

80112 EE65949

Bogotá, D. C., 22 de Noviembre de 2005

Doctor
GUSTAVO ENRIQUE MORALES COBO
Vicepresidente Jurídico
Federación de Aseguradores Colombianos
Carrera 7a 26-20 Piso 11/12
Bogotá, D.C.

ASUNTO CONTRATOS ESTATALES.- GARANTÍAS.- Momento de
 constitución y vigencia.

1. ANTECEDENTE.

Esta Oficina conoce su oficio con el cual solicita nuestro pronunciamiento a fin de determinar los siguientes aspectos:

1. Legalidad de la expedición de las pólizas con vigencia retroactiva.
2. Fecha de vigencia de la póliza.
3. Viabilidad de sanciones para los servidores públicos que exigen las garantías con fecha retroactiva.
4. Tipo de responsabilidad a que se hace acreedor un servidor público al permitir la ejecución de un contrato sin la constitución de la garantía única.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

2.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales a que se refiere dicho estatuto, previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales, o derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo allí se definen. El contrato estatal tiene como principio fundamental la autonomía de la voluntad, es decir, en su formación surge el acuerdo de voluntades frente a prestaciones, en relación con propósitos comunes, en donde uno de los extremos del contrato es el Estado, y la otra un particular, que de conformidad con lo establecido en el artículo 3° ibídem, es un colaborador de la administración pública.

Además de acatar el principio de la autonomía de la voluntad y en desarrollo de éste, es imprescindible que el gestor público cumpla con todos los requisitos y disposiciones establecidas en la celebración del contrato, toda vez que en el mismo, debe imperar el interés público.

En este sentido, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, establece :

“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto .”(…).

El fin de esta disposición es establecer las estipulaciones u obligaciones a que se comprometen las partes, las cuales se constituirán en la ejecución del negocio jurídico y para efectos de su ejecución, asegurar los recursos necesarios para la cancelación de la contraprestación, como también amparar los riesgos propios de cada contrato y asegurar el cumplimiento de cada una de las obligaciones derivadas del mismo, en otras palabras es una verdadera protección de los recursos públicos.

El itinerario lógico que se deriva de las normas de contratación es el siguiente:

1. Adjudicación del proceso de selección.
2. Preparación de la minuta por la entidad.
3. Estudio y suscripción del contrato por parte del contratista.
4. Suscripción del contrato por parte de la entidad estatal.
5. Entrega de un ejemplar del contrato al contratista para que adelante las actuaciones de constitución de la garantía única y publicación del contrato.
6. Expedición de la garantía única por parte de la compañía aseguradora.
7. Estudio de la póliza por la entidad estatal.
8. Realización de ajustes a la póliza si hay lugar a ello.
9. Expedición del documento de aprobación de la póliza.

Como se puede apreciar entre el día de la firma del contrato por la entidad estatal y la expedición de la garantía única, pueden pasar algunos días. Por ello, no es razonable la exigencia que coincidan la fecha de suscripción del

contrato con la expedición de la garantía; por esa razón es lógico que no coincidan las fechas de firma del contrato y de expedición de la póliza, sin perjuicio de la plena cobertura de los riesgos desde el momento en que inicie la ejecución del objeto contractual y hasta su finalización. Es decir que las diferencias de fechas no afecten de manera alguna la efectividad del amparo.

2.2. La Garantía en los contratos estatales es de orden público, en razón a que su fin es la protección del patrimonio público, para tales efectos en el texto del contrato debe incluirse una cláusula que contenga dicha estipulación, lo que constituye una verdadera obligación principal del contratista.

Una vez se perfecciona el contrato estatal surge la obligación del contratista de constituir la Garantía Única que ampara los riesgos propios de la ejecución del contrato, es decir, el contratista debe suscribir con una Compañía Aseguradora o Bancaria el correspondiente contrato de seguro, en consecuencia la ejecución y vigencia del contrato estatal sólo puede regir una vez, otorgada y aprobada la Garantía Única.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1036 del Código de Comercio, el contrato de seguro es solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva y se perfecciona en el momento que el asegurador suscribe la póliza.

En otras palabras, en materia de pólizas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones del contratista, la vigencia de las mismas inicia cuando se perfecciona el contrato de seguro, lo cual no puede ser anterior a la firma del contrato estatal, en tal sentido la vigencia de las garantías es posterior a la celebración del contrato estatal.

En estas condiciones, suscrito el contrato estatal, la entidad procede a conceder un término prudencial (entre 2 y 4 días) para que el contratista suscriba la póliza.

La vigencia de la Garantía Única debe comprender todo el tiempo que subsistan las obligaciones del contratista derivadas del contrato estatal, hasta la liquidación del contrato objeto de la garantía, tal como lo establece el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993. y se inicia con la expedición de la póliza por la compañía aseguradora o bancaria.

2.3. Teniendo en cuenta que el contrato estatal es el principal instrumento de gestión fiscal de la administración pública, toda vez que en éste, va envuelto la erogación de dineros públicos, no es procedente iniciar la ejecución del contrato sin la previa constitución y aprobación de las garantías.

Sobre el tema se refirió la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonel, en los siguientes términos.

“La realización de un contrato, aun de aquéllos de ejecución inmediata o instantánea, supone ordinariamente un riesgo que trasciende más allá de la ocurrencia del simple incumplimiento y que puede comprometer, eventualmente, la estabilidad de la obra, la calidad de los equipos o de los suministros, el pago inoportuno o parcial o el desconocimiento de los derechos y prestaciones de los trabajadores que intervinieron en la realización de la obra, y tantos otros riesgos, que se buscan prevenir y subsanar con las aludidas garantías.”

Tal como lo plantea la Corporación, la contratación conlleva riesgos inherentes al objeto contractual independientemente de su forma o cuantía, por tanto, la ausencia de las garantías conlleva a que el Gerente Público se haga acreedor a diverso tipos de responsabilidad.

En este entendido el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, establece:

1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que pueden verse afectados por la ejecución del contrato.

2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

(...)

En concordancia con tales mandatos, en el Capítulo V, ibídem, De la responsabilidad contractual.

“ 51. De la responsabilidad de los servidores públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la Ley”

“ 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedores a:

- 1. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.*
- 2. En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.*
- 3. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia...”*

“ 59. Del contenido de los actos sancionatorios. La determinación de la responsabilidad de que tratan los artículos anteriores la harán las autoridades competentes en providencia motivada en la que se precisarán los hechos que la generan, los motivos y circunstancias para la cuantificación de las indemnizaciones a que haya lugar y los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria. Así mismo, en ella se señalarán los medios de impugnación y defensa que procedan contra tales actos, el término que se disponga para ello y la autoridad ante quien debe intentarse”

Las irregularidades en que incurran los servidores públicos en el proceso contractual que causen un daño antijurídico a la entidad estatal o a los oferentes o a terceros comprometen su responsabilidad, la cual se calificará de acuerdo a la conducta desplegada y las consecuencias de la misma.

En este orden, y de acuerdo con el Estatuto de Contratación Administrativa, en armonía con el Código Penal y Disciplinario, además de la Ley 610 de 2000, las responsabilidades son de tipo penal, disciplinario o fiscal.

Esta última, es imputable si el servidor público con su actuación dolosa o gravemente culpable ocasiona un daño al Erario, a la luz de lo prescrito en la Ley 610 de 2000.

Finalmente, lo invitamos a consultar nuestra página web, www.contraloriagen.gov.co, en donde encontrará diversos pronunciamientos sobre el tema, producto de nuestro ejercicio de la función fiscalizadora.

Se hace procedente señalar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo es decir, carecen de fuerza vinculante.

Cordialmente,

(Original Firmado)

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE.

Director Oficina Jurídica.

Proyectó. Lucenith Muñoz Arenas.

Revisó. Alvaro Barragán Ramírez, Coordinador de Gestión.

N.R. 2005ER64886.