

**LA PÓLIZA DE SEGURO COMO GARANTIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO EN
LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS**
INSURANCE POLICIES AS GUARANTEES AGAINST BREACH OF PUBLIC
INFRASTRUCTURE CONTRACTS

HYNNA PAOLA ORTIZ¹
CARLOS ALBERTO NOGUERA²

RESUMEN

El alto índice de incumplimiento en el desarrollo de los contratos de obras, el abandono de proyectos y la imposibilidad de recuperar los recursos que dispone la entidad estatal contratante, representan un gran impacto para la economía nacional, el desarrollo de las obras públicas y las finalidades esenciales del Estado, ante ello las garantías ofrecen una forma de asegurar el cumplimiento de los contratos estatales, frente a posibles riesgos que puedan materializarse dentro de la actividad contractual, para la exigencia del cumplimiento o indemnización por eventuales perjuicios causados. La revisión de las obligaciones legales de la entidad pública y los contratistas, la identificación de sus responsabilidades tales como una correcta valoración del riesgo durante la etapa de planeación, además del seguimiento, revisión y control en la ejecución, se presentan como actividades necesarias en cabeza de los representantes de la entidad estatal, lo que comporta la obligación legal de previsión que se debe materializar con la suscripción de la póliza de seguro en los contratos que así se lo disponen, de manera detallada y suficiente para blindar el cumplimiento del objeto pactado.

ABSTRACT

The high rate of non-compliance in the development of infrastructure works, the abandonment of projects and the impossibility of recovering the resources available to the contracting state entity, represent a great impact for the national economy, the development of its infrastructure and the essential purposes of the state. Given this, the guarantees offer a way to ensure compliance with

¹ Politóloga de la Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá) y Abogada Universidad La Gran Colombia (Sede Bogotá), Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: paolaortiz.jaramillo@gmail.com

² Abogado de la Fundación Universidad del Norte (Barranquilla), Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali. Correo: cncastillejo95@gmail.com

state contracts, against possible risks that may materialize within the contractual activity, for the requirement of compliance or compensation for possible damages caused. The review of the legal obligations of the public entity and the contractors, the identification of their responsibilities such as a correct risk assessment during the planning stage, in addition to the monitoring, review and control in the execution, are presented as necessary activities at the top. of the representatives of the state entity, which entails the legal obligation of provision that must materialize with the subscription of the insurance policy in the contracts that so provide, in a detailed and sufficient manner to shield compliance with the agreed object.

PALABRAS CLAVE

Garantías, Pólizas, Seguro, Contrato Estatal, Riesgos, Incumplimiento Contractual.

INTRODUCCION

Para el cumplimiento de los propósitos y proyecciones del Estado, establecidos en la Constitución Política de Colombia de 1991, fijados como fines esenciales que direccionan la actuación de los agentes estatales, ha sido necesaria la intervención de formas diversas de apoyo, entre las cuales principalmente se encuentra la participación de terceros, por lo que ésta, debe ser orientada fundamentalmente hacia la protección del interés común y la optimización de los recursos públicos, lo cual ha sido logrado por regla general a través del acuerdo de voluntades entre las entidades públicas y los particulares, situación que los convierte en sujetos activos de la actividad contractual del Estado, tal como lo expresa la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1996, dicha contratación se hace necesaria para cumplir los variados cometidos que le han sido asignados al Estado Constitucional.

En este sentido los criterios de eficacia, moralidad y celeridad de las acciones estatales, desarrolladas en la ley, han determinado que se demanden también de los particulares transparencia, eficiencia y responsabilidad, requiriendo por ello mecanismos idóneos para su verificación, en un régimen que aboga por la autonomía de la voluntad, equilibrando las obligaciones y exigiéndose entre sí las diferentes responsabilidades, tal como lo dispone el Decreto 1499 de 2017.

Sin embargo, es de notar el alto índice de incumplimiento, abandono y obras inconclusas, además del aumento de las denuncias de corrupción y desfalcos, por parte de los particulares contratistas, presentándose como una grave problemática que impide el cabal desarrollo de los fines del Estado, ya que muchos de estos casos inapropiados no están acordes al cumplimiento de las exigencias legales existentes y muchos se benefician sin importar el beneficio común, por lo que es de importante relevancia la construcción de un marco especial de previsión para disminuir y reconocer la falta de integridad por parte de los funcionarios ante estos hechos, además faltan mecanismos para proteger el patrimonio nacional y blindar los contratos, en la búsqueda de asegurar su cumplimiento, impulsando al aseguramiento como un mecanismo esencial que debe exigirse en la mayoría de las ejecuciones que delega el Estado a los particulares, tal como lo expone el la Secretaria de Transparencia y Función Pública.

Pero no es solo para la entidad responsable del contrato en sí que deben estar vigilando y cooperando para responder ante cualquier hecho ilegal, es también importante que exista una eficacia y una eficiencia en la construcción de mecanismos propios, el que puedan ser parte las organizaciones y partidos políticos, los terceros como las empresas privadas y sus empleados hasta las JAC. Estos mecanismos deben ser íntegros y ajustados ante cualquier hecho a nivel nacional, tanto para las entidades como para los mismos funcionarios, ya que ellos son lo que deciden de forma positiva o negativa respecto al contrato, ya sea por su valor, o tiempo, o administración. Todas las adjudicaciones y procesos de selección deben estar siempre regidos por la transparencia, debido proceso y objetividad pensada en satisfacer los beneficios e intereses comunes y generales.

Así, en la consecución de los lineamientos estatales que movilizan recursos importantes en tiempos límites, con requerimientos específicos, se destaca la complejidad de proteger los eventuales sucesos que puedan generar incumplimientos, cuya génesis puede encontrarse en la falta de aplicación de controles ya establecidos o en el desconocimiento de los mismos, como también en la observación de los diferentes principios de transparencia, eficacia, eficiencia y la protección economía, que enmarcan la contratación, lo que hace necesario la presentación de un mecanismo para la protección del interés común frente a eventuales incumplimientos, sin importar el valor, el servicio o el objetivo, ya que lo que se busca es el cumplimiento y la calidad demostrada en la ejecución y en el número de beneficiarios.

Para Rosero (2019) el propósito de la entidad estatal es conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, siendo el contratista quien desarrolla una labor estrictamente formal y material, no como receptor de una función pública, sino, reduciéndose a actividades de construcción, reparación o mantenimiento, constituyéndose como colaborador de la entidad.

De esta manera, tal como lo reconoce el Departamento de la Función Pública (2021) el contratista, es un sujeto particular, que no pierde su calidad, tal que su vinculación no le confiere investiduras, porque si bien el contrato se ordena para realizar una actividad o prestar un servicio público, aunque tiene autonomía y libertad de acción, ello no conlleva per se el ejercicio de una función pública; En consecuencia, “asume responsabilidades públicas en efecto correlativo, que

conlleven consecuencias en aspectos administrativos, civiles, comerciales e incluso penales, según se encuentre dispuesto por el legislador” (Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1998, M.P. Antonio Barrera). De esta manera la administración, a través de sus funcionarios delegados se ve abocada a asumir posibles riesgos que devienen de externalidades, imprevistos y diversas situaciones que pueden acaecer entre la preparación y la ejecución de los contratos, en especial en temas y procesos afectados por el tráfico de influencias, sobornos o la ineficacia en las verificaciones adecuadas.

Todo ello se contrasta con el alto índice de incumplimiento, obras suspendidas, corrupción y desfalcos, que dejan consecuencias financieras, ambientales, de desarrollo cultural y social, además de la gran exposición mediática, que presenta la falta de previsión, efectividad en el aseguramiento y supervisión en la ejecución a cabalidad de los contratos pactados; así lo expuso la Contraloría General de la Nación, en informe publicado en el año 2020, describiendo la cantidad de obras inconclusas, proyectos críticos y “elefantes blancos” que superan más de 1.400 casos, en donde fueron invertidos más de 25 billones, de acuerdo a los datos recopilados de acuerdo a la ley 2020 del 17 de julio del 2020, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

Adicionalmente, como lo explica Paolo (1995), impacta las variables macroeconómicas, por la incertidumbre generada y porque las ineficiencias conducen a una baja productividad, generando costos adicionales, que las organizaciones y empresas no pueden cubrir, dando al traste con la des-estimulación generalizada de inversión extranjera, y disminuyendo el crecimiento económico.

En consecuencia, los entes territoriales, la administración estatal a través de sus representantes y funcionarios, se encuentran bajo una responsabilidad de manejo crítico, que requiere la obligación de administrar y cuidar el patrimonio nacional, con el deber de asegurar el cumplimiento de las actividades pactadas y garantizar su culminación total y oportuna, bajo la observancia de los principios de la contratación, herramientas normativas y técnicas que presentan una hoja ruta que pretende blindar los objetivos contractuales y asegurar su ejecución.

Por su parte, el contratista como sujeto responsable de ejecutar el objeto del contrato, debe asumir los perjuicios causados por el incumplimiento, que al ser el contratista de carácter privado, como también lo son sus obligaciones, debe observarse en principio la responsabilidad civil en cuanto a sus elementos como fuente de obligaciones, como lo aclara el Consejo de Estado en concepto 2386 de 2018; De esta manera las responsabilidades que se desprenden del incumplimiento en un contrato estatal, representan obligaciones civiles patrimoniales, que además de las disciplinarias y/o penales a las que hubiese lugar, son dispuestas por el tipo de actividades que se desarrollan y su interés público de carácter social.

Por lo que, desde este punto de vista normativo, el contratista debe responder por el daño causado, constituido por el perjuicio originado por la conducta violatoria del compromiso contractual, además de la indemnización de perjuicios, las sanciones disciplinarias y administrativas a que se diere lugar, como se señala en el artículo 53 Modificado. L. 1474/2011, art. 82. Modificado. L. 1882/2018, art. 2º: “...los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría...”

De tal manera, para establecer las causales desde el punto de vista normativo de procedimientos y controles que favorecen la ejecución de las garantías representadas en pólizas para los procesos de contratación en los contratos de obras públicas, se realizara y se darán a conocer en primer lugar la descripción general de los procedimientos y controles normativos que regulan el cumplimiento en las pólizas de seguro para los contratos de la obra pública, siguiendo estos lineamientos, se determina desde lo procedimental las causales que conlleven a una posibilidad del reclamo de las pólizas de seguros en dichos contratos, y por último se describirán los aspectos más relevantes, que desde el control den lugar a fortalecer el seguimiento y aseguramiento de los contratos de obras ante las garantías y ante posibles incumplimientos.

Con la recolección, interpretación y análisis de la información presentada y recolectada se pretende obtener a través de una metodología cualitativa: la recolección, categorización y comparación de disposiciones normativas, conceptos doctrinales y jurisprudenciales, las claves

para abordar la problemática que presenta el incumplimiento y/o reclamaciones de las pólizas de garantías, en el contexto del incumplimiento de los contratos de obras en el Estado colombiano, con la revisión del marco regulatorio de las pólizas de seguro, además del acercamiento a los procedimientos y medios dispuestos para garantizar su propósito, aportando a su entendimiento y próximas investigaciones relacionadas.

1. EL CONTRATO DE SEGURO COMO GARANTIA PARA LA CONTRATACION ESTATAL EN EL MARCO JURIDICO COLOMBIANO

1.1 REGULACION Y PROCEDIMIENTOS NORMATIVOS

El fundamento de las garantías en la contratación pública colombiana se encuentra su génesis en la protección del interés general y en la defensa del patrimonio público, que, de otra forma, se verían amenazados si no existiesen mecanismos para asegurar el cumplimiento del objeto contractual y protección de la inversión realizada por el Estado. Tal como lo dispone el artículo tercero de la Ley 80 expedida en 1993, la finalidad de la contratación estatal, corresponde a una continua y eficiente prestación de los servicios públicos, además de garantizar la efectividad de los derechos de los administrados, que también ayudan en su consecución, propios del Estado Social de Derecho. Así las cosas, como lo expone Leal (2021), la razón de las garantías reside en el cumplimiento y efectividad de dichos fines, en su prestación eficiente y en el bienestar de los administrados, por lo que comporta especiales particularidades, para ser dotadas de herramientas jurídicas, que no puedan, discrecionalmente revocarse, anularse o invalidarse, siendo irrevocables una vez pactadas en cualquier contrato estatal.

Por ello, con la expedición de la ley 80 de 1993, se proyectan disposiciones para la regulación de las “Garantías”, a fin que exista un marco que estandarice dichas exigencias; unificando y describiendo una hoja de ruta hacia el cubrimiento de los riesgos que deben ampararse, así por ejemplo explica Rojas (2017) se encuentran figuras como la garantía única, dispuesta para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con ocasión del contrato estatal, exigible por la vigencia de todo el plazo del contrato además del periodo de la liquidación, las mismas que deben ser constituidas y otorgadas por el contratista ante una aseguradora autorizada legalmente en Colombia.

De esta manera la ley 80 de 1993, no sólo consagró la garantía representada en un contrato como póliza de seguro, sino que “estableció la obligatoriedad de dicha garantía, con sus excepciones, disponiendo que en la mayoría de los contratos estatales necesariamente debía constituirse una garantía de este tipo para amparar los posibles riesgos derivados del incumplimiento del contratista”. (Leal, 2021, p.25)

En efecto Rojas (2017) aclara que se estableció que los servidores públicos que celebran contratos del Estado deben tener en cuenta lo descrito en la ley 80 respecto del cumplimiento de los fines del Estado y su eficiente prestación, además que tratándose de contratos estatales, su régimen está dado por esta ley y en lo no regulado se aplicará la normatividad del Código Civil o de Comercio, apoyado en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009.

Para Rojas (2017) dicha garantía debía cubrir, no solo las obligaciones contractuales, sino también los ofrecimientos efectuados a la entidad estatal, para satisfacer las necesidades surgidas en esta; de esta manera se configuraba la garantía única de cumplimiento en este momento histórico como un avance importante de la ley 80, en tanto que se empieza a contemplar la posibilidad de incluir diferentes riesgos dentro de una misma póliza.

Además de la ley 80 de 1993, se encuentran diversas regulaciones que configuran su marco normativo, que podemos rastrear a partir del Decreto 1510 de 2013 que derogó el Decreto 734 de 2012, el cual establecía un marco reglamentario, mismo que fue compilado en su totalidad, por el Decreto 1082 de 2015, aplicando todo lo relacionado con las garantías en la contratación estatal, del mismo modo se incluye, la ley 1150 de 2007 (Modificada por la Ley 2195 de 2022) que contiene regulaciones aplicables a las compras públicas respecto de las garantías, su aprobación y ejecución en el contrato, como también la ley 1474 de 2011 (Modificada por la Ley 2195 de 2022) que contiene las disposiciones sobre garantías en los contratos estatales, los procedimientos para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

Así también, el Decreto 1082 de 2015, se presenta como norma principal que regula la contratación estatal y que describe las disposiciones que reglamenten las garantías de cumplimiento en obras estatales, además enumera diversos riesgos que deben ser cubiertos ante el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales, y que deben constituirse en pólizas adquiridas por el contratista a favor de la entidad contratante para garantizar y cubrir los perjuicios eventuales, tales como: El buen manejo del anticipo, la devolución del anticipo, el cumplimiento de lo pactado, el pago de sueldos y prestaciones a los trabajadores, La calidad y

estabilidad del objeto contractual, como también la calidad del servicio, y correcto funcionamiento de los bienes.

Describiéndose principalmente las regulaciones que estructuran las características y procedimientos a cumplir para la expedición como revisión y aprobación de las pólizas, disponiendo las diferentes variables a tener en cuenta, tales como la suficiencia de la garantía para la seriedad del ofrecimiento, el estableciendo que el valor mínimo que se debe cubrir, las vigencias de la misma, los riesgos amparables.

Además de las anteriores regulaciones, las entidades administrativas, en los procesos de contratación, como se encuentra en el documento guía Colombia Compra Eficiente (2014), deberán tipificar en los estudios previos, los riesgos que puedan afectar el contrato o su ejecución además tienen a su cargo de manera exclusiva la planeación del proceso de selección, así cualquier riesgo que llegare a concretarse en dicha etapa, estaría a cargo de la entidad respectiva, de igual forma en la etapa de liquidación puesto que la entidad debe impulsarla y también porque se complete la misma.

Así mismo, la guía aclara que, los funcionarios encargados deben realizar la evaluación de los riesgos asociados con cada proceso de la contratación, incluyendo su identificación individual, que determine el impacto y la probabilidad de ocurrencia, además de examinar la mejor manera de mitigar sus posibles daños, estableciendo una asignación optima hacia el cubrimiento del riesgo, para las partes contratantes, teniendo en cuenta la capacidad de controlar los factores de riesgo y la naturaleza del contrato, la cual observamos que muchas veces estos funcionarios no están capacitados para señalar y examinar cada uno de los incumplimientos o de los posibles daños que se presenten a lo largo de la obra, lo que conlleva a que la mitigación de los daños no son cubiertos como queda señalado en las garantías.

Además, aclara el documento, que el servidor público será responsable de los resultados de su gestión, acciones y decisiones en el proceso de contratación, gestionando con debida diligencia desde el momento de la prevención de riesgos hasta elaboración y validación de los documentos necesarios. Teniendo en cuenta que la entidad pública cuente con lineamientos preestablecidos

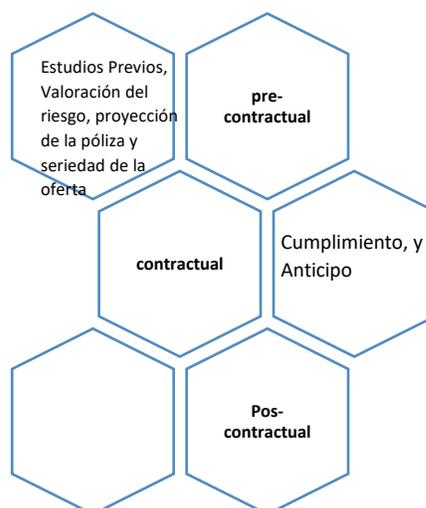
que establezcan un límite claro de competencia para asignar funciones con niveles de descentralización y centralización en el proceso de contratación. Aunque muchas de las instituciones no estructuran de forma adecuada sus guías o unos procedimientos adecuados para el momento de la exigencia de las garantías a lo que conlleva un retroceso en el desarrollo del objetivo del contrato.

Por último, serán responsables de la publicidad y transparencia de los documentos del proceso en las respectivas páginas estatales y de control, los cuales deben ser publicados con excepción de los procesos de contratación con cargo a gastos reservados y excepciones establecidas por la ley. Como también la publicación en sus páginas web establecidas los demás procedimientos y desarrollos para mayor transparencia.

De esta manera el representante de la entidad, director, o funcionario encargado, que de acuerdo a lo establecido en Ley 80 de 1993 (Arts.11 y 26), como lo indica el Manual de Contratación de la Función Pública (2021) es quien detenta la competencia para ordenar, dirigir la celebración de las licitaciones y elegir al contratista, y ejerce la responsabilidad junto al comité de suscribir los contratos correspondientes y podrá autorizar a los funcionarios que desempeñen cargos directivos, consultivos o equivalentes para actuar inherentemente en actividades contractuales., tales como la revisión, verificación y validación de las garantías.

Una vez el contratista presenta la garantía constituida en póliza, “la entidad pública deberá proceder a la aprobación de esta, siempre y cuando cumpla con los requisitos legales y reglamentarios para cada caso y amparar todos los riesgos en los términos exigidos en el contrato, requisito sin el cual, no se puede iniciar la ejecución del contrato”. (Rojas, 2017, p145)

Figura 1. Seguimiento a Riesgos



2. EFECTIVIDAD Y CUMPLIMIENTO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO EN LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS

2.1 CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA REPRESENTADA EN PÓLIZA

La póliza de seguros es una de las clases de garantías que pueden constituirse para amparar los posibles perjuicios que se ocasionen por el incumplimiento del oferente o del contratista, tal como lo expone la publicación institucional su alcance se puede expresar de la siguiente forma: “La Entidad debe validar que en la póliza y sus cláusulas no se presenten exclusiones ni limitaciones de responsabilidad, como también verificar que el amparo, cobertura, vigencia y valor asegurado correspondan los exigidos para el tipo de contrato” (Colombia Compra Eficiente, 2014, p.7).

Por su parte el contrato de seguro representado en póliza, es reconocido como de naturaleza comercial, por lo que se rige también por lo dispuesto en el código de comercio, lo que lo caracteriza por el compromiso de las partes, en este caso de las compañías aseguradoras, como lo explica Rojas (2017) deben reparar el daño o devolver sumas de dinero, en el caso que se materialice el siniestro previsto en el mismo, lo que por su parte también compromete al contratante a cancelar la prima correspondiente, siendo siempre bilateral y oneroso, tal como lo describe el código de comercio en los artículos 1036 y 1037, pues genera recíprocamente obligaciones como el pago de la prima por parte del tomador y el cubrimiento del riesgo y el pago de la indemnización por parte del asegurador.

De esta manera, para que el contrato de seguro contenido en una póliza sea válido “solo puede ser suscrito por compañías aseguradoras sujetas a inspección y vigilancia de la superintendencia financiera”. (Martinez, 2019).

En el contrato de seguro rige el principio indemnizatorio, “el cual se traduce en que las entidades estatales no pueden enriquecerse a costa de dicho contrato, pues esta no es su finalidad, sino la

indemnización de los daños causados en caso de producirse” (Leal, 2021, p.83).; además, “El contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento para la Entidad Publica contratante, de manera que solo está dispuesto para reparar los daños ocasionados.” (Colombia Compra Eficiente, 2014, p.8).

Igualmente, aplica el principio de independencia de los amparos, el cual apunta a que estos son independientes entre sí, en cuanto a su cobertura y valor asegurado: “Los amparos de la póliza son independientes y autónomos en el riesgo que cubren y en el valor asegurado” (Colombia Compra Eficiente, 2014, p.8) por ello la compañía aseguradora no puede utilizar lo correspondiente a uno de los amparos para cubrir o indemnizar un riesgo diferente. En el mismo sentido Leal (2021), aclara que la irrevocabilidad y la no terminación automática por no pago de la prima, es otro principio aplicable en materia específica de este tipo o clase de garantía, según el cual el contrato de seguro es irrevocable, y no puede terminarse de manera automática o revocarse por no pago de la prima, porque se trata de un contrato estatal donde no es posible aplicar esta terminación o revocatoria como si sucede en el ámbito civil y comercial.

Dentro de las herramientas recolectadas, con que se puede contar para establecer definiciones conceptuales sobre las características de la póliza de seguro encontramos la “Guía de Garantías en Procesos de Contratación” emitida por el Gobierno desde la entidad descentralizada Colombia Compra Eficiente, en su versión G-GPC-01 de 2014, de la cual se extraerán las características básicas que debe tener el Contrato de Seguro constituido en póliza.

Riesgos y Cobertura: Los riesgos que cubren las garantías tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los contratistas ante la entidad estatal o de terceros, por la presentación de las ofertas, el contrato y su liquidación, demás riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales que deriven de la responsabilidad extracontractual emergente de hechos u omisiones de los contratistas y subcontratistas, tal como se encuentra definido en el Concepto C-754 de 2021 de la guía Colombia Compra Eficiente.

Partes y beneficiarios:

- a. El Tomador: es el contratista cuyas obligaciones se garantizan con ocasión de la presentación de la oferta o celebración de un contrato con una entidad estatal
- b. La Aseguradora: entidad a quien el oferente o contratista traslada el riesgo, vigilada por la superintendencia financiera.
- c. La entidad estatal es asegurado y beneficiario, pero no tiene el carácter de parte.

Características del contrato de seguro:

- 1. Principio indemnizatorio: el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento para la entidad estatal, solo está dirigido a reparar los daños causados. sin embargo, en el para el amparo de seriedad de la propuesta, la entidad tiene permitido solicitar el valor asegurado sin que existieren perjuicios de igual proporción.
- 2. Independencia de los amparos: los amparos que contiene la póliza solo pueden ser utilizados para cubrir o indemnizar el riesgo para que están dispuestos y no para otro diferente, siendo independiente y autónomo en el riesgo que cubierto y el valor asegurado.
- 3. Exclusiones: la causa extraña, daños causados por el contratista, uso indebido o inadecuado, o falta de mantenimiento preventivo, deterioro normal que sufren los bienes entregados con ocasión del contrato.
- 4. Irrevocabilidad y no terminación por mora en el pago de la prima: la terminación automática por no pago de la prima y su revocatoria no es aplicable a las pólizas para contratos estatales.
- 5. Inoponibilidad de las excepciones: las aseguradoras no pueden oponerse o defenderse de las reclamaciones que presenten las entidades estatales alegando la conducta del tomador, como es el caso de las inexactitudes o reticencia en la información contenida en el contrato.
- 6. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad: de manera general el asegurador solo paga por eventos en que exista siniestro total, y solo una parte del valor asegurado en casos de siniestro parcial. Este tipo de cláusulas no puede incluirse en los contratos de seguros, para contratos estatales y no producirá efecto alguno de incluirse.

Además de lo anterior la guía es clara al distinguir como lo explica la guía que el ámbito temporal de la garantía de cumplimiento. Que son: i) la vigencia de la garantía y ii) la fecha de

expedición de la garantía. De esta manera, aunque el Decreto 1082 de 2015 para la suficiencia de la garantía de cumplimiento no establezca expresamente un momento de inicio de la garantía sino de finalización, al determinar que esta debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato, el numeral 6 del artículo 1047 del Código de Comercio exige que la póliza contenga la vigencia del contrato de seguro indicando claramente la fecha de inicio y de finalización.

Por su parte, la misma guía G-GPC-01 de 2014, hace referencia al artículo 1047 del Código de Comercio se describen las condiciones que debe contener la póliza, para que pueda establecerse como prueba del contrato de seguro que se celebra, reuniendo todos los requisitos señalados en el artículo 1046 del Código de Comercio, dentro de las cuales es pertinente destacar de manera expresa:

- La razón o denominación social del asegurador
- El nombre del tomador
- Los nombres del asegurado y del beneficiario
- Identificación precisa de la cosa o de la persona con respecto a las cuales se contrata el seguro
- Vigencia del contrato, indicando fechas y horas de inicio y vencimiento o el modo de determinarlas.
- La suma asegurada o el modo de precizarla
- La prima o el modo de calcularla y la forma de pago
- Los riesgos que el asegurador compromete a su cargo
- La fecha de expedición y la firma del asegurador
- La solicitud del seguro firmada por el tomador
- En general todas las condiciones aplicables al contrato, que la compañía aseguradora haya depositado ante la superintendencia.

Responsabilidad Civil Extracontractual: Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.3.1.5 establece, que la responsabilidad civil extracontractual proveniente de hechos, acciones u omisiones del contratista o subcontratista, solo puede ser amparada a través de un contrato de seguro; del mismo modo, los subsiguientes artículos (...1.17,...2.9.), determinan el valor que debe ser asegurado con el contrato de seguro teniendo en cuenta el valor en salarios mínimos

mensuales legales vigentes del contrato; además establecen los requisitos del seguro de responsabilidad civil extracontractual, que esencialmente deben estar incluidos en todo contrato de seguro representado en póliza que cubra lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual.

Efectividad de las Pólizas de Seguro: En los casos en que la entidad estatal deba hacer efectivas las garantías previstas en las pólizas se regirá así:

- a. A través de acto administrativo donde la entidad declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. Constituyendo el acto administrativo de caducidad el siniestro.
- b. A través del acto administrativo con el cual la Entidad impone multas, ordena el pago al contratista y al garante (representa el siniestro).
- c. Así también, con el acto administrativo con el cual la entidad estatal declara el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, “si está pactada en el contrato y ordena su pago al contratista y al garante. Este acto correspondiente a la reclamación para la compañía de seguros.” (Martínez, 2017, p.33)

Es así, que para hacer efectiva la garantía del contrato de seguro, la entidad pública deberá declarar el siniestro mediante acto administrativo, teniendo en cuenta como aclara Rojas (2017) que la acción prescribirá ordinariamente a los dos años, contados a partir de la fecha en que la entidad tiene o debió tener conocimiento del hecho y extraordinariamente a los cinco años contados desde el momento de la ocurrencia del siniestro.

En la misma línea explica Martínez (2019), que lo dispuesto por el Decreto 1082 de 2015 las garantías que respaldan el cumplimiento de un contrato pueden hacerse efectivas cuando se presenta un incumplimiento atribuible al contratista, de las obligaciones pactadas que dan lugar a la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato, la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal. Expidiendo como consecuencia la entidad el respectivo acto administrativo que lo declare; vinculando al contratista y al asegurador del contrato en los procedimientos administrativos sancionatorios o conminatorios.

Figura 2. Amparo pólizas para contratos de obras.



2.2 EFECTIVIDAD DE LA GARANTIA CONSTITUIDA EN POLIZA

A través de las garantías constituidas en pólizas, se pretende el cubrimiento de un contrato de entidad estatal, en lo atinente a las etapas precontractual y contractual, no obstante, la sola constitución de la garantía por parte del contratista, es suficiente, puesto que además se hace forzoso que éstas sean aprobadas por la entidad estatal contratante, es decir, que se ajusten a los montos y vigencias requeridos. En este sentido no cualquier garantía es admisible, a menos que cumpla con los requisitos patrimoniales exigidos y las reglamentaciones dispuestas en ley.

Así, el contrato de seguro expedido por entidad autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera, es autónomo del contrato estatal, y de esta manera no pueden confundirse como uno solo, en tanto que el contrato de seguro no forma parte de aquél que garantiza, aunque sea su fuente.

De esto se desprende que las controversias derivadas del contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de las obligaciones del contratista, se deben resolver ante los jueces ordinarios y no ante la jurisdicción contencioso administrativa, como lo ha sostenido el alto tribunal:

Las obligaciones que tiene un contratista para garantizar el cumplimiento de sus responsabilidades descritas provenientes del contrato de seguro, “no constituyen per se un contrato estatal y, por consiguiente, para los procesos ejecutivos que en él se generen, no es competente la jurisdicción de lo contencioso administrativa para conocerlos.” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 31000-0290-01 C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez, 2002, p.5).

En el mismo sentido, la irrevocabilidad y la no terminación automática por no pago de la prima, es otro principio aplicable en materia específica de este tipo o clase de garantía, según el cual el contrato de seguro es irrevocable, y no puede terminarse de manera automática o revocarse por no pago de la prima, porque se trata de un contrato estatal donde no es posible aplicar esta terminación o revocatoria como si sucede en el ámbito civil y comercial como aclara Leal (2021). Lo anterior implica que las aseguradoras no pueden alegar, frente a la exigencia del cumplimiento, la conducta del tomador relativa a inexactitudes en la información suministrada para la suscripción del contrato de seguro.

Además, aclara el Consejo de Estado, que en caso de incumplimiento por parte del contratista, este puede cederlo al garante o aseguradora para que este finiquite su ejecución u objeto contractual: “En este caso, el garante podrá continuar con la ejecución del contrato en calidad de cesionario para lo cual es necesario que constituya las garantías previstas en el contrato” Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 31000-0290-01 C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez, 2002).

La entidad aseguradora no puede eliminar el mérito ejecutivo de la póliza que garantiza el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Una vez en firme el acto administrativo que declara la caducidad del contrato por incumplimiento de éste, no puede destruir dicho mérito ejecutivo, porque no sólo se busca blindar a la entidad estatal contra los perjuicios que ocasione el incumplimiento referido, sino defender o proteger los intereses públicos, que es el fin que persigue la administración al celebrar este tipo de contratos, como aclara Leal (2021), en este tipo de contratos de seguros no es aplicable la regulación del Código de Comercio artículo 1053-3, que faculta a la aseguradora para objetar la reclamación del asegurado, como tampoco la

disposición que prevé la que la objeción oportuna, seria y fundada podrá eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza.

Así, para Leal (2021), las entidades estatales pueden declarar directamente la ocurrencia de estos riesgos y en consecuencia el incumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo cual no es necesario que acudan a instancias judiciales para que éstas sean las que declaren el incumplimiento. Las entidades públicas, entonces, gozan de esta prerrogativa, pues basta con que en el acto administrativo correspondiente declaren la ocurrencia del incumplimiento o el acontecimiento del riesgo amparado por la respectiva garantía. Ésta será la prueba del incumplimiento y la forma de hacer efectiva la garantía. De esta forma, en todos los tipos de riesgos amparables mediante garantía, la entidad estatal cuenta con la potestad para declarar su configuración y con dicho acto administrativo hacer efectiva la garantía.

Tal como lo expresa el Consejo de Estado: “...puede considerarse que la Administración sí tiene una facultad especial consagrada en la ley, de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado, constituyéndose como una prerrogativa especial del poder público”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia 1995-01250-01 C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez, 2005).

Bajo esta línea, la sección tercera del Consejo de Estado ha confirmado en sentencia 1990-6904-01 de 2004, del Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra, que cuando la entidad estatal declara la caducidad por incumplimiento, tendrá que establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta se constituirá como motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente puede calificar la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede concretar y volver realidad con su sola declaración, sin que haga falta recurrir al juez del contrato para obtener su sanción.

2.2.1 Caducidad y prescripción Contrato De Seguros

En sentencia 00239 de 2018, la sección primera del Consejo de Estado con ponencia de la Dra. María García, aclaró que las disposiciones del Código de Comercio son de aplicación al seguro de cumplimiento, tal como lo es el artículo 1081 del Código de Comercio en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, indicando que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, correspondiente al período de duración del contrato de seguro, y otro es el término dentro del cual se puede hacer exigible la indemnización, mediante la acción del asegurado o beneficiario del seguro.

Por lo que, tal acto administrativo debe estar en firme antes del término de prescripción de la acción contra el contrato de seguro y esta puede ser ordinaria o extraordinaria, explica Martínez (2017) que siendo la ordinaria correspondiente a dos años contados a partir del momento en que la entidad estatal tiene o debe tener conocimiento del hecho y la extraordinaria por un término de cinco años, contados desde la ocurrencia del siniestro.

En esta línea, la vigencia de la póliza debe corresponder de manera estricta al término del contrato de seguro y consagrada dentro del mismo, tal como se dispone el artículo 1047, numeral 6, Código de Comercio, entendiendo que es el tiempo dentro del cual surte sus efectos y, por ende, en el que los riesgos corren por cuenta del asegurador, por consiguiente, una vez vencido el período de vigencia antes de que acontezca el siniestro, desaparece el correspondiente amparo respecto del mismo, lo anterior pone en evidencia que la vigencia de la garantía está íntimamente relacionada con la ocurrencia del siniestro, lo que es independiente de la época o plazo dentro del cual la Administración ordena su efectividad, pues esta decisión se limita simplemente a declarar una situación fáctica anterior, como es el hecho del incumplimiento; sin menoscabo a que el siniestro se haya producido como acto administrativo, cuando se declara la caducidad del contrato estatal o se imponen multas, por incumplimiento de las obligaciones contractuales, el acto administrativo sólo declara la ocurrencia del siniestro, pero no la constituye, tal como lo aclara el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera en sentencia 2010-00239-01, C.P. María García.

Particularmente, frente a la garantía única de cumplimiento opera un régimen de excepción, descrito en el código de comercio, que establece la terminación automática del seguro como

efecto a la mora en el pago de la prima por quien está obligado al pago de esta, es decir que el tomador a pesar que no haya realizado pago correspondiente, no podrá liberar de responsabilidad al asegurador y en consecuencia la garantía única mantiene su vigencia, aun en el evento de no pago de la prima. Los riesgos propios de la misma continúan amparados, no obstante, registrase esa circunstancia, aclara Rojas (2017), de esta manera las garantías del contrato estatal tienen carácter indemnizatorio, atendiendo su finalidad de proteger el patrimonio público de las deudas del incumplimiento de obligaciones contractuales adicionales Martínez (2019).

2.3 CAUSALES DE INCUMPLIMIENTO

Con base a los principios de la contratación estatal y los principios administrativos que fueron planteados desde la planeación y señalados a lo largo de la adjudicación del proceso, podemos señalar que por parte del contratista no se efectuó de manera acorde a lo pactado en el contrato y señalado en los estudios previos como en la invitación y demás documentos previamente expuestos, encontramos múltiples acciones no realizadas para no alcanzar el objetivo, el cual no fue entregado a tiempo, o entregado parcialmente o incompleto hasta entregado de forma incorrecta o equivocada como se planteó en el objetivo y en las fichas técnicas. Otro tipo de incumplimiento es la entrega tardía de la obra, ya que se tenía previsto un tiempo considerado para la realización del objetivo. Cabe señalar que muchas de las obras entregadas de forma extemporánea, son causadas por otro tipo de inconvenientes como son los casos de fuerza mayor, que se presentan mucho en nuestro país (geografía y clima).

Otro incumplimiento que podemos observar por parte del contratista es que no posee los conocimientos adecuados para la realización y ejecución del contrato de obra, y este a su vez, llega a convenios con terceros para cumplir el objetivo, sumando que estos terceros conservan tanto el conocimiento como la experiencia y la maquinaria adecuada. Muchas veces estos compromisos, no son serios y otros no están asegurados, por lo que pone en peligro el cronograma y entregas acordadas con la entidad.

Otro incumplimiento que observamos pero que en menor escala como los anteriores, es una planeación carente de efectividad con respecto al objetivo del contrato, como son las obras

inconclusas por falta de estudios o entregas con materiales no adecuados, o entregas que no estaban planteadas o son inadecuadas a las que se requerían, ya que estas son pérdidas económicas y materiales para la entidad, como lo podemos ver en muchos espacios deportivos sin servicios primarios como el uso adecuado de baños por falta de planos hidrosanitarios o zonas carentes de alumbrados públicos.

Otro de los incumplimientos que podemos observar, aunque no regulares, son por parte de las entidades con respecto al pago hacia al contratista de la obra, ya que la misma entidad acordó en vigilar el proceder de la obra por medio de la realización y entrega de informes de supervisión por profesionales y estos a su vez verifican de ante mano que se les aprueba el porcentaje de entrega para que se pueda realizar el pago pactado. Muchos de estos informes son pruebas para la misma entidad y demostrar tanto la tardanza como el pésimo proceder del contratista en la obra. Algunos contratistas, prefieren abandonar la obra y dar por terminado de forma legal solicitando la resolución de terminación anticipada del contrato recibiendo una multa o sanción o solo la declaración de incumplimiento.

3 EL CONTROL INSTITUCIONAL COMO HERRAMIENTA PARA FORTALECER EL ASEGURAMIENTO

3.1 APROBACION DE LA POLIZA DE SEGURO

El momento de la aprobación, es de principal importancia y comporta una responsabilidad de la entidad contratante, que a través de los funcionarios encargados debe realizar una revisión elemental, formal y acuciosa de toda la documentación aportada por el contratista respecto de la garantía, que se encuentre constituida en la póliza.

La Circular Conjunta 001 del año 2021 de Agencia Nacional de Contratación y a Superintendencia Financiera, ha dispuesto que previa a la aprobación de las garantías como requisito de ejecución, se debe ser verificada la validez, la idoneidad y la suficiencia de los documentos entregados como soporte de las pólizas que pretenden amparar el contrato estatal.

Esto es, validando todos los requisitos principales que contiene, tales como la calidad de asegurado y beneficiario de la entidad, el nombre del tomador, afianzado o autorizado, con su respectivo número de identificación tributaria, del mismo modo constatar que se encuentre descrito expresamente en el documento los amparos, suficiencia, cobertura y vigencia de la póliza, además del valor asegurado, y por ultimo verificar las firmas del tomador y la que se encuentre autorizada por la compañía de acuerdo a las disposiciones del Decreto 1082 de 2015 en su sección tercera.

Atendiendo las entidades estatales, la obligatoriedad del programa de gestión documental elaboran formatos de verificación indexados dispuestos en el Decreto 1080 de 2015, que consignan las validaciones descritas, documento que generalmente es rotulado como Formato de Aprobación de Pólizas, y se utiliza como una herramienta que permite dejar constancia de las personas intervinientes en la verificación, las fechas en que se realizaron manteniendo un consecutivo para su registro y consulta, además de agregar a este las firmas del responsable o responsables de la validación y autorización.

Uno de los pasos de mayor importancia es el que debe realizar la entidad para la confirmación de la póliza con la respectiva aseguradora, lo que puede ser consultado a través de la web oficial de la Superintendencia Financiera, donde se despliegan las diferentes entidades vigiladas y autorizadas para expedir estas garantías, y que permite constatar, en la página correspondiente a la aseguradora, la autenticidad de la póliza que generalmente es confirmada a través de casillas donde se solicita el número de la póliza o código según la compañía, tal como se encuentra en la página oficial de Fasecolda (2022).

Tal como lo establece el inciso tercero de la instrucción primera de la Circular Conjunta 001 del 20 de agosto de 2021, expedida por la Superintendencia Financiera, las entidades públicas deben utilizar todos los mecanismos en línea previstos, para verificar la validez, idoneidad y suficiencia de aquellos documentos entregados como soporte de las garantías que pretenden amparar el contrato estatal. De igual forma, las entidades públicas tienen la responsabilidad de verificar que las firmas digitales incorporadas en ellos sean válidas, con el reconocimiento en las plataformas correspondientes. Todo ello claro ésta, de manera previa a que las entidades públicas aprueben o

rechacen las garantías dejando por escrito en cualquier mecanismo el acto de consulta, y constancia expresa en el expediente contractual.

Bajo esta línea la Circular Conjunta 001 Del 20 De Agosto De 2021 expedida por Supe financiera y la Agencia Nacional De Contratación Pública, expone que las entidades vigiladas deben adaptar los procedimientos existentes, de tal manera que faciliten a los usuarios e interesados, la validación del origen, sus características y elementos relevantes que constituyen la garantías, los contratos de seguro de cumplimiento, los cuales deben ser expedidos a través de documentos electrónicos integrales con valor legal y técnicamente asegurados mediante firma digital y registro cronológico, además de facilitar mecanismos tecnológicos como los códigos QR³, hash⁴, alfanuméricos o CUFE⁵, que permitan la verificación en línea, o a través de aplicaciones móviles. Lo anterior, con el propósito de garantizar su validez, integridad y suficiencia.

Adicionalmente, las entidades que expiden este tipo de garantías, deben disponer un contacto telefónico a fin de que las entidades del Estado puedan verificar cualquier requerimiento y absolver las consultas que sobre el particular sean necesarias; de esta manera las Entidades Públicas podrán acudir a los mecanismos de verificación en línea previstos, con el propósito de verificar la validez, idoneidad y suficiencia de los documentos que entregados como soporte de manera previa a la aprobación o rechazo, dejando constancia del acto de consulta, en el expediente contractual.

Por su parte la Directiva 025 de 2021 PGN para la Aprobación de garantías y publicidad de la actividad en el SECOP, la Procuraduría General de la Nación exhorta a los representantes legales, ordenadores del gasto, supervisores, interventores y jefes de control interno a:

1. Desplegar el mayor cuidado y diligencia en la aprobación de las garantías.
2. Establecer protocolos internos de buena gestión, tendientes a verificar la autenticidad de las garantías otorgadas por los proponentes y contratistas.

³ QR (Quick Response) códigos que pueden de almacenar información, como un hipervínculo.

⁴ Hash función que generar claves que representan un documento, registro, archivo.

⁵ (CUFE), Código Único de Facturación Electrónica

3. Definir metodologías para identificar los principales riesgos respecto de la aprobación de garantías.

4. Aplicar mecanismos de verificación y evaluación en lo referente a la aprobación de garantías.

Además de la observancia de la Circular Conjunta 001 de 2020 se hace obligatorio el cumplimiento de la Directiva 039 de 2020 expedida por la Procuraduría General de la Nación, en relación con la publicidad de la actividad contractual en el SECOP, los servidores públicos que en razón de sus funciones intervengan en la aprobación de garantías y no cumplan con las disposiciones descritas pueden incurrir en falta disciplinaria.

Así correlativamente, para Rojas (2017) surge el deber de verificar y certificar que los documentos que forman parte integral del contrato como lo son las garantías constituidas en pólizas se encuentren de manera correcta y cumplan los requisitos legales, destacándose el deber de seguimiento a las mismas, controlando su vigencia y requiriendo al contratista el ajuste que se requiera acorde con lo establecido en los documentos del contrato.

3.2 EFECTIVIDAD DE LA POLIZA DE CUMPLIMIENTO

Para la doctrina especializada las garantías constituidas en pólizas se encuentran adheridas como una cláusula natural al contrato estatal, expresa Expósito (2013), siendo un efecto que las partes del contrato estipulan como accesorio a los elementos esenciales del negocio jurídico, pero que en ausencia de estipulación expresa operan por ministerio de la Ley, como se extrae de Ospina Fernández & Ospina Acosta, (2005). Por ello, ante el silencio de las partes, estas garantías son inseparables del objeto contractual específicamente deseado por quienes intervienen en el génesis del negocio jurídico, con excepción de los contratos a que expresamente la ley no exige aplicación.

Siempre que la póliza de seguro cumpla con sus formalidades, se encuentre redactada en castellano y firmada por el asegurador, además que su contenido se ajuste a las normas que regulan los seguros y demás disposiciones, se entenderá válida su clausulado y el contenido de sus amparos y exclusiones. (Ley 633 de 1993 Art 184 – 1).

En concordancia el numeral cuarto del art. 99 del Ley 1437 de 2011, dispone que los documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado deben constar de una obligación clara, expresa y exigible, los cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

Así, siendo válidos los documentos, en los casos en la entidad pública tuviere conocimiento del incumplimiento de su contratista, dispondrá de dos años, al término de la prescripción ordinaria del incumplimiento de su contratista (Art.1.081 del C. de Co.) generalmente para obtener la ejecutoria del acto administrativo con el cual se integraba el título y, a partir de ese momento ya solo debía tenerse en cuenta el término previsto en el Código Contencioso Administrativo, al vencimiento del cual el acto administrativo podía eventualmente perder su fuerza ejecutoria; finalmente explica Robledo (2015) que la entidad pública puede emprender eventualmente una acción judicial para hacer efectivos sus derechos, en ese sentido su acto unilateral, solamente podrá cumplir los efectos de una reclamación igualmente unilateral, si bien dotada de las cualidades de un acto de este tipo.

Bajo esta línea, el Consejo de Estado en sentencia del 24 de mayo de 2001, aclara que son válidos los actos administrativos por los cuales la entidad contratante decidió hacer efectiva la póliza que garantiza la estabilidad de la obra contratada, como aclara Ordoñez (2010), al declarar la ocurrencia del riesgo amparado de acuerdo a lo previsto en los numerales 4° y 5° del art. 68 del C.C.A., en los cuales se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo.

Por su parte el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. dispone un término de caducidad de dos años de la acción contractual, que son contados a partir del momento de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento. Para Robledo (2015) Esto obligaría a las entidades estatales a expedir el acto administrativo dentro del periodo de vigencia de la póliza y a contar el término de dos años a partir de allí, sin perjuicio de la posibilidad, si no quieren hacer uso de la vía ejecutiva, de acudir al juez del contrato dentro de los dos años siguientes al momento en que tengan conocimiento del incumplimiento del contratista o de cualquier otro hecho que implique la realización de los riesgos cubiertos por la póliza, por la vía ordinaria, considerándose en este caso que el siniestro, por decisión de la entidad estatal no se configurará necesariamente a través de la expedición de ningún acto administrativo sino dado el hecho del incumplimiento y con el objeto de que sea el juez del contrato el que así lo declare.

Posterior al aviso de siniestro, corresponde al asegurado formular la reclamación que, a diferencia del aviso de siniestro, requiere probar la ocurrencia del mismo y la envergadura del perjuicio (Código de Comercio Art. 1077). Esta reclamación es el acto contractual con él se inicia el término para que la compañía aseguradora retorne la indemnización u objete la reclamación del beneficiario. En el caso que sea objetada, la aseguradora presentara una manifestación seria, fundada y razonada por medio de la cual exterioriza los argumentos que la eximen del pago del siniestro, emitiéndola dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación (Malagon, 2016).

Así, la garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, para el caso de las pólizas, esta no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral, tal como lo expone la Ley 80 de 1993 en los artículos 19 al 25.

Con todo lo anterior para el Profesor Robledo (2015) se presenta más favorable para las entidades estatales, someterse a las reglas propias del contrato de seguro tal como están contenidas en el Código de Comercio, con la finalidad de hacer efectivos sus derechos derivados de las pólizas de seguro de cumplimiento al no someterse al desgaste de todas las precauciones que deben adoptar para producir un acto administrativo, muy rápidamente a partir del momento en que tienen conocimiento de la ocurrencia del siniestro y sin perjuicio de los comportamientos que deban adoptar frente al contratista, pueden proceder a un reclamo directo ante las compañías de seguro que estarán mucho mejor dispuestas a atender ese reclamo directo que la intimación que supone la notificación de un acto administrativo con consideraciones impuestas dogmáticamente por la entidad asegurada.

3.2.1 La carga de la prueba en cabeza del asegurado.

La Ley 1150 de 2007 art 128, establece en su inciso cuarto que “El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en Sentencia 2005-00530-01 de 2013, aclaró que la carga de la prueba del siniestro no solo radica en cabeza del asegurado como lo establece el artículo 1077 del Código de Comercio, sino que además también, explica Barrera (2018) que, si el siniestro ha ocurrido, el asegurado debe ser el primero en conocer sobre su existencia y, por tanto, tiene en su poder las pruebas que conciernen a su demostración. Precisamente, esta sentencia dejó en claro que la carga le corresponde siempre al asegurado En concordancia con en el Artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 que establece la misma carga para la entidad, esto es, la carga de expedir un acto administrativo que declare el incumplimiento.

3.3 FACTORES DE INCIDENCIA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS POLIZAS DE SEGURO

Uno de los factores que identifican como causas principales que afectan a la contratación estatal en Colombia, es el de la ineficiencia y desconocimiento de los funcionarios que se encargan de los procedimientos y validaciones, de acuerdo a Gómez y Gallón (2000) este factor es considerado como uno de los determinantes más importantes junto a la corrupción, debido a que, como explica Paolo (1995) el efecto de la negligencia y la debilidad de los sistemas de planeación y control, reducen la calidad de los bienes y servicios prestados por las entidades públicas, estimulando a los intervinientes para que desconozcan sus obligaciones.

Por su parte, también expresa Paolo (1995) que la alta discrecionalidad en las decisiones de los funcionarios públicos, fundamentada en una cadena de actividades administrativas que terminan dispersando la responsabilidad de los mismos, dificultando el establecimiento de los efectos de las acciones corruptas y obstaculizando la imposición de sanciones oportunas.

Estudios institucionales como los de Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe (TILAC) han identificado que los principales contratos públicos celebrados en la región involucran empresas multinacionales, que se han visto involucradas en corrupción. Otros estudios realizados por el Banco Mundial (2002) en Ramírez (2006), indican que la percepción de funcionarios públicos en Colombia con respecto al soborno en los casos de las contrataciones tiende a oscilar entre un 10 y un 25% del valor de los contratos; En el mismo estudio, se presenta que el total de las contrataciones públicas equivale al 70% del total de la inversión pública la cual fue de US\$6,88 billones en el año 2001, calculando que los sobornos alcanzarían los US\$480 millones anuales; este valor equivale al 0,56% del Producto Interno Bruto (PIB).

En encuesta realizada por la Veeduría Distrital en el marco de la política “Bogotá Transparente”, se encontró que la mayoría de los contratistas no presentan reclamaciones o denuncias a pesar de haber presenciado arbitrariedades en los procesos licitatorios (el 56% de los contratistas del Distrito, el 70% de los participantes en licitaciones y el 83% de los empresarios que no son contratistas).

En el caso de los contratos de obra pública (2.270), se determinó que el 60% de ellos no tuvieron interventoría (sólo se reportaron 928 de estos contratos). Continúa el informe diciendo: "En 66 entidades del Estado, más del 50% de sus empleados trabajan por prestación de servicios. En el caso de las entidades de naturaleza especial, cuatro de las 21 evaluadas tienen entre el 75 y el 100% de su personal con contratos bajo esta misma modalidad" (Arias, 2013).

3.3.1 Mecanismos de control en la contratación

En el marco descrito, la contratación estatal como se presenta como una actividad de gran relevancia, puesto que emplea inmensos recursos de los contribuyentes y el Estado, lo que comporta la necesidad de aplicar todos los controles que puedan blindar su desarrollo y garantizar su finalidad.

En este sentido, además de las regulaciones que enmarcan sanciones y multas a los contratistas, como explica Arias (2013) la Constitución Política de Colombia establece un régimen de responsabilidades para los servidores públicos, demarcado por los Artículos 6, 90 y 124 de la carta, y que han sido objeto de múltiples desarrollos legislativos con el fin de hacerlo operativo, además de lo dispuesto en las regulaciones disciplinarias y estatuto anticorrupción, (Ley 678 de 2001, la Ley 1952 de 2019, Ley 610 de 2000⁶ y la Ley 1474 de 2011), destacándose también en la Ley 2195 de 2022 y finalmente la legislación penal colombiana, que conforman un régimen sancionatorio dirigido a los encargados de la contratación estatal.

Así, en lo que tiene que ver con la gestión pública, no se puede dejar de lado que la misma Constitución ordenó el establecimiento de un control interno a esta actividad. En efecto, nuestra carta política en su Artículo 269 señalando que las entidades públicas y autoridades correspondientes se encuentran obligadas a diseñar aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley.

Para Arias (2013), el Control Interno, unido a un concepto de administración por procesos, y desarrollado por la Ley 87 de 1993 y el Decreto 1083 de 2015 (por el cual se adopta el Modelo

⁶ Modificado por Decreto 403 de 2020

Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano), tiene como objetivo crear un sistema en el que la administración pública cuente con procedimientos claros y definidos estableciendo puntos o factores de control en busca de la calidad real, la autenticidad, la preservación de la información y la legitimidad de las actividades que realiza la autoridad administrativa. Este control interno está diseñado validar las responsabilidades de cada servidor involucrado en el respectivo proceso.

Esto conlleva a muchos vacíos, como son la carencia de guías, pautas y procedimientos adecuados por parte de las entidades o instituciones públicas hacia los contratistas, ya que muchos de estos desconocen los alcances y naturaleza de la misma entidad como de su misión en el campo donde se desarrolla. Muchos de estos contratos, solo están enfocados en la realización adecuada de la obra, pero no existe la conexión adecuada con respecto a los fines ni al colectivo en general. Sumando así, no se tienen guías prácticas por parte de la entidad ni se entregan los manuales de procedimientos a los contratistas.

En el campo específico de la contratación aclara Arias (2013), ya la Ley 80 de 1993 presenta mecanismos y elementos de control, disponiendo una serie de principios cuya observancia busca garantizar que la actividad contractual no se desvíe y cumpla su finalidad, tales como la transparencia, economía y responsabilidad. Asimismo, la contratación debe guiarse también por los demás principios señalados en el Artículo 209 de la Constitución Política, como definidos el Artículo 23 de la Ley 80 de 1993, los cuales son: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. El seguimiento y acatamiento de estos principios, por quienes adelantan esta actividad, buscan garantizar el adecuado desarrollo de la contratación estatal.

De esta manera, se encuentra dispuesto en la Ley 80 de 1993 en su artículo cuarto, los derechos y deberes de las entidades estatales, que por ejemplo deberán exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, disponiendo iguales exigencias hacia el garante, además, de las responsabilidades que deben ejecutar como las revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, verificar el cumplimiento de condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y en los casos que sea necesario promover las acciones

de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando las condiciones pactadas no se cumplan, teniendo en cuenta que deben llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis meses durante el término de vigencia de las garantías. Para la ejecución idónea los contratos de obras, se requiere más atención y ejecución en el momento de verificación y desempeño para que no existan incumplimientos, se requiere que dichas verificaciones deben hacerse en tiempos más cortos para el control por parte de todos los actores responsables de la obra, los informes de verificación deben estar aprobados y tener un seguimiento por el personal idóneo, ya que lo ideal es que el contrato lleguen al final de su ejecución de forma aceptable y en total funcionamiento.

De esta manera la misma ley se exige que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por entidades estatales se ajuste a los estándares mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de erigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales.

Además, la Ley 80 de 1993 en su Artículo 14 describe los medios que pueden utilizar las entidades estatales, teniendo a la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación.

Así también, la Ley 1150 de 2007, en su Artículo 3, establece la obligación de disponer de mecanismos e instrumentos que permitan atender el principio de publicidad que debe acompañar el proceso contractual y asegurar la transparencia del mismo, con el desarrollo de un Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) y que se materializa a través del sitio web www.contratos.gov.co.

Por lo anterior se hace necesario como lo expone Arias (2013) que los comités de interventoría y la supervisión conformados para la contratación en cada entidad, ejecuten las actividades a su cargo de manera idónea, tales como: i) El aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones pactadas para que se desarrolle el objeto del contrato dentro del tiempo y con los recursos que se hayan presupuestado. ii) La verificación y seguimiento de la vigencia y suficiencia de las

garantías, la calidad de los materiales, obras, bienes y servicios recibidos, y el correcto manejo del anticipo.

Haciendo énfasis en el mecanismo de la supervisión e interventoría como un referente necesario en materia de control en la contratación, existe un desarrollo normativo descrito en la Ley 1474 de 2011, denominada Estatuto Anticorrupción, que, para el campo específico de la contratación estatal, se presenta con reformas puntuales para aumentar la transparencia y garantizar la sanción de la corrupción y el fraude en esta actividad estatal.

Por su parte la Procuraduría General de la Nación cuenta con funciones jurisdiccionales para ejercer la vigilancia sobre la conducta oficial de las personas que desempeñan funciones públicas, y establece la titularidad disciplinaria, y capacidad para adelantar investigaciones e imponer sanciones (inhabilidades y destitución) a los funcionarios por las faltas cometidas en ejercicio de sus actividades oficiales.

Con todo, la legislación colombiana permite implementar múltiples regímenes, que impone la derivación de varias formas de responsabilidad, con la ejecución de un solo hecho, incorporando dentro de ella la responsabilidad del funcionario interviniente. Así, se establecen en nuestro sistema las responsabilidades de carácter civil, administrativa, patrimonial, disciplinaria, fiscal y penal, para los servidores y eventualmente dirigida a particulares, cuando estos manejan bienes, fondos o recursos del Estado.

CONCLUSIONES

En el seguimiento a la normatividad acerca de las garantías, especialmente sobre las pólizas de seguro en contratos de obras estatal, contrastado con las cifras e investigaciones oficiales sobre el incumplimiento en la contratación, permite evidenciar que a pesar de los esfuerzos de unificar las diferentes regulaciones, se encuentran deficiencias en la aplicación de la temática específica, además de la falta de diligencia, las fallas en los controles, la incorrecta verificación en el proceso de aprobación de las mismas por parte de los responsables, a lo que conlleva a un serio detrimento de las arcas del Estado, no existen las guías adecuadas por parte de las entidades nacionales que cubran cada uno de los aspectos en cuanto a las responsabilidades de las partes.

Como resultado vemos altos índices de incumplimiento, obras inconclusas, casos de negligencia y soborno, baja recuperación de los recursos, que denotan la inobservancia de las regulaciones, falta de una correcta prevención de los riesgos y la excesiva discrecionalidad en las decisiones que afectan la validación de las pólizas de garantía. Para hacer cumplir a cabalidad los objetos de los contratos de obras, se requieren más controles específicos en cuanto a tiempo y personal especializado para llevar con transparencia cada uno de los informes, ya que son requeridas por ambas partes para la culminación y entrega de los valores pactados.

Sin embargo, existen sanciones dirigidas a los contratistas y funcionarios para garantizar la transparencia de lo pactado en los contratos, que se erigen como un régimen sancionatorio que permite el seguimiento a los funcionarios responsables de las actividades de contratación, destacándose la Ley 2195 de 2022 que dispone medidas para la prevención y lucha contra la corrupción, aplicables a las personas jurídicas nacionales o extranjeras que cometan delitos contra el orden económico y social, imponiendo sanciones administrativas, multas, inhabilidades, remoción de empleados o funcionarios que hubieren tolerado o consentido la conducta reprochable, además de las normas que regulan sanciones disciplinarias, administrativas y penales. Pero que al final dichos procesos se extienden por periodos bastantes largos y esto afecta el desarrollo de la obra. Observamos que muchos de estos procesos esperan llegar a su fin, para proceder de nuevo con los avances de la obra. El tiempo de espera, hace que las obras inconclusas, hacen que se deteriore o ya no es acorde a las necesidades de la comunidad que la requería.

Con todo es menester acotar que entes como la Procuraduría General De La Nación cuentan con la atribución de funciones jurisdiccionales para ejercer la vigilancia sobre la conducta oficial, y que tiene titularidad disciplinaria, además de la capacidad para adelantar investigaciones e imponer sanciones. No obstante, se hace necesario el fortalecimiento y divulgación de todos los mecanismos descritos para el seguimiento, verificación y control en la utilización de garantías y pólizas de seguro, además del deber de validar la capacidad e idoneidad de los funcionarios encargados, que den cuenta del conocimiento a tener con respecto al manejo de las pólizas de seguro, y que presten la debida diligencia a los mecanismos de validación de los documentos electrónicos necesarios para la aprobación de la póliza.

REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, D. (2009). Garantía de Seriedad de la Oferta, Bogotá: Universidad de los Andes, Revista Derecho Privado No. 41.
- Ackerman, S. 1975, The Economics of Corruption. Journal of Public Economics (4).
- Arias, L. 2013, Mecanismos de control en la contratación estatal como elemento de la lucha Anticorrupción En-Contexto Revista de Investigación en Administración, Contabilidad, Economía y Sociedad, núm. 1, enero-diciembre, 2013, pp. 37-65 Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia Medellín, Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1996, MP. Antonio Barrera
- Colombia Compra Eficiente. (Concepto C – 754 de 2021). <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/02/C-754.pdf>.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 31000-0290-01 C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez, 2002
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia 1995-01250-01 C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez, 2005

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera en sentencia 2010-00239-01, C.P. María García (2011).

Contraloría General de la Nación. (2020). Elefantes Blancos. Bogota.

Dep.Admin. Función Publica. (2021). Concepto 028391.

Diccionario Jurídico Colombiano. (2007). Editora Jurídica Nacional.

Fasecolda. (2021). Regimen de Seguros. <https://publicaciones.fasecolda.com/regimen-de-seguros/table-of-contents/>: Publicaciones Fasecolda.

Granada R. 2011, Manual de control interno : sectores público, privado y solidario (3a ed.), Editor: Nueva Legislación, Colombia.

Hincapie, J. A. (2014). La contratación de las Entidades Estatales. Medellín : Librería Jurídica Sánchez R. Ltda Séptima Edición, - Pagina 400.

Leal A. (2021). Garantías En La Contratación Estatal. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá

Llamas, Alfonso 2018, Foliaco, Gestión de Riesgos Del Proponente en la Contratación Pública, Ediciones de la U, Bogotá.

López P. 2015, La liquidación de los contratos estatales Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 45, núm. 123, julio-diciembre, 2015, pp. 401-434 Universidad Pontificia Bolivariana Medellín, Colombia

Martínez, M. (2017). Agravación del riesgo En la garantía única de cumplimiento, Tesis . Bogotá: Universidad Javeriana.

Martínez, P. 2019, Contratación Estatal, Comentarios Doctrinales y Jurisprudenciales, Bogotá: Jurídica Radar Ediciones.

Martínez Cárdenas, Edgar Enrique; Ramírez Mora, Juan Manuel La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo Reflexión Política, vol. 8, núm. 15, junio, 2006, pp. 148-162 Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia

Mauro, P. 1995, Corruption and Growth. Quarterly Journal of Economics 110 (3)

Mutis, A y Quintero M. 2000, La Contratación Estatal, Análisis y Perspectivas, pp- 228-229, Colección Profesores, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Mier P. 2010, Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado Revista de Ingeniería, núm. 32, julio-diciembre, 2010, pp. 95-107, Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia.

- Moreno E, 2017, Eficacia De Las Garantías De Cumplimiento En Los Contratos Administrativos, Tesis Grado Especialización, Universidad La Gran Colombia.
- Orejuela, Wilson, 2019. Responsabilidad del Estado y Sus Regímenes, 4ª Edición, Bogotá: Ediciones Ecoe.
- 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, núm. 19, julio-diciembre, 2010, pp. 135-175 Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia.
- Paolo, M. (1995). La corrupción en la contratación estatal Colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo. En Martínez C.(2006) .
- Presidencia de la Republica (2019), Colombia Compra Eficiente, Guía de Garantías en Procesos de Contratación, G-GPC-01.
- Presidencia de la Republica (2019), Colombia Compra Eficiente, Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, M-ICR-01.
- Robledo, L. (2015). La prescripción en el Seguro de Cumplimiento en Colombia . Bogotá: Universidad Javeriana.
- Rosero, B. (2019). Contratación Estatal – Manual Teórico Practico 4ª Edición. Bogotá: Ediciones de la U.