

REGIMEN DE GARANTÍAS CONTRACTUALES.

JUAN CARLOS GÓMEZ GUTIÉRREZ

RIESGOS QUE DEBEN CUBRIR LAS GARANTÍAS.

- ▶ 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 título.

CLASES DE GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN.

- ▶ 1. Contrato de seguro contenido en una póliza.
- ▶ 2. Patrimonio autónomo.
- ▶ 3. Garantías Bancarias.

ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.2. – DECRETO 1082 DE 2015.

EL CONTRATO DE SEGURO.

▶ **ARTÍCULO 1036. <CONTRATO DE SEGURO>**. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 389 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

▶ **ARTÍCULO 1037. <PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO>**. 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.

Es un contrato por medio del cual una de las partes llamada asegurador asume el riesgo que la otra parte llamada tomador le traslada y está última se obliga a pagar una prima.

GENERALIDADES DEL CONTRATO DE SEGURO COMO GARANTÍA.

- ▶ Por medio del contrato de seguro podemos amparar:
 - ❑ **Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. (Garantía de Seriedad)**
 - ❑ **Cumplimiento.**
 - ❑ **Responsabilidad Civil Extracontractual.**
- ▶ Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus Riesgos y de sus valores asegurados. La Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.
- ▶ **Cesión del contrato.** Si hay lugar a cesión del contrato a favor del garante, este está obligado a constituir las garantías previstas en el contrato.
- ▶ **Exclusiones.** La Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:
 - 1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.
 - 2. Daños causados por el contratista a los bienes de la Entidad Estatal no destinados al contrato.
 - 3. Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la Entidad Estatal.
 - 4. El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo.

GENERALIDADES DEL CONTRATO DE SEGURO COMO GARANTÍA.

- **Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad.** En el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno.
- **Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro.** La garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente
- **Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros.** La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista.

GENERALIDADES DEL CONTRATO DE SEGURO COMO GARANTÍA.

- ▶ **Prohibición a las compañías de seguros.** Para la venta de alguno de los amparos de que trata la presente subsección, las compañías de seguros no pueden exigir a los proponentes ni a los contratistas adquirir amparos no exigidos por la Entidad Estatal.
- ▶ (Decreto 1510 de 2013, artículo [135](#))
- ▶ **Sanción por incumplimiento de la seriedad de la oferta.** En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción.

PATRIMONIO AUTÓNOMO.

ESTA GARANTÍA SE PUEDE CONSTITUIR PARA LA OFERTA (GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA) O PARA EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO.

SE DEBE CONSTITUIR MEDIANTE UN CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. (Art. 1226 C. de Co.)

ASPECTOS A TENER EN CUENTA:

- ▶ El fideicomitente debe ser el oferente o el contratista o quien esté dispuesto a garantizar sus obligaciones y tenga la facultad para hacerlo, y la sociedad fiduciaria, autorizada para el efecto por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces.
- ▶ La Entidad Estatal que contrata debe ser el beneficiario del patrimonio autónomo.
- ▶ La sociedad fiduciaria está obligada a realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitidos o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación.
- ▶ La sociedad fiduciaria debe periódicamente hacer las valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo, para velar por la suficiencia e idoneidad de la garantía.
- ▶ La sociedad fiduciaria debe avisar a la Entidad Estatal y al fideicomitente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en la que tiene noticia de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas, causada por la disminución del valor de mercado de los bienes que lo conforman y exigir al fideicomitente el remplazo o aumento de los bienes fideicomitidos para cumplir con las normas relativas a la suficiencia de la garantía.

PATRIMONIO AUTÓNOMO.

- ▶ La obligación del fideicomitente de remplazar o aumentar los bienes fideicomitidos dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la solicitud que haga la sociedad fiduciaria.
- ▶ El procedimiento para el remplazo de bienes o para la incorporación de nuevos bienes al patrimonio autónomo.
- ▶ El procedimiento que debe seguirse frente al incumplimiento del oferente o del contratista.
- ▶ Las obligaciones de la sociedad fiduciaria incluyendo sus obligaciones de custodia y administración de los bienes, verificación periódica del valor del patrimonio autónomo, rendición de cuentas e informes periódicos.
- ▶ La forma como procede la dación en pago de los bienes fideicomitidos, para lo cual es necesario que haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha en la cual la Entidad Estatal solicitó a la sociedad fiduciaria ejecutar la garantía y no ha sido posible realizar los bienes fideicomitidos. En este caso, la Entidad Estatal debe recibir la dación en pago por el cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado de los bienes, sin perjuicio de que la Entidad Estatal persiga el pago del perjuicio causado que no haya sido íntegramente pagado.

PATRIMONIO AUTÓNOMO.

ADMIBIBILIDAD 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:

- ▶ 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.
- ▶ 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

PATRIMONIO AUTONOMO.

Avalúo de los bienes inmuebles fideicomitidos.

- ▶ La sociedad fiduciaria debe ordenar el avalúo de los bienes inmuebles, el cual debe hacerse bajo el criterio de valor de realización a corto plazo para efectos de determinar la suficiencia de la garantía. La sociedad fiduciaria debe actualizar el avalúo con la frecuencia establecida en las normas aplicables. Si el avalúo disminuye en más de diez por ciento (10%) de año a año, el fideicomitente debe aportar nuevos bienes para que la garantía sea suficiente.
- ▶ El avalúo debe estar a cargo de una institución especializada inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores que lleva la Superintendencia de Industria y Comercio. La remuneración de los Avaluadores y de los costos del avalúo debe ser cubierta por la sociedad fiduciaria con cargo a los recursos del fideicomiso.

PATRIMONIO AUTONOMO.

CERTIFICADO DE GARANTÍA.

La sociedad fiduciaria debe expedir a nombre de la Entidad Estatal un certificado de garantía en el cual conste la siguiente información:

1. La suficiencia de la garantía para cada una de las coberturas.
2. Los estados financieros actualizados del patrimonio autónomo y una descripción de los bienes que lo conforman.
3. El procedimiento a surtir en caso de hacerse exigible la garantía, el cual no podrá imponer a la Entidad Estatal condiciones más gravosas a las contenidas en este título.
4. Los Riesgos garantizados.
5. La prelación que tiene la Entidad Estatal para el pago.
6. Los mecanismos con los cuales la sociedad fiduciaria puede hacer efectiva la garantía sin afectar su suficiencia.

GARANTÍAS BANCARIAS.

Definiciones:

Las garantías bancarias son operaciones por las cuales la entidad financiera actúa como garante de unas obligaciones específicas de sus clientes a favor de acreedores de estos últimos. (Definición tomada de “ Estudio Régimen Legal Colombiano – Sector Financiero – Bancoldex – 1995).

Las garantías bancarias y las cartas de crédito stand by son compromisos irrevocables e incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero. (Definición tomada de la “ Guía de Garantías en Procesos de Contratación de CCE).

GARANTÍAS BANCARIAS

CLASES DE GARANTÍAS.

- ▶ Cartas de Crédito Standby.
- ▶ Avaes Bancarios.
- ▶ Garantías Bancarias.

GARANTÍA DE RIESGOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA.

GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

- ▶ **El oferente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos:**
 - ▶ 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 falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato

SUFICIENCIA DE LA SERIEDAD DE LA OFERTA

Debe estar vigente desde la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato, su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta salvo en los contratos cuya cuantía sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV.

- ▶ mayor a 1 millón hasta 5 millones
2,5% de la oferta
- ▶ mayor a 5 millones hasta 10 millones
1% del valor de la oferta
- ▶ mayor a 10 millones
0,5% del valor de la oferta

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.

Debe cubrir los Riesgos derivados del incumplimiento del contrato, con esta se pueden cubrir los siguientes amparos de acuerdo las condiciones establecidas en el objeto del contrato:

- ❑ Buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- ❑ Devolución del pago anticipado.
- ❑ Cumplimiento del contrato.
- ❑ Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.
- ❑ Estabilidad y calidad de la obra.
- ❑ Calidad del servicio.
- ❑ Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.

BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO –PAGO ANTICIPADO.

- ▶ Buen manejo y correcta inversión del anticipo. 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.
- ▶ Devolución del pago anticipado. Cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.
- ▶ Debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo o pago anticipado, ya sea este en dinero o en especie.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO

GARANTÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Las Entidades Estatales exigirán en los contratos de obra y en los contratos que por su objeto o naturaleza sea necesario una póliza de responsabilidad civil extracontractual, buscando cubrir a la entidad de los perjuicios que puede surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista o de los subcontratistas.

SUFICIENCIA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato, el valor asegurado por los contratos de seguro que amparan la responsabilidad civil extracontractual no debe ser inferior a:

- ▶ 200 SMMLV para contratos cuyo valor sea inferior o igual a mil quinientos (1.500) SMMLV.
- ▶ 300 SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a mil quinientos (1.500) SMMLV e inferior o igual a dos mil quinientos (2.500) SMMLV.
- ▶ 400 SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a dos mil quinientos (2.500) SMMLV e inferior o igual a cinco mil (5.000) SMMLV.
- ▶ 500 SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a cinco mil (5.000) SMMLV e inferior o igual a diez mil (10.000) SMMLV.
- ▶ El cinco por ciento (5%) del valor del contrato cuando este sea superior a diez mil (10.000) SMMLV, caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo setenta y cinco mil (75.000) SMMLV.

PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES.

- ▶ Debe estar vigente por el plazo del contrato y tres (3) años más.
- ▶ El valor de la garantía no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato.

ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA

- ▶ Debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar.
- ▶ La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato, lo cual se debe reflejar en los documentos del proceso. Como consecuencia del análisis anterior y según la complejidad técnica del contrato a celebrar, esta garantía podrá tener una vigencia inferior a cinco (5) años y en todo caso de mínimo un (1) año.
- ▶ Para establecer la complejidad técnica del proyecto, y por ende la vigencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a los cinco (5) años, la justificación técnica del experto en la materia objeto del contrato tendrá en consideración variables como las siguientes: el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros, pero sin limitarse únicamente a la cuantía del proceso."

CALIDAD DEL SERVICIO

- ▶ La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.
- ▶ En los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del parágrafo del artículo [85](#) de la Ley 1474 de 2011

CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES

- ▶ La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.

<p>GARANTÍA DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO</p>	<p>Debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, su valor debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie</p>
<p>DEVOLUCIÓN DEL PAGO ANTICIPADO</p>	<p>Debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de todas las obligaciones asociados al pago anticipado, su valor debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado de forma anticipada, ya sea este en dinero o en especie.</p>
<p>PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES</p>	<p>Debe estar vigente por el plazo del contrato y tres (3) años más, su valor no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato.</p>
<p>ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA</p>	<p>Debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra, La Entidad Estatal debe determinar el valor asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar.</p>
<p>CALIDAD DEL SERVICIO</p>	<p>La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos</p>
<p>CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES</p>	<p>La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos</p>

RESTABLECIMIENTO O AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA

Cuando con ocasión de las reclamaciones efectuadas por la Entidad Estatal, el valor de la garantía se reduce, la Entidad Estatal debe solicitar al contratista restablecer el valor inicial de la garantía.

Cuando el contrato es modificado para incrementar su valor o prorrogar su plazo, la Entidad Estatal debe exigir al contratista ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso.

La Entidad Estatal debe prever en los pliegos de condiciones para la Contratación, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adicionarla.

EFFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS

- ▶ Acto administrativo en donde la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.
- ▶ Acto administrativo en donde la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.
- ▶ Acto administrativo en donde 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.