



Seguro de Cumplimiento a favor de entidades estatales



Carrera 7 No. 26 -20, Pisos 11 y 12

Teléfono: (571) 3443080

Fax: (571) 2107041

Bogotá - Colombia

www.vivasegurofasecolda.com

www.fasecolda.com

vivaseguro@fasecolda.com

Presidente

Jorge Humberto Botero

Vicepresidente Técnico

Carlos A. Varela Rojas

Redacción

Juan Pablo Araujo

Revisión y aprobación

Cámara Técnica de Responsabilidad Civil

Una publicación de:

Dirección de Responsabilidad Social y Microseguros

Alejandra Díaz Agudelo

Diseño y diagramación

Raúl Ortiz

info@raulortiz.info

Edición 2015

Derechos reservados de autor

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de los editores

Índice

Presentación	5
1. El seguro y sus elementos	6
2. El Seguro de Cumplimiento	7
2.1. Objetivo	7
2.2. Definición	7
2.3. Partes e Intervinientes	7
2.4. Condición particular	8
2.5. Normatividad	8
3. Amparos de la garantía única de cumplimiento	9
3.1. Garantía de seriedad de la oferta	9
3.2. Buen manejo y correcta inversión del anticipo	10
3.3. Devolución de pago anticipado	10
3.4. Cumplimiento	11
3.5. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales	11
3.6. Calidad y estabilidad de la obra	12
3.7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados	12
3.8. Calidad del servicio	13

4. Aspectos centrales del Seguro de Cumplimiento	13
4.1. Principio indemnizatorio	13
4.2. Independencia de los amparos	13
4.3. Exclusiones	14
4.4. Divisibilidad de la garantía	14
4.5. Irrevocabilidad y no terminación por mora en el pago de la prima	15
4.6. Inoponibilidad de las excepciones	15
4.7. Proporcionalidad	15
4.8. Cesión del contrato	16
5. Reclamación	17

Presentación

Con el ánimo de propiciar un mayor entendimiento de los seguros en la población, las Compañías de Seguros a través de la Federación de Aseguradores Colombianos - FASECOLDA, vienen adelantando el Programa de Educación Financiera Viva Seguro.

Como parte del programa, FASECOLDA presenta la Guía del Seguro de Cumplimiento que explica los aspectos fundamentales de este tipo de pólizas.

FASECOLDA advierte que la información consignada en el presente documento no reemplaza el proceso que las partes interesadas en la contratación del Seguro de Cumplimiento deben adelantar.

Los procesos de suscripción tienen particularidades que son únicas a cada compañía de seguros, por esta razón, el contenido del presente documento es meramente ilustrativo.

FASECOLDA no se hace responsable por el uso que se realice de este manual en el proceso de suscripción y/o reclamación, ni por las consecuencias generadas por su inadecuada utilización.

Este manual no reemplaza los clausulados de las pólizas de seguros que se ofrecen en el país, ni compromete la opinión de las compañías de seguros.

El presente documento está basado en los estándares técnicos y jurídicos vigentes al momento de su publicación, y puede ser consultado y descargado de la página web del Programa de Educación Financiera www.vivasegurofasecolda.com

1. El seguro y sus elementos

Cualquier persona está expuesta a múltiples riesgos que pueden afectar su vida, su integridad o su patrimonio. En este escenario, el seguro es un mecanismo adecuado y eficaz para mitigar esos riesgos.

Técnicamente, el seguro consiste en un contrato en el que una parte (tomador) le traslada un riesgo a otra (aseguradora) para que esta última lo asuma a cambio del pago de una prima; en caso de que ese riesgo se materialice la aseguradora responderá por la indemnización de los perjuicios.

Los elementos esenciales de cualquier contrato de seguro son los siguientes:

1.1. Interés asegurable: Quien pueda ver afectado su patrimonio en caso de que se concrete el riesgo, tiene interés asegurable. Por ejemplo, en un seguro de autos, el propietario del vehículo es quien tiene este interés; si el carro sufre un daño o es hurtado, será su patrimonio el que se vería vulnerado.

1.2. Riesgo asegurable: La finalidad misma del seguro es mitigar riesgos, por lo que para la persona interviniente ese riesgo debe ser real. Si una persona no tiene determinado bien, no está expuesta al riesgo de perderlo. Por esta razón, sin riesgo no es posible concebir el seguro.

1.3. Prima: Se define como el precio del seguro. Lo debe pagar quien contrata el seguro, a la aseguradora.

1.4. Obligación condicional: Consiste en la obligación de indemnizar los perjuicios causados con el siniestro, la cual está a cargo de la aseguradora.

Para que el contrato de seguro exista y tenga efectos jurídicos es indispensable que reúna los cuatros elementos antes mencionados.

2. El Seguro de Cumplimiento

El ordenamiento colombiano consagra la Garantía Única de Cumplimiento, como mecanismo de mitigación de los riesgos propios de la contratación estatal. Esta garantía, que debe estar presente en la gran mayoría de los procesos contractuales, puede ser de tres tipos: (i) póliza de cumplimiento; (ii) garantía bancaria; y (iii) fiducia en garantía. A continuación, se analizará la primera de estas opciones, es decir, el Seguro de Cumplimiento.

2.1. Objetivo

El propósito de la garantía única de cumplimiento es proteger el patrimonio público y facilitar el desarrollo de las funciones estatales.

2.2. Definición

En términos generales, el de cumplimiento es un seguro que protege el patrimonio del asegurado cuando éste ha sufrido perjuicios como consecuencia de un incumplimiento contractual. En materia estatal, se trata de una póliza tomada por el contratista del Estado para que, en caso de que incumpla sus obligaciones, la aseguradora pague la indemnización de los daños causados a la entidad contratante.

2.3. Partes e Intervinientes

A diferencia de otros contratos de seguro, en la póliza de cumplimiento existen tres intervinientes independientes, cada uno con distintas obligaciones y derechos. Estos intervinientes se dividen en dos categorías: partes contractuales e intervinientes puros.

Como partes contractuales, se encuentran los siguientes sujetos:

a. Tomador: Es el contratista, cuyas obligaciones se garantizan y que se encuentra obligado a pagar el valor de la prima.

b. Aseguradora: Es a quien se traslada el riesgo, que corresponde al posible incumplimiento del contratista tomador de la póliza y quien, de realizarse el mismo, deberá responder o efectuar el pago al asegurado/beneficiario.

Como interviniente puro, más no como parte contractual, se encuentra el siguiente:

c. Asegurado / Beneficiario: Es la entidad pública que, en estricto sentido, no es parte dentro del contrato de seguro sino interviniente, pero que es la titular del patrimonio que puede verse afectado con el incumplimiento del contratista y que se protege con este mecanismo. Consecuentemente, es quien se libera del riesgo y recibirá la indemnización en caso de siniestro.

2.4. Condición particular

Por tratarse de un mecanismo especial que pretende proteger el patrimonio público, el Seguro de Cumplimiento tiene una serie de características y rasgos particulares, así como una regulación diferente, que no comparten los demás ramos del seguro, como se podrá observar más adelante.

2.5. Normatividad

La normatividad aplicable a la garantía única de cumplimiento es, en términos generales, la de la contratación estatal, esto es la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, así como su reglamentación consagrada en los Decretos 4828 de 2008, 734 de 2012 y 1510 de 2013, siendo este último la disposición actualmente vigente y aplicable para esta materia.

3. Amparos de la garantía única de cumplimiento

Aunque la garantía de cumplimiento consiste, como su nombre lo indica, en una única póliza de seguros, la misma agrupa varios amparos con coberturas y condiciones diferentes, de acuerdo con los riesgos a que está expuesta la entidad contratante en cada etapa del contrato, como se explica a continuación:

3.1. Garantía de seriedad de la oferta

Si bien normalmente se estudia bajo la garantía única de cumplimiento, la seriedad de la oferta corresponde a una póliza diferente y anterior que deben presentar los oferentes en un proceso de selección, en el marco de la contratación estatal. Con este seguro se pretende proteger a la entidad contratante de la ocurrencia de uno de los siguientes cuatro riesgos:

- a)** La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
- b)** El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.
- c)** La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o la suscripción se prorrogue, siempre que la misma no sea inferior a tres (3) meses.
- d)** La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.

Por regla general, la suficiencia de la garantía de seriedad de oferta debe ser como mínimo del diez por ciento (10%) del valor de la oferta. Debe estar vigente desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento.

De acuerdo con el Decreto 1510 de 2013, la garantía de seriedad de oferta tiene carácter sancionatorio, no indemnizatorio, lo que implica que al afectar esta póliza la entidad contratante debe recibir la totalidad del valor asegurado sin necesidad de demostrar los perjuicios causados por las conductas previstas objeto de la cobertura.

3.2. Buen manejo y correcta inversión del anticipo

Este amparo cubre a la entidad contratante de los perjuicios sufridos como consecuencia de los siguientes riesgos:

- a)** No inversión del anticipo.
- b)** Uso indebido del anticipo.
- c)** Apropiación indebida del anticipo

El valor asegurado del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo corresponde al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, ya sea en dinero o en especie. Esta cobertura debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo.

Es importante aclarar que el Decreto 1510 de 2013 enlista taxativamente los riesgos que deben ampararse a través de esta cobertura, dejando por fuera por ejemplo, riesgos como el de la amortización del anticipo, que por demás corresponde a un término contable que permite a la entidad contratante descontar proporcionalmente parte del dinero entregado por concepto de anticipo, en cada una de las actas de obras.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la liquidación del contrato, al ser la etapa en que las partes hacen el balance real del contrato y determinan de manera cierta sus derechos y obligaciones recíprocas, es el momento en el cual se puede determinar si se cumplió o no con la obligación del buen manejo y correcta inversión del anticipo.

3.3. Devolución de pago anticipado

Este amparo cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

El valor asegurado para este amparo debe ser igual al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado, y el mismo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la entidad estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que determine la entidad estatal.

Cabe aclarar que la diferencia entre el anticipo y el pago anticipado es que el primero es una suma de dinero que entrega la entidad contratante al contratista con el objeto de que este último la invierta única y exclusivamente en la ejecución del contrato, mientras que el segundo corresponde a parte de la remuneración que recibe por adelantado el contratista por su labor; el anticipo constituye dinero público que el contratista debe devolver por medio de su amortización, mientras que el pago anticipado es una parte del precio del contrato o de la remuneración pactada, que el contratante recibe y que entra a su patrimonio.

3.4. Cumplimiento

El amparo de cumplimiento cubre a la entidad contratante de los perjuicios directos derivados de la ocurrencia de los siguientes riesgos:

- Incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales.
- Cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales.
- Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y además, la cobertura se extiende al pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

En principio, el valor asegurado del amparo de cumplimiento será como mínimo el equivalente a la cláusula penal pecuniaria, pero en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. Esta cobertura debe estar vigente hasta la liquidación del contrato, aunque por lo general.

3.5. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales

Este amparo cubre a la entidad pública asegurada de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista garantizado, frente al personal requerido para la ejecución del contrato amparado.

La aseguradora está obligada a pagar la indemnización de estos perjuicios, en la medida que se afecte el patrimonio de la entidad asegurada, es decir, el amparo no se puede afectar para pagar las obligaciones laborales que ha incumplido el contratista si los empleados de este último no le cobran a la administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

El valor asegurado de este amparo no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y su cobertura se deberá mantener vigente durante todo el plazo del contrato y tres años (3) más.

3.6. Calidad y estabilidad de la obra

Bajo esta cobertura se protege a la entidad estatal por los perjuicios que sufra como consecuencia de cualquier daño o deterioro que se presente en la obra entregada, por razones imputables al contratista.

El valor asegurado lo puede determinar la entidad pública, teniendo en cuenta el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. Su vigencia se inicia a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad y, en principio, no puede ser inferior a cinco (5) años, pero el asegurado, es decir, la entidad contratante puede justificar técnicamente la necesidad de establecer una vigencia inferior.

3.7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados

Este amparo tiene por objeto cubrir a la entidad por los perjuicios imputables al contratista garantizado por los siguientes hechos:

- La mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato.
- El incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

Como en el amparo anterior, el valor asegurado será determinado por la entidad pública contratante, teniendo en cuenta el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. La administración puede fijar libremente la vigencia de este amparo, pero el plazo mínimo debe cubrir el lapso en que, de acuerdo con la legislación civil o comercial, el contratista debiera responder por la garantía mínima presunta y por vicios ocultos.

3.8. Calidad del servicio

Este amparo ofrece cobertura a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de los siguientes hechos:

- La mala calidad o la insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría.
- La mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

Tanto el valor asegurado como la vigencia del amparo son definidos por la entidad pública contratante, teniendo en cuenta el objeto, valor, la naturaleza y las obligaciones específicas del contrato.

4. Aspectos centrales del Seguro de Cumplimiento

4.1. Principio indemnizatorio

Por ser el de cumplimiento un seguro de daños, éste se encuentra sometido al principio indemnizatorio consagrado en el Código de Comercio, según el cual el seguro no puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado sino que sólo puede servir para reparar los daños que haya sufrido. En este sentido, y salvo excepciones puntuales, aun habiendo incumplimiento, podría no haber indemnización si se demuestra que de tal situación no se derivaron perjuicios.

4.2. Independencia de los amparos

Los amparos de la póliza de cumplimiento, analizados previamente, son independientes y autónomos desde dos perspectivas: primero, en cuanto al riesgo que cubren y, segundo, en relación con el valor asegurado para cada uno de esos amparos. Consecuentemente, el asegurado no podrá acumular el valor de uno de ellos para cubrir o indemnizar un riesgo diferente en caso de siniestro.

4.3. Exclusiones

En el Seguro de Cumplimiento no pueden pactarse exclusiones distintas a las consagradas expresamente por la normatividad, enunciadas a continuación:

- a) Causa extraña, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.
- b) Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad estatal no destinados al contrato.
- c) Uso indebido o inadecuado, o falta de mantenimiento preventivo, al que está obligada la entidad estatal.
- d) El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo.

En caso de que se incluyan otras exclusiones en la póliza de cumplimiento se configura, como consecuencia jurídica, la ineficacia de tal exclusión.

4.4. Divisibilidad de la garantía

Por regla general, las garantías de cumplimiento son indivisibles, lo que implica que no pueden fraccionarse en el tiempo sino que deben mantener vigencia durante el término del contrato garantizado y durante un periodo posterior al mismo, en el que se ampara la estabilidad y calidad de las obras o servicios contratados.

Sin embargo, puede dividirse la garantía en aquellos contratos en los que el objeto se desarrolle por etapas subsiguientes y cuya duración sea superior a cinco (5) años. En este supuesto, el contratista deberá presentar garantías individuales para cada una de las etapas contractuales, amparando independientemente los riesgos derivados de cada fase; por esto, cabe resaltar que es obligación del contratista garantizar la cobertura para todos los periodos del contrato.

4.5. Irrevocabilidad y no terminación por mora en el pago de la prima

En el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, establece que el Seguro de Cumplimiento a favor de entidades estatales no expira “por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.”

El primer término, el principio de terminación automática por no pago de la prima no es aplicable al Seguro de Cumplimiento por cuanto, de aplicarse, desvirtuaría su objeto. Como se observa, la finalidad de este amparo es proteger el patrimonio y los intereses de la entidad estatal. Por esto, si el contratista dejara de pagar la prima y, consecuentemente, el contrato se terminara automáticamente el patrimonio público quedaría desprotegido, con el agravante de que la situación no tendría origen en una actuación de la entidad estatal sino del contratista. En otras palabras, no resulta lógico que pueda terminarse el contrato de seguro en detrimento del asegurado por una obligación que legalmente este último no tiene que cumplir.

En cuanto a la revocación unilateral, el fundamento es el mismo. Otorgada la póliza de cumplimiento la aseguradora no puede revocarla, pues la entidad asegurada quedaría desprotegida contra el incumplimiento del contratista. Por lo anterior, es claro que no se aplica la revocación unilateral en el caso de los Seguros de Cumplimiento.

4.6. Inoponibilidad de las excepciones

Otro mecanismo consagrado por la normatividad para la protección de la entidad contratante es la inoponibilidad ante dicha entidad de las excepciones que tendría la aseguradora frente al contratista. A manera de ejemplo, si el contratista fuera reticente en la suscripción de la póliza la aseguradora no podría alegar dicha reticencia cuando se le reclame la indemnización por parte de la entidad estatal.

4.7. Proporcionalidad

La cláusula de proporcionalidad es aquella en virtud de la cual la aseguradora sólo pagará por completo el valor asegurado en los eventos en que haya siniestro total; consecuentemente, sólo se pagará una parte del valor asegurado en casos de siniestro parcial, de acuerdo con la proporción que tal parcialidad represente sobre la totalidad del contrato.

A título de ejemplo, puede pensarse en un contrato estatal amparado con un valor asegurado de cien millones: si hubiera cláusula de proporcionalidad y ocurriera un siniestro parcial correspondiente a un incumplimiento del 70% del contrato, la aseguradora sólo estaría obligada a pagar una indemnización máxima de setenta millones, en concordancia con la proporción del siniestro.

El ordenamiento jurídico prohibió la inclusión de la cláusula de proporcionalidad u otra similar en los contratos estatales, aclarando que “la inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno”, es decir, conducirá a la ineficacia de tal disposición. El fundamento de la prohibición radica en que la cláusula en mención desconoce el principio indemnizatorio que rige en los seguros de daños, en la medida en que podría impedir que se repararan realmente los perjuicios; es posible que un incumplimiento parcial genere perjuicios que afecten la totalidad del valor asegurado y, si hubiera cláusula de proporcionalidad, no se cubriría todo el menoscabo.

Ahora bien, es importante aclarar que la prohibición citada no tiene ninguna relación con lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil, que textualmente indica:

“si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

Esta norma, completamente válida, hace referencia a la proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria, no a la proporcionalidad del contrato de seguro, siendo la segunda la que está proscrita.

4.8. Cesión del contrato

Cuando el contratista ha incumplido el acuerdo estatal puede cederlo a la aseguradora para que ella lo termine, como alternativa al pago de la indemnización de los perjuicios. En estos eventos, el garante puede continuar con la ejecución del contrato en calidad de cesionario del mismo, para lo cual es indispensable que constituya las garantías previstas en el contrato.

5. Reclamación

El Estatuto Anticorrupción modificó la manera de presentar la reclamación por parte de las entidades públicas ante la aseguradora en el marco de pólizas de cumplimiento. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece el procedimiento que se debe seguir para efecto de imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y para declarar el incumplimiento con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Es importante recordar que, de acuerdo con la reglamentación de la Ley 1150 de 2007, la póliza de cumplimiento se hace efectiva por medio de la expedición de un acto administrativo, que puede contener la imposición de una multa, la declaratoria de caducidad del contrato o, simplemente, del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista. En otras palabras, se puede decir que la reclamación ante la aseguradora es el acto administrativo respectivo.

El procedimiento establecido es el siguiente:

- a)** Evidenciado el posible incumplimiento, la entidad asegurada deberá citar a audiencia al contratista y a la aseguradora. El escrito de citación deberá contener lo siguiente:
 - Los hechos que sustentan el supuesto incumplimiento.
 - El informe de interventoría o supervisión.
 - Las normas o cláusulas posiblemente violadas.
 - Las consecuencias que podrían derivarse para el contratista.

- b)** Iniciada la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará los hechos que motivan la citación, enunciará las normas y cláusulas violadas y las respectivas consecuencias jurídica

- c)** Una vez termine su intervención podrán intervenir el contratista y la aseguradora para presentar los descargos correspondientes y aportar las pruebas que, a su juicio, desvirtúen el supuesto incumplimiento.

d) A continuación, la entidad proferirá el acto administrativo correspondiente, después de oírse los descargos del contratista y la aseguradora. La notificación de ese acto administrativo, que para efectos del Seguro de Cumplimiento corresponde a la reclamación, se hace en audiencia. Por esta razón, si la aseguradora desea objetar la reclamación sólo puede ser hacerlo por medio de la presentación del recurso de reposición, que debe ser sustentado y decidido en ese mismo momento. Al final de la audiencia existirá, por lo tanto, un acto administrativo ejecutoriado, que puede ser ejecutable a partir del día siguiente.

e) La audiencia se puede suspender de oficio o a petición de parte, cuando se requieran allegar o practicar pruebas conducentes y pertinentes, o cuando exista otra razón cualquiera debidamente sustentada.

fasecolda
Federación de Aseguradores Colombianos

Síguenos en:



[/VivaSeguroFasecolda](#)



[@vivasegurof](#)



[/vivaseguro](#)

www.vivasegurofasecolda.com