

MEMORANDO

2100

Bogotá D.C., martes, 17 de diciembre de 2019



Al responder cite este Nro.
20192100056253

PARA: LUIS ALEJANDRO TOVAR
VicePresidente de Gestión Contractual

DE: DIEGO EDISON TIUZO
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Respuesta Memorando 20195000046173 – Concepto jurídico viabilidad jurídica para que la ADR presente reclamación ante Seguros Confianza respecto de la Póliza No GU011793 Amparo de la Estabilidad de la Obra, del Contrato de Obra No 695, el cual fue ejecutado y liquidado por el extinto INCODER.

Respetado Doctor Tovar:

En atención al radicado del asunto, por medio del cual “*Se solicita concepto jurídico frente a la viabilidad jurídica que la Agencia de Desarrollo Rural presente reclamación ante la compañía aseguradora de fianza – Seguros Confianza respecto de la Póliza No GU011793 Amparo de la Estabilidad de la Obra, del Contrato de Obra No 695, el cual fue ejecutado y liquidado por el extinto INCODER*”, esta Oficina previo a absolver las inquietudes planteadas, procede a realizar las siguientes precisiones:

Sea lo primero señalar que los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Agencia de Desarrollo Rural, en virtud de la función asignada mediante el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015, son orientaciones de carácter general que pueden ser utilizadas para facilitar la interpretación y aplicación de la normatividad vigente.

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto 1082 de 2015 Artículo 2.2.1.2.3.1.7. La Garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

....

“5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción”.

Esta cobertura protege a la Entidad por los perjuicios que sufra como consecuencia de cualquier daño o deterioro que presente la obra entregada, por razones imputables al contratista.

Adicionalmente, el Decreto 1082 de 2015 establece que la garantía de estabilidad y calidad de la obra debe estar vigente por un término no inferior a 5 años contados a partir de la fecha en que la entidad recibe a satisfacción la obra¹.

Por otra parte las partes del contrato de seguro son:

- a) El Tomador /Garantizado: Se trata del contratista cuyas obligaciones del contrato con la entidad se garantizan.
- b) La Aseguradora: Que es la entidad aseguradora vigilada por la Superintendencia Financiera a quien el contratista traslada el Riesgo.

La entidad estatal es un interviniente mas que una parte contractual y es el asegurado o beneficiario de la póliza.

Es importante precisar que el Decreto 2364 de 7 de Diciembre de 2015 “*Por el cual se crea la Agencia de Desarrollo Rural – ADR, se determinan su objeto y su estructura orgánica*” en su artículo 23 estableció:

“Artículo 33°. Subrogación de contratos. *El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural deberán identificar los contratos, convenios, acuerdos y procesos de contratación en curso que, por su objeto, deban continuar su ejecución por la Agencia de Desarrollo Rural. Para tal efecto, los representantes legales o los delegados de las entidades, suscribirán un acta con la relación de los contratos o convenios y formalizarán la respectiva subrogaciones en un tiempo no superior a un (1) mes, contado desde la fecha en que entre en operación al Agencia de Desarrollo Rural. Dichos contratos continuarán ejecutándose en lo términos en que hayan sido suscritos”.*

¹ **Artículo 2.2.1.2.3.1.14. Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra.** *Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.*

La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato.

Así mismo, el Decreto 2365 de 7 de Diciembre de 2015 “*Por el cual se suprime el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones*” señaló en su artículo 27 lo siguiente:

“Artículo 27. Contratos y Convenios Vigentes. *El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) en Liquidación, deberá identificar los contratos, convenios, acuerdos y procesos de contratación en curso que, por su objeto, deban continuar ejecutándose por parte de la Agencia Nacional de Tierras y por la Agencia de Desarrollo Rural.*

Para tal efecto, los representantes legales de estas entidades y el Liquidador del Incoder, en Liquidación, suscribirán un acta con la relación de los contratos y formalizarán las respectivas subrogaciones, en un tiempo no superior a un (1) mes contado desde la fecha en que entren en operación las mencionadas agencias. Estos contratos continuarán ejecutándose en los términos en que hubiesen sido suscritos.

Aquellos contratos y convenios que, por corresponder a una actividad de carácter transversal o referirse a bienes o servicios que deberán seguir en poder del Incoder en Liquidación, o no puedan ser enmarcados en las funciones que se trasladan a las dos agencias, continuarán siendo ejecutados por el Incoder en Liquidación.

No obstante, a la fecha de terminación del proceso liquidatorio, todos los contratos y convenios que no se hayan trasladado deberán liquidarse.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público a solicitud de las nuevas entidades del sector agropecuario y de ser necesario, procederá a realizar los ajustes en la constitución de las reservas presupuestales y las cuentas por pagar que se afecten en virtud de lo establecido en el presente artículo. Igual procedimiento se hará respecto a las vigencias futuras que se hubiesen otorgado”.

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo señalado en la solicitud de concepto así como en los documentos que lo acompañan, tenemos que:

- a) Es el INCODER el Asegurado y el Beneficiario de la póliza de cumplimiento tomada por el contratista Consorcio Interriego en cumplimiento del Contrato No 695 de 2009.
- b) La garantía de estabilidad y calidad de la obra otorgada mediante la póliza No 06 GU011793 tiene una vigencia de 5 años contados a partir de la fecha de suscripción del acta de recibo y entrega final de la obra a satisfacción por parte de la entidad contratante, situación que debió ser reportada por escrito a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA, tal como allí se estableció.

- c) El acta de terminación del Contrato No 695 de 2009 con Salvedades se suscribió por la interventoría, el contratista y el supervisor del contrato el 10 de octubre de 2014.
- d) Así mismo, el Acta de Liquidación del contrato se suscribió el 10 de octubre de 2014.
- e) En la solicitud de concepto se establece que el Contrato No 695 de 2009 no fue subrogado a la ADR en los términos señalados en los Decretos 2364 y 2365, ambos de 7 de Diciembre de 2015.
- f) Es responsabilidad de los supervisores realizar el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico del contrato². Así mismo, es

² Ley 1474 de 2011. **ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL.** *Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.*

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

PARÁGRAFO 1o. *En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.*

PARÁGRAFO 2o. *El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. *La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

PARÁGRAFO 1o. *El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así:*

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

responsabilidad tanto de los supervisores como de los interventores informar a la entidad acerca de cualquier situación que pueda poner en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando el incumplimiento se presente.

De lo anterior entonces tenemos que aunque en principio se arribaría a la conclusión que la ADR no estaría facultada para hacer la reclamación, esta Oficina recomienda que en aplicación del artículo 37 del Decreto 2364 de 2015 denominado Referencias Normativas y en el cual se lee:

Artículo 37°. Referencias normativas. A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, todas las referencias normativas hechas al INCORA o al INCODER, en relación con los temas de desarrollo agropecuario y rural deben entenderse referidas a la Agencia de Desarrollo Rural.

Se proceda a realizar todos los trámites pertinentes para realizar la reclamación ante la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA, de la póliza y acerca del amparo de estabilidad y calidad de la obra, con base en los informes de interventoría realizados por el contratista durante el período comprendido entre la fecha de suscripción del acta de terminación del Contrato No 695 de 2009 con Salvedades, esto es el 10 de octubre de 2014 y el 10 de octubre de 2019, para lo cual es determinante no perder de vista el término establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio³.

PARÁGRAFO 2o. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal:

k)El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

PARÁGRAFO 3o. *El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.*

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo comine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

PARÁGRAFO 4o. *Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7o de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio.*

³ **ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>.** *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Por último, es importante recordar que a través de la Resolución No 1415 de 2016 se transfirió el derecho de dominio y posesión que tenía el INCODER EN LIQUIDACION sobre el proyecto TESALIA – PAICOL a la Agencia de Desarrollo Rural.

En estos términos damos respuesta a su solicitud y manifestamos que el presente concepto se emite en desarrollo de la función prevista en el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015 y con el alcance establecido en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,

DIEGO EDISON TIUZO
Jefe Oficina Jurídica

Elaboró: Yinna Mora, Abogada Oficina Jurídica
Aprobó: Diego E. Tiuzo, Jefe Oficina Asesora Jurídica.