

Las obras de infraestructura ¿están garantizadas?

Daniela Arias Arias, subdirectora de las cámaras de Cumplimiento y de Responsabilidad Civil
Fasecolda

El ramo de cumplimiento afronta serias dificultades jurídicas en el aseguramiento de la contratación pública.

Tal y como lo manifestó en la pasada Convención Internacional de Seguros la ministra de Transporte, Ángela María Orozco, el sector infraestructura, a pesar de haber sido impulsado con varios proyectos en el pasado Gobierno, presenta un rezago importante en su desarrollo; esto se debe, principalmente, a innumerables situaciones que han limitado el alcance y correcto desempeño de dicho sector, tales como: cierres financieros, consultas previas, litigios arbitrales, contratiempos en la gestión contractual de entidades públicas y, en especial, la corrupción.

El país trabaja desde diferentes frentes para atacar y mitigar el fenómeno de la corrupción política y ad-

ministrativa; sin embargo, esta lucha establece un nuevo desafío para el aseguramiento de la contratación, toda vez que algunos proyectos de ley que se están tramitando con el loable fin de enfrentar este flagelo causan preocupación acerca de la concepción jurídica del seguro de cumplimiento y de su cobertura en las grandes obras de infraestructura.

Ejemplos de ello son el proyecto de ley de probidad administrativa, impulsado por el Gobierno nacional y la Procuraduría General de la Nación, y el proyecto de ley que pretende modificar el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 (ley de infraestructura), el cual hace curso en la Comisión Cuarta del Senado de la República.

El primero de ellos pretende la caducidad del contrato (léase incumplido), bajo dos nuevos supuestos: i) cuando en la celebración y desarrollo del mismo se hayan cometido, con participación del contratista, faltas disciplinarias gravísimas dolosas o delitos contra la administración pública, y ii) cuando el contratista no destine los recursos del anticipo, los transferidos por la entidad o con los que se comprometió para el cumplimiento del contrato.

➔ Algunos proyectos de ley que se están tramitando con el loable fin de enfrentar este flagelo causan preocupación acerca de la concepción jurídica del seguro de cumplimiento y de su cobertura en las grandes obras de infraestructura.

De lo anterior se colige que el proyecto de ley pretende que el riesgo asegurable de la garantía de cumplimiento sea el mero hecho corrupto y no el incumplimiento de las obligaciones contractuales, de manera que el sector asegurador terminaría asumiendo el riesgo de corrupción. Pretender que por la sola comisión de faltas disciplinarias o de delitos en contra de la administración pública se declare el incumplimiento del contrato, es decir, que se asuma que tal hecho es la inejecución de las obligaciones asumidas por el contratista o la paralización de la obra, genera una nueva concepción de riesgo de incumplimiento, difícil de medir y asumir para el sector asegurador¹.

1. El presidente de Fasecolda, doctor Jorge H. Botero, señaló en el artículo titulado «El Estado en contra de la Sociedad», publicado en la revista Semana el día 25 de octubre de 2018, que resulta objetable el hecho de procurar que la compañía que garantiza el cumplimiento del contrato se responsabilice de los actos de corrupción. Ver en: <https://www.semana.com/opinion/articulo/paralisis-de-las-obras-de-infraestructura-en-el-pais-columna-de-jorge-h-botero/588197>




Ahora bien, en el segundo supuesto del proyecto de ley de probidad se propone una nueva causal de caducidad (de nuevo, «incumplimiento»), junto con una sanción correspondiente a una inhabilidad para contratar con el Estado por un término de hasta 20 años, sin perjuicio de hacer efectivas las garantías que amparen dichos recursos cuando el contratista no destine los recursos mencionados con anterioridad.

➔ De lo anterior se colige que el proyecto de ley pretende que el riesgo asegurable de la garantía de cumplimiento sea el mero hecho corrupto y no el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Lo anterior comporta una ampliación del riesgo para el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo de la garantía única de cumplimiento, pues este cubre solamente aquellos recursos entregados expresamente con tal condición. En ese sentido, se extiende la cobertura al establecer que se podrán

hacer efectivas las garantías que amparen dichos recursos, cuando se incluyen también «los recursos transferidos por la entidad» o aquellos «con los que el contratista se haya comprometido para el cumplimiento del contrato». (art. 14 proyecto de ley 117 de 2018).

Finalmente, las compañías que explotan el ramo de cumplimiento han manifestado que el proyecto de ley impulsado para modificar el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 refleja una distorsión en el entendimiento de las figuras jurídicas de terminación anticipada del contrato por declaratoria de nulidad absoluta y la de la caducidad del contrato. En pocas palabras, este pretende que se declare el incumplimiento del contrato cuando haya sido declarado nulo absolutamente. El contrasentido jurídico consiste en que la nulidad elimina el contrato y la caducidad lo termina, acorta su vida, mas no lo elimina. La nulidad no puede conducir a la caducidad porque esta última solo puede versar sobre un contrato que existe y no sobre uno que ha desaparecido de la vida jurídica por nulidad absoluta.

Es así como las iniciativas legislativas desnaturalizan el entendimiento jurídico del contrato de seguro de cumplimiento, razón por la cual Fasecolda ya ha manifestado su posición sobre este particular con el fin de que estos proyectos de ley permitan el aseguramiento de las obras públicas de este país. 



YA VUELVEN LOS

PREMIOS VÍA

FEBRERO 2019 / BOGOTÁ

fasecolda
Federación de Aseguradores Colombianos


CESVI COLOMBIA
Centro de Experimentación y Seguridad Vial