

450

Doctor

RICARDO ANTONIO RODRÍGUEZ CÁRDENAS

Alcalde Local de Ciudad Bolívar

FONDO DE DESARROLLO LOCAL

alcalde.cbolivar@gobiernobogota.gov.co

Bogotá D.C

ASUNTO: Respuesta al numeral 2 solicitud de concepto jurídico Memorando radicado No. 20204211585742.

Respetado señor Alcalde,

Conforme al memorando No. 20201800264453 del 16 de septiembre de 2020, y sobre el entendido que la Dirección Jurídica absolvió el resto de las dudas planteadas por el FDL, mediante memorando con radicado N°20201800269263 del 19 de septiembre de 2020, la Dirección de Contratación en el marco de sus competencias procede a dar respuesta al **numeral 2** de la solicitud de concepto en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA DIRECCION DE CONTRATACION

Conforme a lo dispuesto en el literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, que a su tenor indica:

“Artículo 25- Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

2. CONTEXTO JURÍDICO PREVIO

En primera medida el marco normativo del contrato de seguro está dado por el artículo 1036 y siguientes del Código de Comercio. Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia lo define de la siguiente forma:

“El contrato de seguros es de naturaleza privada, depende de la voluntad de las partes. Su finalidad, reside en el mayor grado de prevención posible frente a daños a su integridad física, salud, patrimonio, bienes y demás factores que afectan su existencia. Este, se rige por los parámetros constitucionales anteriormente mencionados, especialmente, artículos 333 y 335 Superiores y, legalmente, su marco jurídico base se encuentra en el Título V del Libro IV del Código de Comercio. La Corte Suprema de Justicia lo ha definido como aquel en virtud del cual “una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento

incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, (denominada siniestro) a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta”¹

Por su parte la Corte Constitucional ha expresado al respecto que: *“El contrato de seguro es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva: a. Consensual: se perfecciona y nace a la vida jurídica solo con el consentimiento de las partes. Es decir, desde que se realiza el acuerdo de voluntades entre el asegurador y el tomador. b. Bilateral: la obligación contraída es recíproca. El tomador se compromete a pagar la prima y, en contraste, el asegurador debe asumir el riesgo y, en caso de ocurrir el siniestro, pagar la indemnización. c. Oneroso: el tomador se encuentra a cargo del gravamen consistente en el pago de la prima. La entidad aseguradora debe pagar la indemnización en caso de ocurrir el siniestro y conforme con las particularidades del contrato realizado. d. Aleatorio: la obligación de las partes, asegurador y asegurado, está sujeta a la eventual ocurrencia del siniestro. e. Ejecución sucesiva: las obligaciones contraídas no implican actuaciones instantáneas, se desenvuelven continuamente hasta que culminan. (...) El contrato de seguros se compone de cuatro “elementos esenciales”, en ausencia de cualquiera de los cuales no produce efecto alguno: (i) el interés asegurable, (ii) el riesgo asegurable; (iii) la prima o precio del seguro; y (iv) la obligación condicional del asegurador.”²*

Ahora bien, la finalidad de la cláusula de garantía del cumplimiento del contrato estatal es asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista. Esta cláusula es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración.

Las garantías constituyen una salvaguarda que la ley le otorga al interés público frente a los eventuales incumplimientos del contrato. De ahí que se estableciera la obligatoriedad de su constitución como requisito de ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.2.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015, frente a los *“Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación”* al establecer que:

“El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título”

Además, el valor asegurado de este amparo conforme lo dispone el artículo 2.2.1.2.3.1.12 ejusdem, será como mínimo el equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, sin que pueda ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato y la vigencia de la misma deberá ser igual al plazo del contrato, garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación de aquel.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 002 del 24 de enero de 1994.

² Sentencia T-591/17 M.P Antonio José Lizarazo Ocampo, Corte Constitucional

Con relación al amparo de calidad del servicio, el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, establece que este cubre a la entidad estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado, el valor y el plazo de esta garantía será determinada de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato

3. DEL CASO CONCRETO

Hecha la aclaración en la parte introductoria del presente documento, la Dirección de Contratación procederá a abordar la duda numero 2 referida a:

“2. Indicar si a la fecha resulta pertinente incluir los locales comerciales en el programa de seguros vigente del FDLCB o ante el incumplimiento que se dio por parte de quienes suscribieron dichos convenios de comodato, con la simple carta de siniestralidad, jurídicamente es posible que el DADEP pueda recibir los inmuebles, más cuando el aseguramiento no puede ser retroactivo?”

Respecto a la pertinencia que tiene la incorporación de los locales comerciales en el programa de seguros del FDL, se indica que las garantías no pueden ser pactadas con posterioridad a la celebración y ejecución de los convenios de comodato y por ende no es admisible la retroactividad

Por ende, el FDL deberá además iniciar la correspondiente afectación de las pólizas conforme lo establece el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 mediante el procedimiento sancionatorio de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, en concordancia con el artículo 2 del Decreto Legislativo 537 de 2020.

Ahora, respecto de la efectividad de los amparos, es importante señalar que el Consejo de Estado³ ha sido enfático en señalar que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante el agotamiento del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y con la expedición de un acto administrativo, el cual, deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y la cuantía de los perjuicios ocasionados

Finalmente, esta Dirección hace la salvedad de que es responsabilidad del Alcalde Local, como representante legal de la Alcaldía Local y del Fondo de Desarrollo Local, acorde a la facultad delegada por el Decreto 768 de 2019, acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente.

El presente concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de abril de 2009. Radicación 190012331000199409004-01. Número interno 14667. C. P. Myriam Guerrero de Escobar.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla, quedado a su entera disposición.

Cordialmente,

**GERMAN HÚMBERTO MEDELLÍN MORA**

Director de Contratación

german.medellin@gobiernobogota.gov.co

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación
Elaboró: Mónica Parra- Abogada Contratista Dirección de Contratación

