

Bogotá, D.C., 14 agosto de 2024

Honorable Senador
DAVID LUNA SÁNCHEZ
Comisión Primera del Senado
SENADO DE LA REPÚBLICA
david.luna@senado.gov.co
E. S. D

Asunto: Observaciones del sector asegurador al Proyecto de Ley N° 095 de 2023S “Por medio del cual se dictan normas para fortalecer la eficiencia y la lucha contra la corrupción en la contratación estatal”

Honorable Senador,

Reciba un cordial saludo de parte de la Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA. Para el sector asegurador son de suma importancia las propuestas legislativas cuyo propósito busquen fortalecer el proceso de contratación pública, del cual nuestro sector participa activamente siendo el principal garante y protector del patrimonio del Estado.

Nos dirigimos a ustedes entonces con el fin de aportar elementos que contribuyan al estudio del Proyecto de Ley 095-23S del asunto, no sin antes ponernos a su entera disposición para construir una propuesta que mejore las grietas del actual sistema en materia de aseguramiento.

Sobre la generalidad del proyecto encontramos plausibles todos los esfuerzos que propendan por la mejoría de la contratación estatal y, sobre todo, por establecer mecanismos efectivos de lucha contra la corrupción.

Según cifras del SECOP II, las pólizas de seguros garantizan el 96% de los contratos registrados en este sistema, por lo cual se han convertido en el mecanismo más idóneo, expedido y accesible para permitir la pluralidad de oferentes. Por esta razón, es muy importante para este sector contar con normas que tengan herramientas para combatir la corrupción y lograr la ejecución de los proyectos.

Desde Fasecolda consideramos importante buscar mecanismos legales que permitan la cabal finalización de los contratos estatales, pues en muchas ocasiones los actuales mecanismos jurídicos no dejan alternativas distintas a establecer la terminación absoluta del contrato, suspender las obras dejándolas abandonadas, mientras se surten todas las acciones legales necesarias para impartir medidas ejemplarizantes a los contratistas incumplidos o corruptos.

Ahora bien, de manera inicial quisiéramos recordar que el seguro de cumplimiento tiene como finalidad garantizar la ejecución del contrato estatal, tomando como fundamento las obligaciones esenciales para su cabal finalización. Por ejemplo, en el caso particular de un contrato de obra, la aseguradora garantiza la ejecución o construcción de la misma en los términos de plazo y calidad pactados en el contrato estatal. El riesgo asegurable en el seguro de cumplimiento es precisamente el incumplimiento del contratista o, dicho de otra manera, solo hay siniestro en tanto el contratista no ejecute la obra, no preste el servicio o no suministre un bien determinado. Dicho incumplimiento puede presentarse si el contratista ejecuta tardíamente la obligación, si la ejecuta defectuosamente, o simplemente si no ejecuta el contrato.¹

Sin embargo, el artículo 4 del Proyecto de Ley que nos ocupa, amplía el alcance de la garantía del contrato estatal, desnaturalizando su objetivo o finalidad principal, pues se establece lo siguiente:

“Artículo 4°. Modifíquese el párrafo 1° del artículo 9° de la Ley 80 de 1993, quedará así:

Parágrafo 1°. Cuando la inhabilidad sobreviviente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8° de esta ley, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia al contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará, mediante acto administrativo motivado, la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

En el acto administrativo que ordene la cesión, la entidad determinará el cesionario escogiendo en orden descendente a los demás proponentes que hayan participado en la selección objetiva o en ausencia de estos podrá seleccionar de forma directa si el contrato fuere de mínima o menos cuantía con sujeción a los principios de transparencia, economía y responsabilidad del contrato, quien dispondrá de 15 días hábiles, a partir de la notificación de ese acto, para manifestar, por escrito, su aceptación.

Una vez aceptada la cesión, el cesionario, en los 15 días siguientes, prorrogables hasta por dos veces, deberá allegar las pólizas requeridas por la entidad estatal y suscribir el acto de inicio, previa aprobación de las garantías.

*El cesionario no será responsable del incumplimiento ni de los perjuicios consolidados antes de la cesión del contrato, los cuales podrán ser exigidos al contratista incumplido en sede administrativa. **En todo caso, para adelantar el proceso de declaratoria de acto de corrupción de que trata el presente párrafo, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1574 de 2011.*** Resaltado y negrilla fuera de texto.

¹ Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. Decreto 1082 de 2015.

Para la cesión de los contratos de mayor cuantía se deberá iniciar el proceso de selección objetiva correspondiente”.

Es importante aclarar que el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula lo necesario para declarar el incumplimiento del contrato estatal, hacer efectiva la cláusula penal, la imposición de multas, así como para hacer efectivas las garantías del contrato. Con base en lo anterior, los comentarios del sector asegurador a esta iniciativa legislativa se dirigen de la siguiente manera:

1. El riesgo de corrupción NO está cubierto a través de la garantía de cumplimiento.

A través de este proyecto de ley se pretende que el sector asegurador ya no solo sea garante del cumplimiento de los contratos, sino que también sea garante de la transparencia y de la probidad de un contratista, al tener que asumir las consecuencias derivadas de haber cometido actos de corrupción.

Sobre este punto es esencial indicar que el riesgo de corrupción no es objeto de cobertura en el seguro de cumplimiento y que dejar esta redacción pone en riesgo la participación de este mecanismo como principal y más idónea de herramienta de garantía para la ejecución de la contratación estatal.

La redacción citada tiene incidencia en materia de garantías de cumplimiento suscritas a través de entidades aseguradoras, pues la premisa bajo la cual operan estas pólizas es proteger el patrimonio de la entidad contratante cuando ésta ha sufrido perjuicios como consecuencia de un incumplimiento contractual, mas no asumir los efectos derivados de actos de corrupción.

El seguro de cumplimiento es concebido como un seguro de daños que se encuentra sometido al principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1188 Código de Comercio, según el cual el seguro no puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado, sino que sólo puede servir para reparar los daños que se hayan sufrido.

Conforme lo anterior, el objetivo de esta iniciativa legislativa es que si la entidad estatal, mediante acto administrativo y sin que medie un proceso judicial, sanciona al contratista por actos de corrupción, se haga efectiva la garantía única de cumplimiento aun cuando no exista un incumplimiento de las obligaciones propias del contrato, desconociendo con ello el objeto propio de dicha garantía, y la regulación consagrada en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y su respectiva reglamentación a través del Decreto 1082 de 2015.

Reiteramos nuevamente que desde el sector asegurador no existe un producto de aseguramiento que pueda medir la probabilidad de que un hecho de corrupción se presente en un contrato estatal, y mucho menos los efectos económicos que este suceso pueda tener en dicho contrato.

Los aseguradores son profesionales en la medición y gestión de riesgos y crean productos que puedan mitigar los impactos de su ocurrencia, para lo cual realizan estudios actuariales

de medición de probabilidad y severidad. La corrupción es un fenómeno inconmensurable y difícil de medir en términos estadísticos o probabilísticos, por lo cual no existe y no debería existir un producto de seguros que otorgue cobertura a hechos corruptos.

Consideramos que las iniciativas legislativas que busquen el fortalecimiento de la contratación estatal deben respetar la naturaleza del seguro de cumplimiento, limitando su alcance a los perjuicios derivados de la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato, y no a la garantía de la transparencia y honradez de un contratista.

2. No es posible declarar un acto de corrupción a través del procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

El procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es un procedimiento que expresa la facultad sancionadora del Estado y no únicamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Establecer que a través de este procedimiento se pueden declarar actos de corrupción contraviene el principio de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa. En especial, consideramos que contraviene la división del poder público, pues únicamente un juez penal puede declarar la responsabilidad penal derivada de delitos en contra de la administración pública o hechos de corrupción.

Consideramos que la norma amplía de manera inconstitucional el alcance de la facultad sancionadora de la administración, pues el artículo 86 solo establece la posibilidad de adelantar dicho proceso en casos en los que se presente incumplimiento contractual, y no por la comisión de delitos en contra de la administración de justicia o actos de corrupción.

Por todo lo anterior, respetuosamente solicitamos se elimine el referido artículo 4 del proyecto de ley, reiterando nuestra disposición en la construcción de una propuesta en fortalezca la gestión contractual y la lucha contra la corrupción, manteniendo la naturaleza del rol de la aseguradora como garante de la ejecución y cumplimiento de los contratos.

El sector asegurador queda a su disposición.

Con un cordial y atento saludo,



LUIS EDUARDO CLAVIJO
Vicepresidente Jurídico
FASECOLDA