos dados por los contratistas cualquiera que sea el mecanismo de cobertura. Siendo en todo caso competencia del Gobierno Nacional, el señalamiento de los criterios para la exigencia de las garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos en el marco de los contratos, entre otros.

2. Mecanismos de Cobertura del Riesgo:

De forma general, el Decreto 4828 de 2008 con el objetivo de reglamentar el Régimen de Garantías en la Contratación sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estableció como mecanismos de cobertura del riesgo:

- (i) las pólizas de seguros;
- (ii) la fiducia mercantil en garantía;
- (iii) las garantías bancarias a primer requerimiento;
- (iv) el endoso en garantía de títulos valores; y,
- (v) el depósito de dinero en garantía.

De esta forma, el Decreto busca "en el caso de las garantías bancarias como en el de los mecanismos nuevos (...) que funcionan a primer requerimiento de manera que ante el incumplimiento declarado por la entidad estatal acreedora de la garantía ésta sea pagada inmediatamente, sin que el garante pueda oponer las excepciones propias del deudor principal, ni tampoco las de su relación con este"¹

¹ Suárez Beltrán, Gonzalo. La nueva Contratación Pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Bogotá: Legis, 2009. Pág. 468.

Así las cosas, existen en la actualidad cinco instrumentos para garantizar el contenido obligacional de los contratos estatales, donde el reglamento otorga la posibilidad de que el contratista escoja cualquiera otro de los instrumentos de garantía. señalados en el Decreto 4828 de 2008.

3. Excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura del riesgo

Conforme lo establece el artículo 8° del Decreto 4828 de 2008, las garantías no serán obligatorias en los siguientes contratos:

- 1. Empréstito,
- 2. Interadministrativos,
- 3. Seguro,
- 4. Contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad contratante determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.
- 5. Procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes,
- 6. Procesos de subasta inversa para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, y
- 7. Concursos de mérito en los que se exige la presentación de una propuesta técnica simplificada.

En vista de lo anterior, de cara al actual marco normativo, en estos casos NO es obligatoria la exigencia de garantías en materia contractual.

4. Cláusulas exorbitantes

De conformidad con los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales como la caducidad, terminación, interpretación o modificación unilaterales, solo pueden ser incluidas en los casos previstos en dichas normas y no pueden extenderse a otros tipos contractuales habida cuenta que este tipo de facultades exorbitantes son de creación legal y de interpretación restrictiva.

Así lo indicó el H. Consejo de Estado en sentencia 14579 de 2005, M.P, German Rodríguez Villamizar, 20 de octubre de 2005²:

"Las denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión, fueron derogadas por la Ley 80 de 1993, que además restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria."(negritas fuera de texto)

De esta manera, a las voces del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 las clausulas exorbitantes se entienden incluidas así no se hayan hecho explícitas en el contrato, para los que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

² http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma_temas.jsp?i=20142

Por otra parte, la misma disposición legal permite que las mismas puedan ser (facultativamente) incorporadas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En vista de lo anterior, en contratos distintos como el de seguro NO es posible ni facultativamente pacta en el contrato.

Pero adicional a lo anterior, expresamente el legislador de 1993 en el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 exceptuó de la posibilidad de incorporar estas cláusulas en:

- a. Los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia;
- b. Los interadministrativos;
- c. Los de empréstito,
- d. Donación
- e. Arrendamiento
- f. Los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o, del este artículo 14 de la Ley 80 de 1913, que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas,
- g. Los contratos de seguro tomados por las entidades estatales

En vista de lo anterior, es no solo claro sino una imposición legal, que para los contratos de seguro que celebren las entidades estatales NO se incorporen las cláusulas exorbitantes aquí señaladas.

5. Formalidades en la contratación pública

La Ley 80 de 1993 establece no solo como requisito de perfeccionamiento sino de la forma que debe revestir el contrato estatal, que todo contrato conste por escrito. Así lo serbia el artículo 39 de la Ley 80 de 1993:

“Artículo 39°,- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura públicas con excepción 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.” (negritas fuera de texto)

Cabe precisar que el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 que permitía la existencia de contratos sin formalidades plenas, motivo por el cual, en la actualidad, todo contrato estatal debe contar con las formalidades previstas en la Ley y en el reglamento.

Lo anterior se ratifica en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el último inciso del 6° del Decreto 2474 de 2008, "Al pliego se anexará el proyecto de minuta del contrato a celebraran demás documentos que sean necesarios.

6. Contrato de seguro

Al respecto, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece que:

"Artículo 13°,- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley," (negritas fuera de texto)

En este sentido, de conformidad con el artículo 1033 del CCo, "el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva"

Sobre la prueba del contrato de seguro, el Código de Comercio indica lo siguiente:

"Artículo 1046. <Prueba Del Contrato De Seguro - Póliza>. (Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 389 de 1997, El nuevo texto es el siguiente): El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria – ahora Superintendencia Financiera - señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

PARÁGRAFO. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza."(negritas fuera de texto)

Al respecto, es importante indicar que el texto original de esta norma señalaba que el documento por medio del cual se perfeccionaba y probaba el contrato de seguro era la póliza. Como se puede apreciar de lo anterior, la modificación introducida por el artículo 3o. de la Ley 389 de 1997 consiste precisamente en quitarle el carácter formal de la póliza (ad solemnitatem) para dotar al contrato de seguro de su característica primordial que es la consensualidad, dejando el escrito únicamente como una forma de su prueba (ad probationem).

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que la póliza es escrita y debe ser entregada al tomador y en consecuencia a la entidad en original, debiendo cumplir ésta los requisitos establecidos en el Pliego de condiciones acerca de sus condiciones generales, exclusiones y coberturas entre otros, la póliza es el contrato mismo, habida cuenta los requisitos de perfeccionamiento establecidos en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, motivo por el cual, no sería necesario suscribir documento adicional alguno a efectos de su perfeccionamiento, numeración y legalización,

7. Conclusiones

Con relación a la exigibilidad de garantías para la contratación de seguros, de cara al actual marco normativo, en este caso NO es obligatoria la exigencia de garantías en materia contractual.

En cuanto a la procedencia de la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de seguro, NO es posible tal incorporación de dichas cláusulas toda vez que la Ley lo prohibió expresamente.

Finalmente, en lo que refiere a la necesidad de suscribir contrato en la contratación de seguros, teniendo en cuenta que la póliza es escrita y debe ser entregada al tomador y en consecuencia a la entidad en original, debiendo cumplir ésta los requisitos establecidos en el Pliego de condiciones acerca de sus condiciones generales, exclusiones y coberturas entre otros, la póliza es el contrato mismo, habida cuenta los requisitos de perfeccionamiento establecidos en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, motivo por el cual, no sería necesario suscribir documento adicional alguno a efectos de su perfeccionamiento, numeración y legalización.

Conforme a lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de

obligatorio cumplimiento o ejecución; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posición, conforme al grado

análisis y convencimiento adquirido.

Cualquier aclaración con gusto la atenderemos,

Atentamente,

SONIA ASTRID AMAYA VEGA

Directora