

LA PARTICIPACIÓN DEL GARANTE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL Y EN LAS DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO: UNA OBLIGACIÓN INCOHERENTE*

*Sandra Patricia Sotelo Rojas***

Resumen

A través del presente artículo de investigación se analiza por qué no debería vincularse a las aseguradoras en aras de garantizarles el derecho al debido proceso tanto en el procedimiento sancionatorio contractual como en las declaratorias de incumplimiento de los contratos estatales amparados por póliza de seguro, tal como lo ha dispuesto el Estatuto Anticorrupción. Para ello, se expone el contexto normativo y jurisprudencial de esta obligación y se analizan el contrato de seguro y las condiciones de participación de los garantes en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados en Colombia (entidades financieras, bancos y fiduciarias), concretando a partir de ello las razones por las cuales, dadas la naturaleza y características de las pólizas de seguro, resulta todo un contrasentido el hecho de que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (E.G.C.A.P.) tengan el deber de garantizar el debido proceso al asegurador, cuando únicamente deberían vincular al contratista en el procedimiento sancionatorio contractual y en las declaratorias de incumplimiento, máxime si se considera que esta garantía no fue extendida legalmente a los demás garantes. Al final del documento se enuncian las garantías del debido proceso que deben estar presentes en los procedimientos administrativos contractuales y los términos en que deben aplicarse por parte de las entidades, comparando este deber con la aplicación de la institución del debido proceso en el procedimiento contractual chileno.

Palabras clave: Debido proceso, garante, garantías, multas, sanciones, procedimiento sancionatorio.

Fecha de Recepción: 8 de marzo de 2013

Fecha de Aprobación: 29 de abril de 2013

* El presente artículo es producto de la investigación titulada: EL RESARCIMIENTO A LAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS QUE AMPARAN LA CALIDAD, para optar al título de magister en contratación pública y privada en la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá)

** Abogada de la Universidad Libre, Especialista en Docencia Universitaria – Universidad Militar Nueva Granada. Correo Electrónico: ssotelor@yahoo.es

Abstract

Through this research paper discusses why it should not be linked to insurance companies in order to guarantee their right to due process in both the contractual sanction procedure as in declarations of breach of state contracts covered by insurance, as has ordered the Anti-Corruption Statute. To do this, set out the regulatory and case law of this obligation and analyzed the insurance contract and the conditions of participation in the other guarantors hedging mechanisms authorized in Colombia (financial institutions, banks and trusts), specifying a from this the reason why, given the nature and characteristics of insurance warranties, it is all a contradiction to the fact that the entities subject to General Contracting Public Administration have a duty to ensure due process to the insurer when the contractor should only link in the contractual and punitive procedure declarations of failure, especially considering that this guarantee was not legally extended to other guarantors. At the end of the document sets out the due process that must be present in administrative procedures and contractual terms to be applied by the entities, comparing this duty with the application of the institution of due process in the Chilean contractual procedure.

Key Words: Due process, guarantor, warranties, fines, penalties, punitive proceedings.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2010 la Sección Tercera del Consejo de Estado, analizó el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas precisando su alcance y contenido, y reconoció el derecho del garante al debido proceso cuando se imponga cualquier carga o sanción derivada de la relación contractual, derecho que, posteriormente, fue reconocido por el Estatuto Anticorrupción, en donde quedó establecido como regla de procedimiento en aquellos casos en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguro, pero no se previó legalmente como derecho del garante en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el E.G.C.A.P.

Teniendo en cuenta esta situación, a través del presente artículo pretende resolverse el

problema de determinar si, en efecto, las entidades sometidas al E.G.C.A.P. deberían garantizar al asegurador el derecho al debido proceso en los procedimientos para hacer efectivas las garantías constituidas mediante póliza de seguro, cuestión importante de discernir en la medida en que, a pesar de ser los mecanismos de cobertura del riesgo a los que más recurren los contratistas en Colombia, resulta extraño que se deba garantizar este derecho a las aseguradoras pero no a los demás garantes, a pesar de que ellos también amparan los riesgos derivados de la actividad contractual del Estado con el mismo rigor que el sector asegurador y el artículo 13 de la Carta Política les garantiza un derecho a la igualdad que no fue desarrollado por la normas rectoras de la contratación administrativa.

Para lograr este objetivo se presenta una investigación cualitativa en donde se examinan algunos aspectos relevantes del contrato de seguro regulado por el Código de Comercio, así como la forma en que deben hacerse efectivas las garantías contractuales permitidas en la legislación colombiana, con el fin de determinar las razones por las cuales el derecho de las aseguradoras al debido proceso debería quedar reducido a su menor expresión, esto es, la objeción por vía gubernativa, puesto que los demás garantes ni siquiera tienen el derecho de objetar o de impugnar la reclamación efectuada por la entidad contratante, debiendo proceder al pago inmediato cuando se les efectúa el cobro.

2. CONTEXTO JURÍDICO DE LA PARTICIPACIÓN DEL GARANTE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL Y EN LAS DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO

La legislación colombiana frente al tema de la efectividad de la garantía de cumplimiento contractual constituida mediante póliza de seguro deja mucho que desear, la línea jurisprudencial no ha sido uniforme pero sí muy discutible respecto de varios temas que, debido a su manejo contrario a la naturaleza del contrato de seguro, generan confusión (Ordóñez, 2010). Uno de esos aspectos cuestionables que ofrece el actual régimen de garantías contractuales es el del debido proceso en las actuaciones sancionatorias contractuales y en las declaratorias de incumplimiento, pues, tal como se expone a continuación, basta con confrontar el texto de la Ley con el de la jurisprudencia para advertir

aquellas inconsistencias que no permiten articular en debida forma la norma y los pronunciamientos judiciales en pro de lograr que el trámite para la ejecución de las garantías sea expedito y eficiente, tal como sería deseable en desarrollo de los principios de economía, eficacia, eficiencia y celeridad que inspiran las actuaciones de la administración, especialmente, la contratación estatal. Por ejemplo, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales deben observar las siguientes reglas:

- En ejercicio del deber de control y vigilancia sobre los contratos estatales, las entidades pueden declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o imponer las multas pactadas para conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, pero la decisión debe estar precedida de audiencia del afectado y garantizar el debido proceso, pues, éste es un principio rector en materia sancionatoria contractual.
- Las multas sólo proceden mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.
- La cláusula penal y las multas impuestas, se pueden hacer efectivas directamente por las entidades estatales, a través de la compensación de las sumas adeudadas al contratista, del cobro de la garantía, de la jurisdicción coactiva¹ o de los demás mecanismos de obtención del pago.

¹ Los numerales 3 y 4 del artículo 99 del Código Contencioso Administrativo señalan que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado y son susceptibles de cobro coactivo: los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento

Al respecto, es sabido que la ley es límite y condición de la actuación administrativa (Martín, 2006), pero a pesar de que la norma en cita solo se refirió al contratista, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 23 de junio de 2010², analizó el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, haciendo precisiones teóricas sobre su alcance y contenido, luego de lo cual extendió esta garantía al asegurador pero no solo en materia de multas y cláusulas penales, sino también cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual, *verbi gratia*, la declaratoria de caducidad o la declaratoria de un siniestro, con lo cual, el máximo tribunal contencioso administrativo de Colombia fue más allá de esta norma, tal como se evidencia al concordarla con el artículo 7 *eiusdem*, de donde surgen las siguientes inquietudes:

1. El inciso 2° del artículo 7 permite a los contratistas garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales no solo a través de pólizas de seguro sino también a través de garantías bancarias u otras, según la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. Siendo así, no se entiende el porqué debe garantizarse el debido proceso a las aseguradoras pero no a las fiduciarias o a los bancos y entidades financieras, quienes legalmente también

pueden obrar como garantes del cumplimiento del contrato; es cierto que las pólizas son los mecanismos de cobertura del riesgo más utilizados por los contratistas pero no son los únicos, por lo cual podría considerarse discriminatorio el hecho de que se garantice el debido proceso al asegurador pero no a los demás garantes habilitados por la ley.

2. Por su parte, el inciso 4° *supra*, que ordena a las entidades comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías a través de la notificación del acto administrativo que lo declare, en ninguna parte determina que durante la actuación que culmina con la expedición de dicho acto administrativo deba hacerse partícipe al asegurador, por lo mismo, no es fácil entender de dónde concluyó el Consejo de Estado que debía vincularsele en la misma forma que al contratista.

Con este antecedente jurisprudencial, el legislador expidió el Estatuto Anticorrupción³, que en su artículo 86 determinó el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento por parte de las entidades sometidas al E.G.C.A.P.⁴, el cual, de manera general, se resume así:

1. Evidenciado un posible incumplimiento del contratista, la entidad lo citará a una audiencia para debatir lo ocurrido, remitiéndole el respectivo informe de interventoría o de supervisión y mencionando detalladamente los hechos, las normas o cláusulas posiblemente violadas y las posibles consecuencias de ello; y, si la garantía

o la caducidad, así como las demás garantías que se presten por cualquier concepto a favor de las entidades públicas, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

² Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación No. 25000 - 23 - 26 - 000 - 1994 - 00225 - 01 (16367); Actor: Jaime Hernández Torres; Demandado: Ferrovías – hoy Ministerio de Transporte; Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

³ Ley 1474 de 2011, artículo 86.

⁴ Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y Decreto Reglamentario 734 de 2012.

de cumplimiento consiste en póliza de seguro, también **debe** convocarse al garante. Una vez instalada la audiencia por parte del jefe de la entidad se les concederá a ambos el uso de la palabra para que presenten descargos, rindan sus explicaciones, aporten pruebas y controviertan las presentadas por la entidad.

2. La decisión acerca de la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento debe hacerse mediante resolución motivada que se notificará en audiencia y contra la cual procede el recurso de reposición, que debe interponerse, sustentarse, decidirse y notificarse en audiencia. Ésta puede ser suspendida si se requiere, pero también puede terminarse si cesa el incumplimiento.

Varios aspectos destacan en esta norma: en primer lugar, el procedimiento se desarrolla en audiencia lo cual permite obrar con agilidad, incluso, si los convocados no asisten, la Administración dejará constancia de ello y procederá a adoptar la respectiva decisión; en segundo lugar, las notificaciones se surten en audiencia, esto implica que se entienden realizadas aunque las partes no estén presentes en la diligencia (Azula, 2011) y si el contratista y/o su garante no asisten, no se debe recurrir en forma subsidiaria a una notificación diferente de la notificación por estrados porque ello contraría los principios de oralidad y celeridad (Botero, 2011), así como la garantía del debido proceso. En tercer lugar, si bien, el incumplimiento puede cesar durante la actuación, esta situación ahora se le dificultará al contratista dada la celeridad del trámite, lo cual no acontecía antes de la reforma introducida por el Estatuto Anticorrupción, pues, era muy común que operara el fenómeno de la pérdida de

fuerza ejecutoria del acto administrativo⁵ durante el trámite del recurso de reposición, situación que a menudo impedía la confirmación del acto administrativo sancionatorio al momento de resolverse el recurso. Un último aspecto a destacar es el retroceso legislativo que se evidencia en esta norma, dadas las siguientes consideraciones:

1. El espíritu del artículo 86 cifra es contrario a los postulados de los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 porque involucra en el trámite al asegurador, a pesar de que hasta la expedición de la Sentencia del Consejo de Estado (23 de junio de 2010) a él solo debía notificársele el acto administrativo que declaraba la sanción o el siniestro, momento en el cual podía objetar la reclamación a través del recurso de reposición, conservando, en todo caso, la acción judicial.
2. El mencionado artículo 86 únicamente ordena vincular a las aseguradoras, soslayando que la ley posibilita la participación de otro tipo de garantes tales como las fiduciarias, los bancos y las entidades financieras, a quienes se les da un trato diferente sin que medie una razón clara para ello.

Pero esta norma no es la única que, siguiendo la jurisprudencia referida, establece un trato diferente entre los garantes, pues, el Decreto Reglamentario 734 de 2012 en su artículo 5.1.13, estableció unas reglas especiales para que las entidades contratantes hicieran efectivas las garantías cuando se presentara alguno de los eventos de incumplimiento

⁵ La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos guarda relación con la desaparición de sus fundamentos (Sánchez, 2004).

cubiertos por ellas. En esta norma, aplicable a los casos de caducidad, multas y declaratorias de incumplimiento, el debido proceso también debe agotarse respecto del contratista y su garante pero solo en los casos en que la garantía consista en póliza de seguro, con lo cual se evidencian las mismas inconsistencias presentes en la norma reglamentada y que no resultan de fácil recibo, pues, el derecho al debido proceso solamente debería garantizarse al contratista mas no a su garante, dadas las consideraciones que se exponen a continuación.

La potestad sancionadora es la atribución que le permite a la Administración imponer sanciones a quienes hayan infringido sus disposiciones (Ossa, 2000), y en el régimen de contratación estatal, las entidades tienen el privilegio de constreñir al contratista para el cumplimiento sus obligaciones mediante el ejercicio de atribuciones como la declarar la caducidad⁶, imponer multas o declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en aras de proteger el interés público involucrado en la correcta ejecución contractual (Suárez, 2009). Estas herramientas se materializan a través de las facultades propias de los actos administrativos unilaterales (Garrido & Fernández, 2000) mediante los cuales se concretan tres finalidades principalmente: 1) declarar el incumplimiento; 2) declarar la responsabilidad del contratista; y, 3) liquidar el perjuicio; si bien esta potestad no siempre busca sancionar al contratista sino que se

cumpla el objeto del contrato para evitar la afectación del servicio público a cargo de la entidad (Palacio, 2010), la decisión debe consultar el debido proceso porque en estas actuaciones la entidad es juez y parte a la vez.

Pero cuando la entidad reclama un incumplimiento a su contratista y por virtud de ello adelanta un procedimiento administrativo para hacer efectiva la póliza, el derecho al debido proceso se salvaguarda con el solo ejercicio del mismo por parte del contratista, pues, su asegurador, por virtud del contrato de seguro previamente celebrado, asume el riesgo de pagar en caso de que el contratista incumpla, razón por la cual debería bastar con que la entidad le notificara a la aseguradora el acto administrativo declarativo del siniestro para que, sin mayor reparo, ésta procediera al pago, pues, como bien lo ha señalado Lamprea, cuando las partes suscriben un contrato conocen el contenido y alcance de las obligaciones que adquieren y por eso están libre y honradamente decididas a cumplirlas (2007), y en el contrato de seguro, por virtud de la realización del riesgo surge para el asegurado/beneficiario el derecho a percibir la indemnización, y para el asegurador nace la obligación de asegurar (Garrido, 1954) en los términos garantizados. Al respecto, una cosa es el nacimiento de la obligación de reparación (que se da cuando el contratista incumple sus obligaciones), y otra cosa es la exigibilidad del pago al asegurador respecto del valor declarado, que puede acontecer cuando el contratista no lo asume o cuando no hay ningún saldo a su favor del cual se pueda deducir la deuda, lo cual obliga al garante a cumplir su deber de mantener indemne al asegurado (Jaramillo, 2011).

Pero, como no es suficiente con la realización el hecho dañoso (Mazeaud & Tunc, 1963), es

⁶ Para Ramella no todo incumplimiento conlleva a la resolución del contrato, ya que el mismo debe ser grave o importante (1984), condiciones que también se predicen de la caducidad administrativa dadas las consecuencias que, de su declaratoria, derivan para el contratista.

importante determinar si hay circunstancias capaces de frustrar el pago de la indemnización (Restrepo, 1992) puesto que toda reclamación del beneficiario al asegurador conlleva la presentación de las pruebas que acrediten la ocurrencia del siniestro y la adecuada cuantificación del daño; si bien, los seguros de daños tienen un carácter indemnizatorio, la validez de la indemnización está limitada por el justo equilibrio de las contraprestaciones (Girgado, 2005) porque el valor asegurado corresponde a la máxima limitación de responsabilidad del asegurador, y para que la reclamación quede debidamente formalizada, debe estar debidamente probada (López, 1980), máxime si se considera que en los seguros de daños regulados por el Código de Comercio, cuando el beneficiario hace la respectiva reclamación al asegurador, éste tiene derecho a objetarla⁷ (artículos 1075 y 1077).

En la contratación pública sucede algo parecido: el asegurador no es un extraño al contrato principal y también puede objetar la reclamación de la entidad, lo cual es comprensible ya que tanto él como su afianzado siempre tendrán un interés legítimo en impugnar la reclamación, el tomador porque ese es el medio para liberarse de la acción que tiene la aseguradora en su contra como subrogataria del pago que le corresponda realizar, y el garante, para liberarse del pago de la garantía y del ejercicio de acciones

legales en contra de su afianzado, para lo cual es menester que demuestre la circunstancia eximente de dicha obligación. Pero para ello no es necesario ser vinculado desde el nacimiento mismo de la controversia entre la entidad y el contratista, porque al momento de la notificación del acto administrativo que declare el acaecimiento del siniestro él puede impugnar en reposición la decisión adoptada por la Administración, tal como lo dispone el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, momento en el cual puede ejercer su derecho a cerciorarse de que el siniestro efectivamente se realizó en las condiciones requeridas para proceder a la indemnización. Nótese cómo a través de la figura de la vía gubernativa (no de la “objeción”), él siempre ha tenido derecho a rechazar la reclamación y, adicionalmente, nunca ha perdido la vía judicial como mecanismo de liberarse del pago de la indemnización.

Por otra parte, si bien, las concepciones tanto de “daño” como de “interés” son comunes al derecho de daños y al derecho de seguros, a la hora del pago de la indemnización, hay una gran diferencia, pues, en el derecho de daños quien indemniza es el causante, en tanto que en el derecho de seguros lo hace el asegurador; en el derecho de daños la obligación de indemnizar proviene del acto ilícito (contractual o extracontractual), mientras que en el derecho de seguros proviene de un seguro contratado y por virtud del cual, el asegurado transfiere un riesgo a la aseguradora, quien, puede asumirlo en las condiciones establecidas, conservando el derecho de subrogación respecto de los derechos y acciones del asegurado/beneficiario en contra del contratista responsable del incumplimiento, incluso, a sabiendas de que éste también puede proponer al asegurador las mismas excepciones que

⁷ La objeción motivada a que tiene derecho la aseguradora puede ocurrir porque hubo reticencia del tomador, por causales eximentes de responsabilidad del asegurado o, por falta de cobertura del hecho ocurrido, entre otras; pero en el régimen de garantías de la contratación estatal, las exclusiones son solo las señaladas en el artículo 5.2.1.1 del Decreto Reglamentario 734 de 2012.

puede hacer valer contra el damnificado⁸. Así las cosas, el asegurador sabe que la indemnización es el objeto que se persigue al celebrar un contrato de seguro y asume, dentro del límite del valor asegurado, la obligación resarcitoria que surge como consecuencia de la obligación conculcada por el afianzado e incluso, puede pactar con el tomador un deducible para que él también soporte el riesgo y como consecuencia de ello comparta el valor de la pérdida.

Así, cuando se declara el incumplimiento, la entidad puede formular el respectivo reclamo tanto al contratista como a su garante dada la solidaridad existente entre ellos frente a la obligación de cumplimiento del contrato, la cual nace por virtud del contrato de seguro celebrado y los obliga al pago de la sanción o del siniestro respectivo, pues, cada uno se obligó por el todo y se le puede cobrar a cualquiera (Tamayo, 2004). Esto supone una distinción con el derecho de daños, pues, mientras que en éste la fuente de la obligación de indemnizar, nace de la responsabilidad del causante del daño, en el derecho de seguros nace del contrato de seguro; en el primer caso la indemnización tiene una función resarcitoria, mientras que en el segundo, esa función corresponde al cumplimiento de la obligación de acomodar al afectado en la misma posición que tenía antes de la producción del siniestro (Partesotti, 1967), con lo cual se evidencia la dificultad de comprender la posición asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en esta materia.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de agosto de 1977, Expediente No. 291. Consejero Ponente Jorge Valencia Arango.

3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS DEMÁS GARANTES AUTORIZADOS EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL Y EN LAS DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO

De conformidad con el artículo 5.1.3 del Decreto 734 de 2012, además de la póliza de seguro, el contratista puede constituir cualquiera de las siguientes garantías a su elección (Pino, 2010): **1)** fiducia mercantil en garantía, **2)** garantía bancaria a primer requerimiento, **3)** endoso en garantía de títulos valores, y, **4)** depósito de dinero en garantía y cartas de crédito stand by, las cuales se exponen a continuación para evidenciar porqué a la luz del Título V de la norma en cita no se permite la participación de los garantes de estos mecanismos en el procedimiento sancionatorio contractual y en las declaratorias de incumplimiento.

- **Fiducia mercantil en garantía:** el fideicomiso es el contrato por el cual una persona (llamada fideicomitente) transmite otra (llamada fiduciaria) determinados bienes o derechos, para que ésta los administre o invierta en beneficio propio o de un tercero (llamado fideicomisario). En la fiducia mercantil en garantía, los bienes cuya propiedad se transmite a la fiduciaria constituyen un patrimonio autónomo y, en caso de sanción o declaratoria de incumplimiento del contratista, la entidad puede solicitar a la fiduciaria la venta de los bienes fideicometidos para que, con su producto, le pague la sanción o el valor del perjuicio sufrido.

En cuanto al derecho de la fiduciaria al debido proceso en caso de incumplimiento del contratista, en el contrato de fiducia se

debe señalar el procedimiento que debe surtir, pero éste no puede hacer más gravosa la actuación de la entidad contratante y, en todo caso, a la fiduciaria se le debe poner en conocimiento el acto administrativo **en firme**, sin que le sea admisible discutir la responsabilidad del contratista. Así las cosas, la fiduciaria no debe ser convocada a audiencia del afectado junto con el contratista; nótese cómo la regulación de la efectividad de esta garantía es más acorde con su naturaleza en el derecho civil y comercial, a diferencia de la forma en que quedó regulada la garantía constituida a través de póliza de seguro, la cual no guarda relación con la forma en que opera en el derecho privado.

- **Garantías bancarias a primer requerimiento:** la garantía bancaria a primer requerimiento es el contrato por el cual un banco (garante), previa solicitud del ordenante, asume el compromiso irrevocable de pagar una suma determinada de dinero a un tercero (beneficiario) con la mera solicitud que éste le haga, adjuntando los documentos que para tal efecto se establezcan y en donde conste la obligación incumplida. Para la ejecución de esta garantía, la entidad deberá efectuar la reclamación por escrito y dentro de la vigencia de la misma, solicitando el pago al banco que haya garantizado la respectiva obligación de cumplimiento del contrato celebrado.

En cuanto al derecho de la entidad bancaria al debido proceso en caso de incumplimiento del contratista, en la garantía se debe señalar el procedimiento que debe surtir, el cual no puede hacer más gravosa la actuación de la entidad contratante y, en todo caso, deberá

ponerse en conocimiento del banco el acto administrativo **en firme**. En consecuencia, la entidad bancaria no solo no debe ser convocada a audiencia del afectado junto con el contratista, sino que tampoco tiene ningún tipo de recurso en contra del acto administrativo, el cual ya debe estar en firme al momento de efectuarse el respectivo requerimiento de pago por parte de la entidad contratante.

Frente a esta garantía, el Decreto 734 de 2012 establece dos clases de garantía bancaria a primer requerimiento: 1) el contrato de garantía bancaria; y, 2) la carta de crédito stand by, situación un tanto extraña, debido a que la carta de crédito por sí misma es una garantía personal de cumplimiento y su naturaleza jurídica, aunque no es del todo clara, se ha asemejado a la de la fianza y por ello debería cobrarse primero al deudor de la obligación, lo cual contrasta con el derecho de la entidad de cobrar o al contratista o al garante, toda vez que no tiene la obligación de efectuar el cobro en un orden específico.

- **Endoso en garantía de títulos valores:** de conformidad con el artículo 5.2.4.1 del Decreto 734 de 2012 los siguientes títulos valores de contenido crediticio pueden ser endosados en garantía de la seriedad de la oferta: 1) certificados de depósito a término emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; 2) pagarés emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; y, 3) títulos de tesorería (TES).

En cuanto al derecho de la entidad financiera al debido proceso en caso de incumplimiento, este mecanismo de cobertura del riesgo es el más especial de todos, pues,

la entidad estatal debe expedir el respectivo acto administrativo y solo al vencimiento del título deberá presentarlo para el pago a la entidad emisora. En consecuencia, la entidad financiera no debe ser convocada a audiencia del afectado junto con el contratista y tampoco tiene recurso alguno en contra del acto administrativo; incluso, si la fecha de vencimiento del título no coincide con la de exigibilidad de la obligación a cargo del oferente, deben seguirse las siguientes reglas: 1) si el incumplimiento se presenta antes del vencimiento del título valor, la entidad debe esperar hasta la fecha de redención del título; 2) si el vencimiento del título valor se produce antes de la exigibilidad de la obligación, la entidad pública debe redimir el título y depositar el importe a su nombre en una entidad financiera. Ese depósito se rige por el artículo 1173 del Código de Comercio y durará hasta que cesen los riesgos a que esté expuesta la entidad.

- **Depósito de dinero en garantía:** el depósito se encuentra definido por el artículo 2236 del Código Civil como el contrato por el cual se confía una cosa corporal (que puede ser dinero) a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie, pero como garantía contractual se rige por el artículo 1173 del Código de Comercio y debe constituirse ante una entidad financiera a favor de la entidad contratante.

En cuanto al derecho de la entidad financiera al debido proceso en caso de incumplimiento del contratista, el procedimiento que debe seguirse no puede hacer más gravosa la actuación de la entidad contratante, por lo tanto, el acto administrativo en firme debe ponerse en conocimiento de

la entidad financiera quien, no solo no debe ser convocada a audiencia del afectado junto con el contratista, sino que tampoco tiene ningún tipo de recurso en contra del acto administrativo, el cual debe estar **en firme** al momento de la reclamación.

4. RAZONES POR LAS CUALES DEBERÍA VINCULARSE ÚNICAMENTE AL CONTRATISTA EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL O DE DECLATORIA DE INCUMPLIMIENTO

Cuando se conculca un derecho de crédito surge la responsabilidad contractual (Ortiz, 2007); ésta se compone de tres elementos: **a)** un hecho imputable al deudor contractual; **b)** un daño sufrido por el acreedor contractual; y, **c)** un vínculo de causalidad entre el hecho imputable al deudor y el daño (Larroumet, 1993). La relación obligacional alberga un deber ideal de conducta en interés del acreedor que se materializa en los comportamientos del deudor (Gómez, 2009), y para saber si se cumplió la obligación, se debe examinar el contenido de ésta y dictaminar si hubo incumplimiento (Pérez, 2012), es decir, aquella inadecuación entre el programa de conducta de la obligación y el hecho realizado (Gherzi, 1994).

Muchos autores identifican el daño causado con un derecho efectivo al resarcimiento sin más indagaciones (López, 2009), pero el deudor puede llegar a incumplir por causas naturales, legales o prácticas (Díez-Picazo, 1996), por lo tanto, cuando se presenta una circunstancia capaz de producir una sanción contractual o una declaratoria de incumplimiento, debe adelantarse un procedimiento administrativo con el fin de identificar el

daño, toda vez que debe haber certeza frente al perjuicio y su cuantía (Hinestrosa, 1961) y revisar las circunstancias en que éste tuvo lugar, considerando también, que no es lo mismo declarar el incumplimiento de una obligación de medios que el de una obligación de resultados, pues, en el primer caso, habrá lugar a declarar el siniestro en el marco de la responsabilidad subjetiva, mientras que en el segundo se aplica un régimen de responsabilidad objetiva (Rodríguez, 2009). En tal virtud al único a quien debería vincularse tanto en el trámite de una sanción como en el de una declaratoria de incumplimiento es al contratista, puesto que es evidente que si él es quien está a cargo de la ejecución contractual, es con él con quien se debe discutir el presunto incumplimiento para determinar no solo su existencia sino también si el mismo le es atribuible o no.

Esto pareciera una contradicción con la Ley 80 (artículo 4, ordinal 1°), que establece que, para la consecución de los fines perseguidos a través de la celebración de los contratos, las entidades estatales no solo deben exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado sino también a su garante, pero esta norma debe entenderse en relación con el artículo 1110 del Código de Comercio, que le permite al asegurador optar por el pago de la indemnización en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, lo cual, evidentemente dependerá de la naturaleza del objeto contractual, pues, en muchos casos, éste no coincide con el objeto social de las aseguradoras. En otras palabras, el garante simplemente asegura el cumplimiento de la obligación a través del pago de la indemnización derivada de la sanción impuesta o del siniestro declarado

respecto del tomador, quien, por ser el que efectivamente ejecuta el contrato, es el único que debería ser convocado a audiencia en la medida en que él es quien tiene conocimiento de primera mano respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ejecución contractual, las cuales regularmente no son del dominio de su garante.

5. RAZONES POR LAS CUALES NO DEBERÍA CITARSE AL ASEGURADOR A LA AUDIENCIA DEL AFECTADO

Teniendo en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad permite a los contratantes la utilización de mecanismos de autocomposición en la solución de los conflictos que se presenten en la actividad contractual, la obligación de vincular al garante puede conllevar a que se cite innecesariamente al asegurador, pues, si las partes se ponen de acuerdo para dar solución a las novedades acaecidas, no podrá demostrarse una necesidad real de reparación frente al daño sufrido, como quiera en estos casos no se llegaría a la expedición de un acto administrativo sino a un acuerdo inter partes; y en caso de que no se lograra tal arreglo, el derecho de objeción del asegurador queda garantizado con la notificación del acto administrativo que declare el acaecimiento del siniestro, el cual es susceptible de control gubernativo (recurso de reposición) y judicial (acción contractual), momentos en los cuales resulta más oportuna su intervención en el entendido de que él no es quien participa directamente en la ejecución del contrato, y su función como garante se concreta en el pago de la indemnización ya sea en dinero o a través de la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada.

Por otra parte, el ejercicio del debido proceso contractual puede conllevar al retardo del nacimiento de la obligación de pago en cabeza del asegurador, toda vez que implica mayor desgaste administrativo, incluso, a pesar de la oralidad introducida por el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, pues, en la práctica, ha quedado visto que hay aseguradores que utilizan mecanismos como el derecho de petición para que las audiencias del afectado se reprogramen bajo el argumento de la violación al debido proceso, con lo cual los procedimientos resultan más dispendiosos. En este sentido, la única ventaja real de la citación al garante es la notificación de la decisión en estrados, cambio que sí ha generado una ostensible diferencia porque el recurso de reposición debe interponerse, sustentarse y decidirse en la audiencia, lo cual le dificulta al contratista la posibilidad de ponerse al día con sus obligaciones durante el tiempo que toma la Administración para resolver el recurso, práctica que era muy común entre los contratistas quienes, con ello lograban que se configurara la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos por la desaparición de las circunstancias de hecho que motivaban las decisiones.

Adicionalmente, el asegurador que paga una indemnización se subroga los derechos del asegurado/beneficiario y ese pago se tiene en cuenta para fijar el importe del valor subrogado (Helperin, 1972), con lo cual se le permite restaurar y mantener su capital industrial en forma idónea para el cumplimiento de sus fines (Soler, 1978), por tal motivo, así el garante resulte condenado al pago de la indemnización, de la multa o de la cláusula penal pecuniaria, jamás perderá la acción en contra de su afianzado para el retorno del valor pagado.

Finalmente, teniendo en cuenta que las aseguradoras cuentan con el respaldo de un reasegurador con el cual comparten los riesgos que asumen con el fin de reducir el monto de su posible pérdida, también habría que convocar a la audiencia del afectado al reasegurador, pues, en la lógica de la línea jurisprudencial comentada, él también puede resultar lesionado patrimonialmente en caso de que el garante deba honrar su deber de pago, lo cual resultaría inaceptable.

6. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL EN CHILE FRENTE A LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA

En Chile, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 19.886 del 30 de julio de 2003⁹, la entidad licitante debe requerir la constitución de las garantías que estime necesarias para asegurar, entre otros, el cumplimiento del contrato. Éstas pueden consistir en vales vista, pólizas de seguro, certificados de fianza, depósitos a plazo o cualquier otra que asegure el pago rápido y efectivo (Dirección Chile-Compra, 2012), y con cargo a estas cauciones se pueden hacer efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas.

En cuanto al cobro de la garantía, de conformidad con el artículo 72 del Decreto No. 250 del 24 de septiembre de 2004 (reglamentario de la Ley 19.886), en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, la entidad está facultada para hacer efectiva la garantía de cumplimiento

⁹ Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

administrativamente, sin perjuicio de otras acciones para exigir el cumplimiento forzado o la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios.

Sin embargo, en la legislación chilena las garantías del debido proceso han sido más desarrolladas en el área penal que en la civil y en la laboral (Bordalí, 2009); a diferencia de Colombia, en Chile no hay una jurisdicción contencioso administrativa y las controversias del Estado se resuelven ante los jueces civiles, quienes a nivel judicial garantizan el debido proceso con un menor rigor que el que es usual en materia penal. Siendo esto así en el ámbito jurisdiccional, a nivel administrativo esta garantía es aun más limitada, por lo tanto, el cobro de las garantías contractuales se adelanta administrativamente y sin forma de juicio, una vez constatado el incumplimiento (Dirección ChileCompra, 2012), lo cual contrasta con el caso colombiano, en donde, por virtud de la Sentencia proferida por el Consejo de Estado el 23 de junio de 2010, las siguientes garantías integran el debido proceso en las actuaciones administrativas en que se imponga una sanción o carga derivada de la relación contractual:

➤ **El derecho a ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa:** el principio de legalidad (de la falta y la sanción) impone un trámite acorde con los procedimientos señalados en la ley, garantía que en materia sancionatoria contractual se materializa así: en tratándose de caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, reversión, liquidación unilateral y declaratorias de siniestro, así como en los poderes exorbitantes y en algunas causales de multa, solo la ley establece los supuestos de hecho y de

derecho que las configuran y los contratos en que se incluyen, no siendo posible su aplicación en otros negocios jurídicos, ni bajo otros supuestos. Pero debido a que el ordenamiento civil y comercial, por virtud de la autonomía de la voluntad, permite pactar multas y cláusulas penales a manera de sanción, contractualmente se pueden incluir este tipo de faltas y sanciones, pero siempre de manera “previa”, lo cual implica que los contratantes no pueden arrogarse esta facultad unilateralmente, de lo contrario, violarían el debido proceso.

➤ **El derecho a ser juzgado ante juez competente:** la competencia es la distribución que hace la ley respecto de la jurisdicción (García, García & García, 2008), pero en materia administrativa delimita la función desarrollada por las entidades públicas, y se circunscribe a las atribuciones que les corresponden (Cassagne, 2009). En materia sancionatoria contractual, este concepto guarda afinidad con el principio del juez natural, por virtud del cual, la competencia para imponer una medida coercitiva sobre el contratista debe establecerse previamente (Espitia, 2010), tal como lo exige el artículo 121 de la Constitución, que prevé que “*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”.

➤ **El derecho a que el procedimiento se adelante con observancia de las formas propias de cada juicio:** la Administración está obligada a respetar el ordenamiento jurídico (Rodríguez, 1998) y este derecho garantiza el cumplimiento de esta obligación porque proscribe las sanciones sin fórmula de juicio ya que ello impediría

al contratista y a su garante participar y defender sus intereses frente al asunto en debate; si bien, el trámite no debe ser muy complejo, sí se debe analizar y debatir la situación observando los principios de eficiencia, economía y eficacia, antes de adoptar una decisión sancionatoria, lo cual legitima el procedimiento.

- **El principio de favorabilidad:** en la aplicación de las normas nuevas deben preferirse las que favorecen al procesado (Martínez, 2006), esta garantía opera en materia sancionatoria contractual, pues, si una cláusula contractual establece una sanción y una ley posterior o un acuerdo de los contratantes reduce o extingue la pena, debe aplicarse el principio de favorabilidad.
- **La presunción de inocencia:** las personas deben ser tratadas como inocentes mientras no se declare su responsabilidad, en consecuencia, si la entidad quiere sancionar al contratista debe demostrar que él incumplió sus obligaciones o deberes. La carga de la prueba alberga la necesidad de que las partes aleguen y prueben los hechos respecto de los cuales las normas generan el efecto deseado (Michelli, 2004), y en virtud del principio de necesidad probatoria, el operador contractual debe fundar su decisión *“en todas y cada una de las pruebas aportadas al proceso”* (Rivadeneira, 2010, p. 25), pues, el fin de la prueba es llegar a la verdad de los hechos para hacer descender sobre ellos el ordenamiento jurídico (Parra, 2011), por ello la Administración debe sustentar su decisión, pues, ante la duda frente a la responsabilidad del contratista, debe mantener incólume la presunción de inocencia que él tiene en su favor.

- **El derecho a la defensa:** el derecho de defensa es el núcleo esencial del debido proceso y garantiza que el contratista sea escuchado y pueda controvertir los hechos que se le atribuyen, aportando pruebas e impugnando las decisiones de la Administración (Atehortúa, Hernández & Ospina, 2010; Rivadeneira, 2010). Por su parte, la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan es *conditio sine qua non* de la validez de la decisión administrativa, por tal razón no solo es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso, sino que el operador contractual debe valorar las pruebas, ya que él no es libre de razonar a voluntad, discrecional o arbitrariamente, sino uniendo la lógica y la experiencia para asegurar un certero y eficaz razonamiento (Couture, 1978). Asimismo, el derecho de defensa garantiza que no solo se vincule al contratista sino también a su asegurador (si lo hubiere) pues, a pesar de ser un tercero, la entidad y el contratista tienen una relación contractual con él originada en la póliza y, por lo mismo, puede verse conminado al pago del siniestro.
- **El derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas:** la dilación injustificada es la que excede un plazo razonable, en tal virtud, el principio de economía procesal garantiza que la actuación se adelante y decida en forma rápida (López, 1997), pues, ni el procesado ni la sociedad tienen el deber constitucional de esperar en forma indefinida a que se investigue, califique y juzgue una conducta (Bastidas & Ramírez, 2004). Por su parte, la publicidad del proceso se relaciona con la discusión de las pruebas, la motivación del fallo y su publicación toda vez que la justicia

no puede ser secreta (Devis, 2009), por tanto, la regla general del procedimiento es la publicidad de las actuaciones, lo cual garantiza el acceso a la información.

- **El derecho a impugnar la decisión de la administración:** en materia contractual, esta garantía se ejerce a través de los recursos de vía gubernativa, particularmente el de reposición, mecanismo de impugnación de los actos administrativos generadores de situaciones jurídicas individuales (Younes, 2007), cuya finalidad es revisar, modificar, revocar, adicionar o aclarar una decisión que afecta al administrado (Palacio, 2010). Asimismo, la decisión de fondo no solo debe tener una parte motiva (fáctica y probatoria) y una parte resolutive (decisión y monto del perjuicio), sino que la entidad también debe indicar el amparo siniestrado y las personas a cargo del pago de la indemnización (contratista y garante).
- **El non bis in ídem:** el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho garantiza que no se fraccione el hecho para darle varias penas (Bernal & Montea-legre, 2004), en consecuencia, una misma conducta del contratista no puede generar dos o más sanciones toda vez que con ello se conculcaría esta garantía. Diferente es el caso de la conducta reiterada, pues, si la Administración sanciona al contratista por un hecho, y después lo hace por otro hecho posterior (así sea idéntico al anterior) o en un lapso diferente, no se vulnera este derecho.
- **La culpabilidad de la conducta:** formalmente, la culpabilidad corresponde a un juicio de exigibilidad normativa (Velásquez, 2010), es la voluntad dirigida

a realizar una conducta (Reyes, 1996), es la “*reprochabilidad de la configuración de la voluntad*” (Arboleda & Ruiz, 2010, p. 177), pero en las actuaciones sancionatorias contractuales debe analizarse cada caso en particular para determinar si la culpa es o no uno de los elementos a revisar, como quiera que hay sanciones que incorporan la culpabilidad como requisito para deducir la punición, pero otras no.

7. DISCUSIÓN: UN RÉGIMEN POR REFORMAR

Con la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007 se superó una discusión jurisprudencial que existía en relación con la facultad de la Administración de imponer multas y de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en los contratos estatales, pero este esfuerzo legislativo fue insuficiente frente al sinnúmero de cuestiones que aún hoy están pendientes por resolver en materia de garantías, entre ellas, el relativo al derecho del garante al debido proceso, pues, si bien resulta acertado que este derecho fundamental se haya elevado a la categoría de principio rector en materia sancionatoria contractual para evitar los abusos de la Administración frente a su contratista, no es coherente que jurisprudencialmente el asegurador se haya hecho acreedor al mismo trato que recibe su afianzado cuando la entidad pretende hacer efectiva la garantía única del contrato, máxime cuando ese trato no es recibido ni por los bancos, ni por las fiduciarias ni por las demás entidades financieras que también están legalmente autorizadas para obrar como garantes.

Desafortunadamente, con la reforma introducida por la Ley 1474 de 2011 y con la reglamentación expedida por el gobierno

nacional a través del Decreto 734 de 2012, entre el asegurador y los demás garantes se ha generado una nueva de controversia capaz de producir por lo menos dos tendencias entre los operadores contractuales: la de los que sin duda considerarán necesario brindar la garantía del debido proceso vinculando a todos los garantes sin importar si son o no aseguradores, y la de los que solamente considerarán que se actúa en derecho cuando se vincula únicamente al asegurador y al contratista.

En este contexto resultará necesaria una nueva reforma al régimen de garantías contractuales, a fin de superar los conflictos que puedan suscitarse en la aplicación práctica de las normas a que se ha hecho referencia en el presente documento y por virtud de las cuales, hoy día debe citarse al asegurador si se quiere lograr que la ejecución de la garantía sea un trámite exitoso. En tal sentido, debe superarse la improvisación con que se ha legislado en materia de garantías, a fin de que su ejecución sea tan efectiva en el derecho público como lo es en el derecho privado. Un buen comienzo sería facilitar a las entidades la selección del mecanismo de cobertura del riesgo de acuerdo con la naturaleza del contrato y el objeto a contratar, decisión que actualmente se encuentra en cabeza del contratista. Aunado a ello, se necesita una reforma que supere las inconsistencias y las desigualdades de trato entre los diferentes garantes autorizados para respaldar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato estatal, reforma que no debe consistir en ordenar que se le garantice el debido proceso a todos los garantes sino que ordene una ejecución de las garantías conforme con los postulados de los Códigos Civil y de Comercio para que no haya situaciones contrarias a las reguladas por éstos.

8. CONCLUSIONES

En los procedimientos para hacer efectiva la garantía única el único a quien debería reconocerse el derecho al debido proceso es al contratista, pues, dada la naturaleza indemnizatoria del contrato de seguro, en donde la razón de la relación entre el contratista y su asegurador en beneficio de la entidad es el surgimiento de un débito a favor de ésta cuando quiera que se cause el siniestro amparado, no resulta pertinente que se convoque al asegurador a la audiencia del afectado y se le garantice este derecho, máxime cuando el mecanismo que le asiste para oponerse a la reclamación es la objeción, que aun antes de la Sentencia del Consejo de Estado del 23 de junio de 2012 y de la expedición del Estatuto anticorrupción ya se reconocía por vía gubernativa y a través suyo se concretaban plenamente varias de las garantías inherentes a este derecho y que fueron enunciadas por el alto tribunal.

La garantía constituida a través póliza de seguro debería ser más coherente con la naturaleza y características del contrato de seguro regulado por el Código de Comercio, pues, el régimen de garantías de la contratación estatal es confuso y no brinda toda la seguridad jurídica que debería albergar un tema tan trascendental por su estrecha relación con el cumplimiento de los fines estatales que se concretan en la correcta ejecución del objeto contractual. Aunado a ello, también han sido desafortunados varios pronunciamientos de las altas cortes, lo cual genera confusión y desfavorece el trabajo de las entidades estatales, para quienes, en estas condiciones, se dificulta hacer efectivas las garantías.

Así como la naturaleza de los demás mecanismos de cobertura del riesgo no facilita la

oportunidad de que sus garantes participen en la audiencia del afectado, en la cual se concretan varias de las garantías del debido proceso al tenor de la enunciación hecha por el Consejo de Estado, la naturaleza del contrato de seguro tampoco facilita la participación del asegurador en dicha audiencia. Al respecto, es evidente lo desafortunada que fue la providencia de la Sección Tercera cuando ordenó que se le diera el mismo trato tanto al contratista como al asegurador, pues, planteó un trato desigual con los demás garantes autorizados por el régimen de garantías (entidades bancarias, financieras y fiduciarias), quienes no gozan de las mismas prerrogativas de las aseguradoras y no hay ninguna razón de peso para ese trato desigual.

Si el régimen de garantías de la contratación estatal permitiera a las entidades estatales exigir el mecanismo de cobertura del riesgo más conveniente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, seguramente ninguna solicitaría la constitución de pólizas de seguro, pues, como ha quedado visto, si en las demás garantías no hay que conceder al garante el derecho al debido proceso, qué entidad escogería la póliza de seguro si actualmente, gracias a la jurisprudencia y al Estatuto Anticorrupción, es la que más dificulta la reclamaciones por incumplimiento contractual mientras que en los demás mecanismos de cobertura del riesgo el acto administrativo debe estar en firme cuando se efectúa la reclamación por parte de la entidad, sin que sea admisible la más mínima impugnación de los actos administrativos declarativos del incumplimiento o de la respectiva sanción contractual.

La única ventaja práctica de la citación al garante es la notificación de la decisión en estrados, cambio que sí ha resultado

importante porque el recurso de reposición debe interponerse, sustentarse y decidirse en la audiencia, lo cual le dificulta la posibilidad de que el contratista se ponga al día con sus obligaciones durante el tiempo que toma la Administración para resolver el recurso, práctica que era muy común entre los contratistas quienes, con ello lograban desarticular la actuación de la Administración a través de la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos dada la desaparición de las circunstancias de hecho que sustentaban la decisión.

9. REFERENCIAS

- Arboleda, M. & Ruiz, J.A. (2010). *Manual de derecho penal* (10ª Ed.). Bogotá, Colombia: Leyer.
- Azula, J. (2011). *Manual de derecho procesal parte general, Tomo II* (8ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Atehortúa, C. A., Hernández, A. & Ospina, J. (2010). *Temas en contratos estatales*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Bastidas, R. & Ramírez, Y. (2004). *Principialística procesal penal* (2ª Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2004). *El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, Tomo I* (5ª Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Bordalí, A. (2009). Giusto proceso e processo amministrativo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2(22), 274-277.
- Botero, G. (2011). *Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad*

- social* (4ª Ed.). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Cassagne, J. C. (2009). *Derecho administrativo Tomo I* (9ª Ed.). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Congreso de la República. (1873). *Código Civil*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Congreso de la República. (2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Congreso de la República. (1993). *Ley 80*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Congreso de la República. (2007). *Ley 1150*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Congreso de la República. (2011). *Ley 1474*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. (1998). *Auto del 24 de septiembre, Exp. 14.821*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. (2003). *Sentencia del 29 de mayo 29, Exp. 18.091*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. (2003). *Auto del 24 de julio, Exp. 18.091*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. (2010). *Sentencia del 17 de marzo, Exp. 18.394*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. (2010). *Sentencia del 23 de junio, Exp. 16.367*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. (2011). *Providencia del 30 de marzo, Exp. 20.917*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. (2011). *Sentencia del 25 de julio, Exp. 20.273*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Presidencia de la República. (1971). *Código de Comercio*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Colombia, Presidencia de la República. (2012). *Decreto reglamentario No. 734*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Couture, E. (1978). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Chile, Congreso Nacional. (2003). *Ley 19.886*. Valparaíso, Chile: Autor.
- Chile, Ministerio de Hacienda, Dirección ChileCompra. (2012). Curso teórico sobre gestión de contratos – ChileCompra. Recuperado el 05 de septiembre, 2012, de http://formacion.chilecompra.cl/Default.aspx?option=com_documents&task=download&id=36SH%2FUEfhfA%3D.
- Chile, Presidencia de la República. (2004). *Decreto No. 250*. Santiago, Chile: Autor.
- Devis, H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil* (2ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Vol. 1* (5ª Ed.). Madrid, España: Civitas.
- Espitia, F. (2010). *Instituciones de derecho procesal penal* (7ª Ed.). Bogotá, Colombia: Legis.
- García, E., García, J. E. & García, J. M. (2008). *Elementos teórico-prácticos de derecho*

- procesal civil*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Garrido, F. & Fernández, J. M. (2000). *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas* (3ª Ed.). Madrid, España: Civitas.
- Garrido, J. J. (1954). *El contrato de seguro*. Barcelona, España: Publicaciones y ediciones SPES.
- Girgado, P. (2005). *El principio indemnizatorio en los seguros de daños una aproximación a su significado*. Granada, España: Comares.
- Gherzi, C.A. (1994). *Obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Gómez, C. & Aguilar, A. (2009). *Riesgo Contractual*. Medellín, Colombia: Sello Editorial.
- Helperin, I. (1972). *Contrato de seguro* (2ª Ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Hinestrosa, F. (1961). *Curso de obligaciones, Conferencias* (2ª Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, C. (2011). *La configuración del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Lamprea, P. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Larroumet, C. (1993). *Teoría general del contrato, Vol. II* (2ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- López, H. F. (1980). *Aspectos procesales del contrato de seguro* (2ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- López, H. F. (1997). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Tomo I (7ª Ed.). Santafé de Bogotá, Colombia: Dupré Editores.
- López, M. (2009). *Elementos de la responsabilidad civil*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Martín, R. (2006). *Manual de derecho administrativo*. Navarra, España: Thomson Aranzadi.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento penal colombiano* (13ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. & Tunc, A. (1963). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, Tomo III, Vol. II*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Michelli, G. (2004). *La carga de la prueba*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ordóñez, A. (2010). Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, constituida a través de póliza de seguro de cumplimiento. *Revista de derecho privado*, 19, 133-177.
- Ortiz, A. (2007). *Manual de obligaciones* (4ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Ossa, J. (2000). *El derecho administrativo sancionador*. Santafé de Bogotá, Colombia: Legis.
- Palacio, J. A. (2010). *Derecho procesal administrativo* (7ª Ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.
- Palacio, J. A. (2010). *La contratación de las entidades estatales* (6ª Ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.
- Parra, J. (2011). *Manual de derecho probatorio* (18ª Ed.). Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional.
- Partesotti, G. (1967). *La póliza estimada*. Padova, Italia: Cedam.

- Pérez, A. (2012). *Teoría general de las obligaciones, Vol. II, Parte 2* (4ª Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pino, J. (2010). *Contratación estatal*. Bogotá, Colombia: ESAP.
- Ramella, A. (1984). *La resolución por incumplimiento*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Restrepo, G. A. (1992). La naturaleza, la causa, el objeto y la cuantía de las principales prestaciones emergentes del contrato de seguro. En Fasecolda (Ed.), *Ensayos sobre seguros, homenaje al doctor J. Efrén Ossa G.* (pp. 389-412). Santafé de Bogotá: Editor.
- Reyes, A. (1996). *Derecho penal*. Santafé de Bogotá, Colombia: Temis.
- Rivadeneira, R. (2010). *Manual de derecho probatorio administrativo* (2ª Ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.
- Rodríguez, L. (1998). *Derecho administrativo general y colombiano* (10ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Rodríguez, L. (2009). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Sánchez, C. (2004). *Acto administrativo teoría general*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Soler, A. (1978). *Seguro de automotores*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Suárez, G. (2009). *La nueva contratación pública en Colombia*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Tamayo, A. (2004). Las principales garantías del crédito. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Velásquez, F. (2010). *Manual de derecho penal, parte general* (4ª Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Younes, D. (2007). *Curso de derecho administrativo* (8ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.