



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Bogotá D. C., Enero 26 de 2012

CONCEPTO No. 008 -2012 OJ

PARA: **PATRICIA FORERO**
Contratista ICBF – Subdirección de Servicios Forenses

DE: **LUZ MARY RINCÓN ROMERO**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: **CONCEPTO SOBRE PLAZO CONTRACTUAL Vs. APROBACIÓN DE PÓLIZAS**

Hemos recibido su consulta contenida en el documento del asunto, mediante la cual solicita concepto sobre (...el plazo contractual de los contratos de prestación de servicios del ICBF y la aprobación de las pólizas respecto a la modificación No. 1 – 2 o 3). Por lo anterior, se procede en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo a emitir el siguiente concepto jurídico:

1. PROBLEMA JURÍDICO¹

En el presente caso, se suscitan un problema jurídico a resolver, así:

¿LA FECHA DE APROBACIÓN DE LA PÓLIZA QUE AMPARA UN OTRO SÍ CONTRACTUAL, MODIFICA LA VIGENCIA Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO INICIAL?

2. DEFINICIONES Y ANALISIS PREVIOS

Atendiendo el problema jurídico que se acaba de mencionar, se procede a decantar una enumeración de conceptos respecto al tema, que se propone a continuación:

Recibi Patricia Forero
Enero 26/12



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

1º. Contrato estatal

Al respecto resulta pertinente mencionar que en su momento la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido el 4 de abril de 1974(1) —aunque en vigencia de un ordenamiento legal totalmente diferente al que se encuentra vigente en la actualidad y que de manera principal recoge hoy la Ley 80 de 1993, pero de gran importancia para la ilustración de la materia—, a propósito de la clasificación de los contratos de la Administración Pública aplicable para esa época, realizó las consideraciones que se transcriben a continuación acerca de los elementos o criterios que permitirían identificar un contrato como administrativo, así:

"a) Su origen o iniciativa, que debe ser una autorización legal, general o específica, háyase dado ella antes de su celebración o en forma posterior, a manera de aprobación o ratificación, condición ésta que no es particular del contrato administrativo propiamente dicho aunque sí de todos los contratos de la administración, y que no es otra cosa que aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez;

"b) La naturaleza de las partes contratantes o de una de ellas, esto es, el de que en todo contrato administrativo una al menos de las partes es un organismo estatal; en el primer caso, el contrato, en principio, será administrativo sin excluir la posibilidad de que pueda ser de derecho privado; en el segundo, esa circunstancia no es determinante, puesto que es posible que sea de derecho privado;

"c) Por los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja la formación del contrato o solemnizarlo, distinción externa que sólo adicionalmente puede ayudar a la distinción de los contratos administrativos;

"d) La inclusión concurrente de estipulaciones o cláusulas que podemos llamar forzosas en tanto es exigida por la ley, lo que indica que el régimen legal del contrato es de derecho público total o parcialmente, como las referentes a garantías, condicionamiento de los suficientes, reserva presupuestal, multas, renuncia a reclamación diplomática, cláusula penal pecuniaria, caducidad administrativa, término máximo de duración, campos en los cuales no existe libertad de contratación;

"e) La estipulación que incorpora expresamente al contrato como cláusulas del mismo prescripciones legales o todo un estatuto que rige incondicionalmente el contrato, sin que las estipulaciones especiales del convenio puedan modificarlas, resultando todo su contenido de derecho público, como en los contratos de concesión de derechos de exploración y explotación de petróleos;

"f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos (sic) que contiene una serie de condiciones

Servicio Forense efectivo

Calle 7 A – 12-61. PBX: 4069977-4069944 Ext. 1615, 1616, 1618 y 1619

E-mail: juridica@medicinalegal.gov.co

www.medicinalegal.gov.co

Bogotá Colombia

16º CONGRESO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES

"Diversas ciencias, un solo conocimiento forense"

Bogotá, del 15 al 17 de agosto de 2012

www.congresoforensecolombia2012.com



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consciente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste;

"g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el empleo de estipulaciones no usuales ni admisibles en los contratos privados por razón del interés público envuelto en el contrato, como cuando se conviene la caducidad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, sin indemnización y a favor del Estado el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes;

"h) La calificación que la propia ley le da al contrato como administrativo, en forma directa o indirecta, como cuando exige la incorporación de la cláusula de caducidad administrativa en los de obras, servicios y explotación de bienes del Estado, o al asignar como jurisdicción para sus controversias los tribunales contencioso-administrativos, casos en que se trata de contratos administrativos por definición legal;

"i) El objeto del contrato, como en los casos citados en letra anterior.

"j) La vinculación del contrato a un fin de interés público, o sea, a un servicio público, circunstancia no relevante, puesto que, siempre, todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales, por lo cual este criterio se ha precisado diciendo que esa vinculación ha de ser un fin inmediato de servicio público".

A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual al margen de los reparos que amerita la definición contenida en la parte inicial de su artículo 32, se encuentra legalmente definido como aquel acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurre una de las entidades estatales que menciona el artículo 2º ibídem(2), independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad como suele suceder con los que se clasifican como atípicos e innominados (art. 32, Ley 80).

Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos

Servicio Forense efectivo

Calle 7 A – 12-61. PBX: 4069977-4069944 Ext. 1615, 1616, 1618 y 1619

E-mail: juridica@medicinalegal.gov.co

www.medicinalegal.gov.co

Bogotá Colombia

16º CONGRESO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES

"Diversas ciencias, un solo conocimiento forense"

Bogotá, del 15 al 17 de agosto de 2012

www.congresoforensecolombia2012.com



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal.

Ahora bien, a propósito de la expresión **“contratos estatales”**(arts. 8-2, 11, 13, 27, 28, 32, 39, 40, 70, entre otros), que la propia Ley 80 asimila y equipara con las de **“contratos del Estado”**(artículos 41 y 44, entre otros) y **“contratos de las entidades estatales”** (arts. 1º, 6º, 8-1, 13, 32-1, 32-2, 32-3, 32-4, 39, 66, entre otros), la cual dio lugar al surgimiento de la clasificación que lleva su nombre, cabe señalar que por diversas razones —tales como su sentido natural y obvio, su amplia aceptación, su vasta comprensión, su permanente utilización—, tuvo una dinámica tal que incluso ha determinado su utilización por normas que en modo alguno la circunscriben a los específicos contratos de que se ocupa el estatuto de contratación estatal(3) o a los cuales le sean aplicables, total o parcialmente, sus disposiciones, por manera que manteniendo el señalado criterio subjetivo u orgánico, las expresiones, equivalentes entre sí, de **“contratos estatales”**, **“contratos del Estado”** o **“contratos de las entidades estatales”**, se han extendido a tal punto que en la actualidad integran un verdadero género que se encuentra conformado por todos aquellos contratos en los cuales interviene como parte una entidad pública o estatal, sin que dicha categoría pueda reducirse a los contratos de que se ocupa específicamente la Ley 80 (art. 32) o en cuya celebración participa una de las entidades que ese estatuto contractual define como estatales (art. 2º), puesto que éstos últimos contratos —estatales propiamente dichos—, apenas si corresponden a una de las especies de ese género.

De acuerdo con lo anterior, se puede aquí concluir que los contratos, suscritos entre el Instituto Nacional de Medicina Legal y los Contratistas “ICBF”, son contratos estatales, y que se deben regir por la normatividad hoy vigente al respecto. Y atendiendo a ello, se debe tener en



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

2º. Modificación – otro sí contractual

Es la forma a través de la cual, las partes que han suscrito un contrato estatal realizan un cambio.

Clases:

2.1º. Prórroga contractual. Por regla general es únicamente en plazo

2.2º. Adición contractual. Por regla general es únicamente en valor

Pero se debe aclarar que el nombre genérico es modificación, y de acuerdo a la costumbre del ordenador del gasto, se determina en algunos casos su especificidad a través de la determinación de la clase.

3º. Garantía única de cumplimiento – póliza

Ley 80 prescribe como regla general en el numeral 19 de su artículo 25, en concordancia con el numeral 4 del artículo 5 del mismo estatuto que el contratista debe prestar "(...) *garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado (...)*". Dicha garantía debe consistir, conforme a la misma disposición, "(...) *en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias*".

Posteriormente se expidió la ley 1150 de 2007, y sus decretos reglamentarios entre los cuales se destacan en este tema el decreto 4828 de 2008, en el cual se determina desde el campo de aplicación, hasta su enumeración y porcentajes mínimos.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

De acuerdo con la anterior normatividad, se puede concluir que la garantía tiene como función principal, blindar a la entidad pública, por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, descritas en el contrato estatal.

Y que la póliza, (ya que es el mecanismo que utiliza el instituto), es aquel documento expedido por una aseguradora, por medio del cual se asegura a la entidad pública por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, desde y hasta una fecha, por un porcentaje determinado en el contrato.

4º. Requisitos de existencia, perfeccionamiento y legalización del contrato

De acuerdo a la ley y la jurisprudencia actualmente vigente:

a) Existencia:

- Certificado de Disponibilidad Presupuestal
- Conste por escrito

b) Perfeccionamiento y legalización

- Certificado de Registro Presupuestal
- Pago y/o certificación de paz y salvo de aportes a la seguridad social
- Aprobación de las garantías
- Pago de la publicación (en los casos en que se requiera)
- Suscripción de acta de inicio (en los casos de contratos de ejecución sucesiva¹)

¹ Aquel en el cual las obligaciones se van desarrollando continuamente en el tiempo, desde el perfeccionamiento del contrato hasta su terminación.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

3. CONCLUSIONES DE LA OFICINA JURÍDICA

1º. El plazo contractual inicia con el cumplimiento de los requisitos de ejecución y perfeccionamiento.

2º. Por regla general todo contrato estatal, cuando su cuantía es inferior al 10% de la menor cuantía no requieren garantía única de cumplimiento.

3º. Todos los contratos, realizados entre el Instituto y los contratistas del "ICBF", tienen garantía única de cumplimiento.

4º. En virtud de que el contrato inicial tuvo garantía única de cumplimiento, sus modificaciones, deben tener garantía, que cubra, ya sea la adición o la prórroga.

5º. Todas las garantías – pólizas de los contratos ICBF, de acuerdo a la ley, tienen un cubrimiento del plazo contractual inicial y cuatro (4) meses más, plazo de que de acuerdo a la ley, es el tiempo para liquidar un contrato.

6º. Cuando se realizaron las modificaciones a los contratos ICBF, en virtud de estipulación legal y contractual, se obligo a los contratistas que realizaran una modificación a la póliza inicial que ya se encontraba aprobada, puesto que en aquellos casos en los cuales se había prorrogado (el tiempo ya no cubriría lo pactado), o adicionado (el valor inicial ya no alcanzaba), o ambas condiciones.

7º. La fecha de aprobación de la modificación a la póliza, por regla general no afecta la ejecución o cumplimiento de obligaciones de ninguna de las partes. Lo



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

anterior ya que la póliza inicial alcanza a cubrir válidamente los días que el contratista se haya demorado en traer la modificación de la garantía.

8°. En virtud de lo anterior, el contrato sigue su ejecución normal, sin intervalos que no puedan ser pagados al contratista.

Cualquier duda o inquietud adicional, esta oficina esta en disposición de resolverla.

Cordialmente,



LUZ MARY RINCÓN ROMERO
JEFE DE LA OFICINA JURÍDICA

Proyecto: Fernando Moreno González
Revisó y aprobó: Luz Mary Rincón Romero