



## Atribución-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#). [Advertencia](#).

### Usted es libre de:

**Compartir** — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

**Adaptar** — remezclar, transformar y construir a partir del material

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

### Bajo los siguientes términos:



**Atribución** — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



**NoComercial** — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).

**No hay restricciones adicionales** — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

**Seguro de Cumplimiento en la Contratación Administrativa Colombiana:  
Declaración de incumplimiento a contratistas del estado <sup>1</sup>**

Jhonny William Rojas Baracaldo<sup>2</sup>  
Universidad Católica de Colombia

**Resumen**

En el sector público, las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales se exigen para garantizar la correcta ejecución de los contratos y la protección del patrimonio público. Por esa razón, la ley exige que en el momento en que se presente un incumplimiento por parte del contratista, la entidad lleve a cabo una audiencia pública para declarar las sanciones correspondientes. Sin embargo, la entidad actúa como juez y parte en la audiencia en mención.

Con el objetivo de analizar la eficacia de la aplicación del seguro de cumplimiento en el marco de la contratación administrativa colombiana, establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se estudiará la naturaleza jurídica del contrato de seguro de cumplimiento, Así mismo, se determinará el alcance de sus amparos para finalmente identificar el nivel de eficacia de la audiencia de declaratoria de incumplimiento en Colombia.

Lo anterior, se realizará por medio de una *Investigación Sociojurídica*, pues se estudiarán los factores de naturaleza cualitativa y cuantitativa. De esta manera, se abordará un grupo específico que serán los contratistas del estado (análisis cualitativo, respecto a la calidad que tienen en el proceso y cuantitativo respecto a la afectación monetaria de los contratistas).

**Palabras clave:** Contratación Estatal; Riesgos; Contrato de Seguro; Incumplimiento; Contratante; Contratista; Colombia.

---

<sup>1</sup> Artículo de investigación presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Doctora Mary Luz Tobón Tobón , docente de la Facultad de Derecho, 2020.

<sup>2</sup> Estudiante de 10º semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil 2108635 y correo electrónico [jwrojas35@ucatolica.edu.co](mailto:jwrojas35@ucatolica.edu.co).

## **Compliance Insurance in Colombian Administrative Contracting: Declaration of non-compliance to state contractors**

### **Abstract**

In the public sector, compliance policies in favor of state entities are required to guarantee the correct execution of contracts and the protection of public assets. For this reason, the law requires that at the time of a breach by the contractor, the entity hold a public hearing to declare the corresponding sanctions. However, the entity acts as judge and party in the hearing in question.

In order to analyze the effectiveness of the application of compliance insurance within the framework of Colombian administrative contracting, in Article 86 of Law 1474 of 2011, the legal nature of the compliance insurance contract will be studied. will determine the scope of its protection to finally identify the level of effectiveness of the hearing for the declaration of non-compliance in Colombia.

The foregoing will be carried out by means of a Socio-legal Investigation, since the factors of a qualitative and quantitative nature will be studied. In this way, a specific group will be addressed, which will be the state contractors (qualitative analysis, regarding the quality they have in the process and quantitative regarding the monetary impact of the contractors).

**Key words:** Public contract; Risks; Insurance contract; Breach; Contracting; Contractor; Colombia.

### **Sumario**

**Introducción 1. Naturaleza del Contrato de Seguro en Colombia: Cumplimiento a favor de entidades públicas. 2. El Seguro de cumplimiento en la contratación administrativa colombiana: Amparos y coberturas. 3. Procedimiento de la declaratoria de incumplimiento al contratista: Configuración del siniestro. Conclusiones. Referencias.**

## **Introducción**

En virtud de la protección del patrimonio de personas naturales y jurídicas, con el tiempo se han creado diferentes instituciones y figuras en el sector asegurador con el fin de respaldar al asegurado de los riesgos a los que pueda encontrarse sometido con ocasión al desarrollo de sus actividades profesionales o comerciales. Por esto, las Compañías de Seguros en Colombia han presentado diferentes portafolios de servicios a través de los años, permitiendo que los ciudadanos puedan acogerse a la póliza que más les favorezca de acuerdo con su necesidad.

En efecto, el ser humano buscó la prestación de un servicio con el fin de proteger su patrimonio y garantizar la dignidad humana que según Tobón (2018):

Constituye una realidad ontológica supraconstitucional al igual que los derechos que le son inherentes, de tal forma, el Estado y la Constitución sólo la reconocen y la garantizan, pero no la crean (Nogueira, 2003, p. 146). Esto explica que los derechos fundamentales, constituyen la expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad, como expresión jurídica de un sistema de valores (p.284).

Por lo anterior, en virtud de las diferentes actividades comerciales que pueden surgir por un acuerdo entre las partes, el contrato de seguro juega un papel fundamental a pesar de entenderse como accesorio, teniendo en cuenta que su función es amparar los riesgos que surjan del primer contrato ya sea de manera contractual o extracontractual. Si bien es cierto que el sector asegurador comprende diferentes tipos de seguros como lo son: vida, automóviles, transporte, responsabilidad civil, etc.

En la contratación administrativa colombiana, existen diferentes exigencias en el desarrollo y planeación de los contratos. Por esta razón, cuando se tiene prevista la contratación de una obra pública o servicio que se vaya a ejecutar con dinero público, las entidades generalmente solicitan garantías con el fin de respaldar las obligaciones del contratista y no poner en riesgo el patrimonio de la Nación. Inicialmente, en obras públicas se solicita el amparo de seriedad de la oferta, en virtud del cumplimiento de las condiciones

expuestas en caso de ser los adjudicatarios del contrato. Como lo veremos más adelante, en el desarrollo del contrato estatal, son requeridas diferentes coberturas como anticipos, cumplimiento, estabilidad de obra, salarios, entre otros. Lo anterior, teniendo en cuenta que la entidad debe prever los riesgos que se desprendan de la ejecución de las actividades contratadas.

En consecuencia, las aseguradoras han avanzado en el desarrollo de la póliza de cumplimiento a favor de entidades públicas, ofreciendo diferentes amparos de acuerdo con la necesidad del contratista. Así mismo, han permitido el dialogo al momento de contratar el seguro con el fin de entregar una póliza que se adecue a los requerimientos de las entidades públicas. Es evidente que las variaciones que se presenten en los amparos están directamente relacionadas con la prima que debe cancelar el tomador del seguro y la declaración total de los riesgos.

En efecto, el asegurado (entidad pública) se encuentra facultado para reclamar a la aseguradora cuando el tomador (contratista) incumpla con alguna de sus obligaciones contractuales. Ahora bien, el procedimiento en materia de pólizas de cumplimiento a favor de entidades para declarar el siniestro exige un *“requisito de procedibilidad”* para acudir directamente al asegurador; el cual consiste en realizar una audiencia pública junto con el contratista y asegurador para determinar el grado de incumplimiento y decidir de fondo si se imponen multas e incumplimiento. Como veremos más adelante, es la entidad pública quien se encarga de citar, dirigir y decidir en la audiencia de declaratoria de incumplimiento.

Por las razones expuestas anteriormente, en el presente artículo se realizará un estudio de la naturaleza jurídica del contrato de seguro aplicado a la contratación administrativa y el papel que juega la entidad pública en el desarrollo de los contratos que exigen garantías de cumplimiento de cara a la configuración del siniestro y el procedimiento establecido para acreditar la ocurrencia de los daños o perjuicios que causa el contratista a la entidad cuando no atiende en debida forma sus obligaciones contractuales.

El artículo buscará abordar el desarrollo del seguro de cumplimiento en Colombia, enfocado principalmente en la aplicación que se le da en la contratación pública y el procedimiento para configuración del siniestro en audiencia pública. Lo anterior, para dar solución a la pregunta problema de si ¿Es eficaz la aplicación del seguro de cumplimiento en

el marco de la contratación administrativa colombiana establecido en el Artículo 86 la Ley 1474 de 2011 en la relación con el procedimiento de declaratoria de incumplimiento al contratista que ha solicitado una póliza en favor del estado?

El estudio de la problemática se realizará por medio de una *Investigación sociojurídica*, teniendo en cuenta que los intervinientes del contrato estatal cumplen con unas características específicas (factor cualitativo) y el sector público tiene una legislación particular que refleja la realidad social y el control jurídico de la sociedad. De igual manera, con el fin de establecer una revisión cuantitativa, también se establecerán los perjuicios al contratista de manera cuantitativa. Esta información será recopilada por medio de fuentes directas que se sistematizarán a partir de las variables y coincidencias entre las actuaciones de las entidades públicas para atender a una investigación socio-jurídica a nivel micro (Agudelo, 2018). Es decir que, los datos serán recopilados con el fin de establecer los parámetros y las circunstancias que coincidan con ocasión a la declaratoria de incumplimiento. Por ejemplo; perjuicios al contratista, liquidación judicial por falta de capital y pérdida de la capacidad económica a causa de la afectación al contrato suscrito.

Para cumplir este objetivo el desarrollo de este escrito comprende tres acápites: En el primero se analizará la naturaleza del contrato de seguros en Colombia, enfocado a la aplicación de la póliza de cumplimiento a favor de entidades públicas, en el segundo se realizará un estudio sobre la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, sus coberturas y aplicación en la contratación pública, para luego de esto abordar directamente el desarrollo de la declaratoria de incumplimiento establecida en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Finalmente se darán las conclusiones que obtuvimos en el desarrollo de la presente investigación y la respuesta a la pregunta problema.

### **1. Naturaleza del Contrato de Seguro en Colombia: Cumplimiento a favor de entidades públicas.**

El contrato de seguros se originó en Colombia en el año 1874, con la creación de la primera aseguradora conocida como “*Compañía Colombiana de Seguros*”, constituida como una Sociedad Anónima y encargada inicialmente del ramo de Transporte, el cual debía cumplir con la entrega de los cargamentos que se llevaban a través del Río Magdalena. A comienzos del siglo XX, el contrato de seguro fue creciendo con la implementación de

diferentes Agencias a nivel nacional y para el año 1924, se expidió la Ley 68, que estipuló que el sector asegurador estaba sometido al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Finalmente, en 1927, se promulgó la Ley 107 en la cual se estipularon los entes de control y requisitos para acceder al contrato de seguros (Tejeiro, 2020).

El seguro es la compensación del daño económico sufrido por un patrimonio a causa de un siniestro. Así mismo, es entendido como un acuerdo de voluntades a través del cual, una persona natural o jurídica entrega al asegurador los riesgos de los cuales puede ser objeto, con el fin de ser cubiertos de posibles eventualidades dañosas. Su naturaleza es de carácter consensual, oneroso y de ejecución sucesiva; esto, teniendo en cuenta que el contrato se lleva a cabo entre asegurado/ asegurador, a partir de un acuerdo de prima y un riesgo asegurable. De igual manera, su ejecución no es instantánea y depende de la ocurrencia del siniestro, como lo veremos más adelante (Bernal, 2017).

El seguro consta de unos elementos esenciales establecidos en el Artículo 1045 del código de comercio así:

Artículo 1045: *Elementos esenciales del contrato de seguros*: Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1) El interés asegurable; 2) El riesgo asegurable; 3) La prima o precio del seguro, y 4) La obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno (Código de Comercio, 1971).

En primer lugar, el *interés asegurable* es entendido como la relación *jurídico-económica* que existe entre el tomador del seguro y la Compañía de Seguros. Es decir, es el interés que tiene el beneficiario en que el riesgo no ocurra. Por ésta razón, Velázquez (2004) afirma: “El interés asegurable deberá ser susceptible de estimación en dinero. Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, con la ocurrencia del riesgo” (p.22).

De otro lado, podemos apreciar el *riesgo asegurable*, definido por el Código de Comercio (1971): como “El suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización de origen a la obligación del asegurador” (p.30). Generalmente el riesgo, es concebido como un hecho futuro e incierto

sobre el cual, el asegurador realiza un estudio previo para determinar si es prudente amparar el posible hecho y determinar la prima por el alcance de la responsabilidad que se adquiere al momento de contratar con el tomador sobre el amparo en particular.

*La prima o precio del seguro* es el elemento monetario, a cambio del cual la Compañía de Seguros asume la siniestralidad de un hecho incierto. Sin embargo; la principal función de la prima está dirigida a establecer un fondo que permita atender el pago del hecho dañoso (Tejeiro, 2020).

Finalmente, *la obligación condicional del asegurador*, la cual se debe entender como la responsabilidad que tiene la Compañía de responder en caso de que el siniestro se materialice. El asegurador sólo está exento cuando se acredite una causal de inoperancia del contrato de seguro como que el tomador no hubiere declarado en su totalidad las circunstancias del riesgo o medie fuerza mayor o caso fortuito. Es importante resaltar que la prueba del contrato de seguro en la actualidad puede realizarse a través de confesión o por escrito de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1046 del Código de Comercio. Es decir que, no se necesitará la presentación de la póliza como lo establecía anteriormente la Ley 389 de 1997, sino que bastará con la presentación de un documento que acredite la suscripción del contrato.

Recordemos que el contrato de seguros, surge por la necesidad del ser humano de protegerse de eventualidades frente a los daños que se le puedan ocasionar a un tercero o la afectación directa de su patrimonio. No obstante, es importante resaltar que puede resultar ser un *contrato atípico* por el cumplimiento de requisitos específicos que no se requieren en otros actos jurídicos. En este caso, el asegurador realiza un estudio previo al perfeccionamiento del negocio, teniendo en cuenta que debe asumir un riesgo que genera posibles amenazas o pérdidas en el futuro. Así mismo, el contrato de seguro es intangible teniendo en cuenta que se materializa hasta el momento que ocurre el siniestro; por esta razón, el tomador (quien figura como beneficiario del contrato) tiene la obligación de declarar la totalidad de situaciones sobre el riesgo asumido por la aseguradora de la siguiente manera:

El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el Estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que,



conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro (Artículo 1058, Código de Comercio).

Luego de perfeccionar el contrato de seguros tras el debido cumplimiento de los requisitos, se fija una prima que el tomador está obligado a cancelar a la Compañía de Seguros, para que esta ampare los posibles riesgos que se generan de la actividad que desarrolle el beneficiario.

En la naturaleza del contrato de seguros es evidente que es: un contrato accesorio, pues pretende garantizar una obligación previa que puede resultar en un hecho dañoso incierto como el incumplimiento de una obligación contractual, la afectación a un tercero por causa de una actividad peligrosa como la conducción, etc. De igual manera, es solemne y su perfeccionamiento se da con la expedición de la póliza tras el cumplimiento una formalidad entre la Compañía de Seguros y el tomador; es un contrato bilateral que exige que tanto tomador como asegurador se obliguen recíprocamente. Es un contrato aleatorio que depende de la ocurrencia del hecho dañoso para que el asegurador responde en lugar del beneficiario y por esta misma razón, es de ejecución sucesiva teniendo en cuenta que las obligaciones no se cumplen de manera instantánea, sino que desarrollan a lo largo del tiempo (Velásquez, 1999).

## **2. El Seguro de cumplimiento en la contratación administrativa colombiana: Amparos y coberturas**

En el ámbito de los seguros, se encuentran diferentes ramos, establecidos de acuerdo con la característica del riesgo que se desee cubrir cada asegurado, entre ellos están: seguro de vida, automóviles, transporte, seguridad social, riesgos profesionales, seguros de cumplimiento; entre otros. Todos los ramos se encuentran encaminados a cumplir el objeto principal del contrato de seguros, que es proteger el patrimonio del asegurado de acuerdo con su necesidad económica y comercial (Martínez, 2016, p.10).

El seguro más antiguo en Colombia, es el de transporte, el cual surgió de la necesidad de asegurar las cargas que eran llevadas a sus destinatarios por medio del Río Magdalena. Sin embargo; con el paso de los años, los seres humanos tras la búsqueda de la

estabilidad y protección total de su patrimonio, empleó diferentes métodos de seguros para cada una de las actividades que desprendieran hechos dañosos inciertos que afectaran directamente su estabilidad económica y emocional. Por esta razón, se han incluido diferentes tipos de seguros en el mercado, entre ellos los seguros de vida, responsabilidad civil, responsabilidad profesional, automóviles, entre otros. No obstante, en material de contratación estatal, la póliza de seguro de cumplimiento es la más importante ya que está destinada a proteger al contratante de cualquier eventualidad que se le presente al contratista.

Es importante definir el seguro de cumplimiento en general, Cabanzo (1987) afirma que

La póliza o seguro de cumplimiento es el acuerdo de voluntades en virtud del cual una Compañía Aseguradora asume, a cambio de un precio, el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones de cualquier carácter, siempre y cuando tales obligaciones no estén prohibidas por la Ley (p.27).

Sin embargo, es necesario aclarar que si bien es cierto, el seguro de cumplimiento se encuentra enfocado al pago de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una obligación, es necesaria la existencia previa de una relación jurídica en la cual, el tomador figure generalmente como contratista y lo que busque sea entregar una garantía al contratante del cumplimiento del contrato u obligación contraída entre los mismos.

En el ámbito de los seguros, es posible encontrar dos tipos de pólizas de cumplimiento; la primera busca amparar contratos suscritos entre particulares, es decir, estos seguros son aplicables cuando las dos partes de la relación jurídica asegurada son de carácter privado. Es decir, que se encuentran regidos principalmente por “*la autonomía de la voluntad de las partes*” .De otro lado, encontramos la Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales, la cual es aplicable cuando en el contrato una de las partes es de naturaleza pública (Moreno, 2004).

El tema a tratar en el presente artículo es principalmente la aplicación del Seguro de Cumplimiento en la administración pública, por esa razón es de vital importancia realizar un estudio particular sobre la naturaleza del *Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales en Colombia*.

El contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares se encuentra regido inicialmente por el Código de Comercio, La Ley 45 de 1995 y demás regulación jurídica del contrato de seguros en general. Sin embargo; por la participación de una Entidad Pública es necesario remitirse al Estatuto de Contratación Administrativa; el cual establece los lineamientos y Pólizas necesarias para aquellos que desean contratar con el Estado. Esta exigencia nace de la necesidad de proteger el patrimonio público de un eventual incumplimiento por parte del particular que es vinculado con el fin de que desarrolle ciertas actividades necesarias para la administración (Sánchez, 2017).

En la contratación administrativa colombiana se hace necesario el cumplimiento de requisitos adicionales por la naturaleza del compromiso que se adquiere al momento de “trabajar con el Estado”; esto debido a que se encuentra inmersa la prestación de un servicio público. En Colombia, la administración establece ciertas exigencias de cara al otorgamiento de garantías a favor de las entidades estatales. No obstante, la Póliza de Cumplimiento más sonada en el sector es aquella que se desprende de la adjudicación de un proceso de licitación en particular cuando los proyectos parten de contratos de obra civil o suministro.

Con el fin de conocer los posibles eventos de incumplimiento en el desarrollo de los contratos estatales; en el siguiente subtítulo, se explicarán los amparos que ofrecen generalmente las Pólizas de Cumplimiento de carácter estatal.

Ahora bien, los amparos del seguro de cumplimiento están enfocados en proteger los intereses del Estado y dependerán inicialmente de la Compañía de Seguros que tome la posición de garante dentro del contrato, pues esta última deberá establecer la determinación del riesgo en el sector donde se ejecuta el contrato, el valor de la prima, la trazabilidad en el sector asegurador de quien figura como tomador y la naturaleza del contrato amparado.

Cuando el contrato amparado, es una obra civil o suministro, generalmente los amparos solicitados por la entidad estatal son los siguientes;

***Seriedad de la Oferta:*** Cuando el contratista se encuentra en un proceso de participación en una licitación, el contratante solicita una garantía que respalde el riesgo de incumplimiento por parte del proponente en cuanto a las obligaciones establecidas a lo largo del proceso precontractual y especialmente ampara la obligación de celebrar el

contrato en caso de que gane la adjudicación. Así mismo, cubre al beneficiario contra el retiro de la oferta después del plazo estipulado y la no entrega de la garantía de cumplimiento.

Generalmente, el porcentaje estipulado para liquidar el valor asegurado por este amparo corresponde al 10% del valor de la oferta. De igual manera, Fasecolda (2015) indica que:

De acuerdo con el Decreto 1510 de 2013, la garantía de seriedad de oferta tiene carácter sancionatorio, no indemnizatorio, lo que implica que al afectar esta póliza la entidad contratante debe recibir la totalidad del valor asegurado sin necesidad de demostrar los perjuicios causados por las conductas previstas objeto de la cobertura (p.9).

Es decir, el beneficiario de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, puede realizar la reclamación correspondiente a la Compañía de Seguros con el simple hecho de que el proponente falta a una de las obligaciones precontractuales, sin necesidad de acreditar los perjuicios que le cause a la entidad.

***Buen manejo y correcta inversión del anticipo:*** Con el fin de entender esta figura, es importante realizar una aclaración entre anticipo y pago anticipado; el primero definido por Fuerte (2017), como: “un simple préstamo, esto es, una modalidad de financiación para iniciar la ejecución de un contrato” (p. 23). Es decir, que el dinero entregado como anticipo debe ser utilizado para cubrir los gastos iniciales del contrato como la nómina, elementos de maquinaria, bienes y servicios, etc. Mientras que el pago anticipado es el dinero que la entidad le entrega al contratista por la ejecución de unas actividades determinadas. En este orden de ideas, es posible indicar que el anticipo es dinero que hace parte del patrimonio del contratante y que es entregado al contratista en calidad de préstamo, obligándose este último a realizar una amortización que permita quedar a paz y salvo con la entidad por ese concepto; de otro lado, el pago anticipado hace parte del patrimonio del contratista y es entregado con anterioridad al desarrollo de las actividades contractuales pactadas (Cubides, 2016).

Ahora bien, tras realizar la aclaración correspondiente, es importante revisar la cobertura que se presta en cuanto al amparo de anticipo en las Pólizas de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales. De ésta manera, según Fasecolda (2015) el beneficiario de esta

póliza se ve protegido en los siguientes casos: “No inversión del anticipo, uso indebido del anticipo o apropiación indebida del anticipo” (p. 10).

Para verificar el pago que debe realizar la aseguradora al momento de que se configure el siniestro, es necesario revisar el porcentaje de ejecución e inversión del anticipo que se realizó hasta el momento de la reclamación. Esto, teniendo en cuenta que la aseguradora no está obligada a entregar el 100% del anticipo en estos casos.

**Cumplimiento:** Este amparo se encuentra enfocado a proteger al beneficiario en los casos en los que el contratista incumple total o parcialmente las obligaciones del contrato amparado, el cumplimiento tardío o defectuoso y los daños imputables al contratista.

El valor asegurado por este amparo no puede ser menor al 10 % del valor del contrato y su cobertura debe estar vigente al momento de la correspondiente liquidación del contrato o de lo contrario no habrá lugar a presentar reclamación.

**Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales:** Cuando el contratista inicia la ejecución del contrato, requiere de un personal calificado para que lleve a cabo todo el procedimiento necesario para el cumplimiento eficaz del contrato. Con este amparo, lo que se busca es garantizar el pago de las acreencias laborales de quienes participan como trabajadores del contratista.

Para acudir a él, el trabajador debe presentar reclamación inicialmente a la entidad contratante y su valor no puede ser menor al 5% del valor del contrato.

**Calidad y estabilidad de la obra:** Para reclamar esta cobertura, el asegurado tendrá que acreditar que existe entrega total de la obra por parte del contratante y su garantía es de mínimo 5 años a partir de la entrega final del contrato.

Ahora bien, cuando se trata de contratos que no son estrictamente de obra civil, las entidades puedes solicitar las siguientes coberturas si se trata de suministro, prestación de un servicio, etc.

**Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados:** De acuerdo con Fasecolda (2015):

Este amparo tiene por objeto cubrir a la entidad por los perjuicios imputables al contratista garantizado por los siguientes hechos: La mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista,

de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato y el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo (p.12).

Así mismo, el contratista tendrá que responder por los vicios ocultos en los bienes suministrados.

**Calidad del servicio:** Con este amparo, la entidad estatal busca protegerse de los siguientes eventos: Mala calidad de los productos entregados en un contrato de consultoría o mala calidad del servicio prestado.

Todos los amparos aplicados anteriormente, son estipulados por la normatividad de la contratación administrativa colombiana. Por esta razón, en el siguiente apartado entraremos a revisar específicamente la aplicación del seguro de cumplimiento en la contratación estatal de nuestro país.

#### **Aplicación del seguro de cumplimiento en la contratación estatal colombiana.**

En la Administración Pública de Colombia, la contratación se encuentra regulada especialmente por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. El Artículo 23 de ésta última, establece que para el perfeccionamiento del contrato y su ejecución, es necesario contar con la aprobación de la garantía de cumplimiento a favor de la entidad contratante: esto, teniendo en cuenta que es necesario asegurar la ejecución del objeto contratado y proteger el patrimonio público de cualquier daño que pueda generar el contratista al no cumplir con las obligaciones contractuales pactadas (Colombia Compra Eficiente, 2020).

En efecto, es importante resaltar que el patrimonio que se encuentra en manos de administración, merece una especial protección. Por esta razón, la reglamentación de la contratación pública está regida a partir de parámetros que garantizan el correcto funcionamiento de los fines del Estado. Es así que según Díaz- Granados (1995):

El Producto de la celebración de un contrato, las entidades estatales son acreedoras de la prestación pactada, que busca llevar a cabo los servicios a cargo del Estado. Las garantías brindan una protección a las entidades públicas contra el riesgo de incumplimiento del contratista. Pues con cargo a un patrimonio distinto al del garante se indemnizarán los perjuicios irrogados a

la entidad acreedora, bien mediante la asunción de la terminación de la obra, o bien mediante el pago en dinero de la indemnización (p. 20).

Es decir, la entidad estatal debe prever los posibles riesgos a los que se someterá tras suscribir contratos con particulares y en virtud de su responsabilidad estatal debe cuidarse de los daños que genere el contratista. Es así que, con el acompañamiento de un tercero que respalde la ejecución del contrato, la entidad puede iniciar con la adjudicación al mejor proponente.

Cuando el contratista incurre en un posible incumplimiento del contrato, la entidad estatal está obligada a citar al contratista y a su garante a una audiencia en la cual se pueda establecer las razones de la demora en la ejecución, incorrecta inversión de anticipo, etc. Por lo anterior, dedicaremos el último capítulo del presente artículo para explicar el procedimiento que debe surtir la entidad estatal, el contratista y el garante en virtud del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

### **3. Procedimiento de la declaratoria de incumplimiento al contratista: Configuración del siniestro.**

Como lo mencionamos anteriormente, la configuración del siniestro en materia de contratación administrativa tiene un procedimiento de carácter especial regido por la Ley 1474 de 2011. Inicialmente, la entidad tendrá que realizar un estudio sobre el posible incumplimiento por parte del contratista en el cual tendrá que plasmar la cuantificación de los perjuicios causados a la entidad, imponer multas, sanciones y cláusulas penales. Luego de esto, tendrá que citar al contratista junto con su garante con el fin de presentar la situación de la siguiente manera:

#### **Audiencia Art 86 de la Ley 1474 de 2011.**

En el desarrollo de la audiencia, la entidad iniciará explicando las circunstancias de hecho y derecho que originan el posible incumplimiento por parte del contratista. De ésta manera, tendrá que especificar las normas o cláusulas presuntamente violadas y la manera en que afectan la correcta ejecución del contrato. En segundo lugar, se dará oportunidad al contratista y al garante de presentar los descargos y pruebas correspondientes.

Tras surtir las etapas mencionadas anteriormente, la entidad estudiará el caso y decidirá si hay lugar a imposición de multas y declaración de incumplimiento. Acto seguido debe proferir resolución motivada en la cual debe plasmar lo acontecido en la audiencia y la decisión final frente a las sanciones impuestas al contratista. Situación que resulta reprochable teniendo en cuenta que la entidad pública actúa como juez y parte en la audiencia, esto teniendo en cuenta que si bien, es el contratante quien cita a la audiencia y expresa la situación de presunto incumplimiento, es también la entidad quien decide de fondo si declara o no el incumplimiento del contratista (Padua, 2019).

Además de lo anterior, las Compañías de Seguros conciben el acto administrativo de caducidad, declaratoria de incumplimiento o imposición de multas como documento constitutivo del siniestro; razón por la cual, la entidad se encuentra facultada para afectar la póliza por medio de una de sus actuaciones administrativas. Es decir que, las entidades estatales pueden llevar a cabo todo el procedimiento de manera imparcial con el fin de presentar una reclamación a las aseguradoras en virtud de sus propias resoluciones.

**Compensación: Saldos a favor del contratista que se encuentren en poder del contratante.**

Las Compañías de Seguros deben seguir un procedimiento al momento de hacer efectivo el pago del seguro. En primer lugar, es necesario revisar que el Estado del riesgo no haya sido modificado, de lo contrario la aseguradora objetará de plano el pago. Así mismo, debe verificarse que no haga parte de las exclusiones estipuladas en el correspondiente clausulado de la póliza y que el asegurado acredite la ocurrencia y cuantía del siniestro de acuerdo con los Artículos 1077 y 1088 del Código de Comercio. Surtido éste proceso, la aseguradora revisará los saldos a favor del contratista que se encuentren en poder del contratante y aplicará la compensación en el siguiente orden: Anticipo no amortizado, acreencias laborales pendientes, perjuicios causados por el incumplimiento que sean imputables al contratista y aplicación de multas o clausulas penales si fueran objeto de cobertura. En el caso de que la compensación no cubra con la totalidad del perjuicio causado al contratante, se procederá a la afectación de la póliza de acuerdo con la proporcionalidad de ejecución y valor asegurado de cada amparo (Moreno, 2004).



La compensación de saldos se realiza de la siguiente manera: “*Artículo 1714. Compensación* Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse” (Congreso de la República, 1873). Entonces, cuando el contratante tiene saldos en su poder que son del contratista, con el acompañamiento de la Compañía de Seguros podrá entrar a realizar la correspondiente compensación, iniciando por retenciones en garantía y cortes no pagados. De esta manera, podrá subsanarse inicialmente la cuantía reclamada por el contratante.

De lo anterior, podemos verificar que la posición de la entidad estatal es dominante frente al contratista, tanto así que se encuentra facultada legalmente para acreditar un siniestro de incumplimiento por medio de sus propios actos administrativos y luego de presentar una reclamación; las Compañías de Seguros operan con dinero del patrimonio del contratista con el fin de no pagar los valores asegurados o reducir al máximo su obligación por medio de la compensación de saldos.

### **Conclusiones.**

El presente artículo tuvo como objetivo establecer el papel que tiene el sector asegurador en materia de contratación estatal, especialmente el ámbito del cumplimiento. Por esta razón, se realizó un estudio de doctrina y jurisprudencia con el fin de establecer el desarrollo de la Audiencia de imposición de multas y declaratoria de incumplimiento.

En consecuencia, se logró determinar que las Compañías de Seguros presentan diferentes opciones a los tomadores con el fin de que contraten la póliza que le sea más conveniente a la entidad pública para el desarrollo del contrato. Así mismo, prestan su acompañamiento jurídico al contratista hasta el momento de la audiencia ya que en primer lugar buscan que exista un acuerdo entre las partes y no se afecte la póliza.

Ahora bien, como lo mencionamos en apartados anteriores, la afectación de la póliza de cumplimiento resulta ser un trámite sencillo para las entidades públicas teniendo en cuenta que el acto administrativo que declara el incumplimiento es el documento idóneo requerido por las Compañías de Seguros en Colombia para afectar la póliza, pagar perjuicios al contratante y recobrar contra el contratista. Es por esto que con la configuración del

siniestro, la aseguradora tras no lograr una conciliación entre las partes inicia un proceso de verificación de saldos pendientes, retenciones en garantías, compensaciones aplicables, porcentajes de ejecución, etc.; busca reducir al máximo el valor a pagar. No obstante, el cruce de montos afecta directamente al contratista, pues si bien, la entidad no logra obtener el total de los perjuicios reclamados, se queda con dineros del contratista por conceptos de retenciones y otros. De igual manera, la aseguradora paga el valor faltante, pero realiza un recobro al contratista sobre lo que tuvo que pagar. Es decir que, a pesar de que los seguros de cumplimiento son entendidos como una “*garantía*”, es el tomador o contratista quien se ve afectado directamente cuando la entidad decide imponerle este tipo de sanciones.

Usualmente, quienes se presentan a licitaciones o prestaciones de servicios a entidades públicas que requieren la entrega de este tipo de pólizas, son Consorcios o Uniones Temporales que terminan cerrando sus empresas tras las declaratorias de las entidades porque generalmente todo su capital se encuentra inmerso en proyectos de este tipo. Así mismo, es evidente que el procedimiento de declaratoria de incumplimiento resulta ser imparcial y establece una posición dominante sobre el particular que contrata con el Estado. Si bien es cierto que la entidad debe proteger el patrimonio público, actúa como juez y parte en el desarrollo de la Audiencia establecida en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y solo requiere de una manifestación administrativa para acreditar el siniestro ante la aseguradora.

Es por esto que los contratistas deben cumplir al margen cada una de las obligaciones y presentar pruebas contundentes al momento de la Audiencia, pues cuando la entidad acredita un mínimo retraso en pagos de seguridad social, en cumplimientos de cronograma, etc.; puede imponer sin problema una sanción como esta. Sin embargo; es claro que la sanción no es equivalente al incumplimiento de los tomadores, pues prácticamente acaban con su capital por retener sus dineros y ser ejecutados después por las aseguradoras.

Es entonces una posición cómoda la de la entidad pública respecto a la procedencia de este tipo de sanciones, pues evidentemente su participación en el procedimiento es como juez y parte, hecho que genera una posición de subordinación al contratista no solamente de frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales sino de la facilidad que tiene la entidad al momento de realizar una audiencia precedida por ella misma.

En consecuencia, con el presente artículo se concluyó que la Audiencia fijada por el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 afecta directamente al contratista, pues su posición desde el inicio del proceso es de desventaja por el riesgo que asume al contratar con una entidad pública y la posibilidad de imponer multas de manera unilateral que tiene el estado. Así mismo, se evidenció que las aseguradoras acompañan al contratista hasta el momento de la declaratoria, pues esta funge como constitutiva de siniestro y luego de ello la Compañía realiza un recobro a su tomador dejándolo en la mayoría de ocasiones en la imposibilidad de presentarse a ese mismo tipo de ofertas, licitaciones, etc.

### **Referencias.**

- Aljure, A. (2016). Normatividad y jurisprudencia sobre el principio de transparencia en la contratación pública. . (Tesis de Pregrado). Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho, Bogotá.
- Báez, J., et al. (2018). Diseño de un modelo de evaluación de clientes y estimación de sumas aseguradas para el ramo de cumplimiento en la Aseguradora XYZ. (Tesis de Especialización). Universidad Católica de Colombia., Bogotá.
- Bahamón, L. (2018). Contratación estatal. En M. L. Bahamón Jara. Elementos y presupuestos de la contratación estatal (pp. 15-42). Bogotá: Universidad Católica de Colombia
- Bahamón, M. (2018). Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección. Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Revista Jus Público, (26). pp. 43-70.
- Bernal, M. (2017). Los seguros en Colombia. Revista apuntes contables (12), pp. 39-77.
- Botero, J. (2013). Los documentos que prestan mérito ejecutivo, la demostración del siniestro y la cuantía en las pólizas de cumplimiento estatal. (Tesis de Especialización). Pontificia Universidad Javeriana, Medellín.
- Castellar, L. (2016). Modificación del Estado del riesgo en seguro de cumplimiento. (Tesis de Especialización). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

- Colombia Compra Eficiente. Tribunales administrativos - síntesis etapa contractual. Bogotá Colombia. Recuperado de <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/31802>
- Laguado, C. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Revista Universitas*, (105), pp.231-251.
- Martínez, C. (2016). Una mirada al seguro de cumplimiento en los últimos 40 años. *Revista Fasecolda*, (164), pp.76-79
- Morales, M. (2013). De las garantías en materia de contratación estatal 2012. (Tesis de Especialización). Universidad de la Sabana, Bogotá.
- Moreno, A. (2004). La forma en que se devenga la prima en el seguro de cumplimiento. (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Nieto, A. (2019). Abusos de la declaratoria de incumplimiento. *Revista Legis, Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/administracion-publica/abusos-de-la-declaratoria-de-incumplimiento>
- Padua, J. (2019). Avances jurídicos recientes para la administración del riesgo previsible en la contratación pública en Colombia. (Tesis de Pregrado). Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho, Bogotá.
- Palacios, F. (2004). Seguros: Temas esenciales. Bogotá D.C. Ediciones Ecoe, Universidad de la Sabana.
- Rodríguez, L. (2016). Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta. (Tesis de Pregrado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Sánchez, A. (2017) De la responsabilidad pos contractual en un contrato de obra pública cuando ocurre un siniestro. (Tesis de Pregrado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

- Suárez, L. (2017). Análisis jurisprudencial: Características del seguro de cumplimiento. (Tesis de Especialización). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Silva, J. (2019). Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia
- Tejeiro, D. (2020). La configuración del siniestro en el seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia. (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Tobón, M. (2018). La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (10), p. 278-289.
- Colombia Compra Eficiente. (2020). Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal. Recuperado de <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/8-etapa-precontractual-garant%C3%ADa-de-cumplimiento-del-contrato-estatal>
- Congreso de la República de Colombia. (1873). Código Civil: Ley 84 de 1873.
- Congreso de la República de Colombia. (1924). Ley 68 de 1924.
- Congreso de la República de Colombia. (1927). Ley 107 de 1927.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993.
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1150 de 2007.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1474 de 2011.
- Consejo de Estado. (2008). C. E., Sentencia del 13 de noviembre del 2008. Exp 17009
- Corte Constitucional. (2002). C-612/2002
- Corte Constitucional. (2007). C-545/2007

Presidencia de la República de Colombia. (1971). Código de Comercio: Decreto 410 de 1971

Seguros Generales Suramericana S.A. (2017) Clausulado Seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales. Versión 01/01/2017F-01-12-084 N-01-012-011. Recuperado de <https://www.segurossura.com.co/documentos/condicionados/empresas/cumplimiento/entidades-estatales.pdf>