

# Novedades en las garantías de la contratación estatal

*El 24 de diciembre de 2008, dieciocho meses después de la expedición de la Ley 1150 de 2007, se publicó el Decreto Reglamentario 4828 de 2008, que contiene el nuevo régimen de las garantías en la contratación del Estado.*

Por:

**Sandra Serrato**

Directora Cámara de Cumplimiento  
FASECOLDA

Es preciso señalar la gran importancia del tema, toda vez que el valor de la contratación estatal a nivel nacional, anualmente se aproxima a los 40 billones de pesos, significativo volumen de dineros públicos en “juego”, los cuales deben ser protegidos de manera idónea. Razón por la cual, muchos fueron los actores involucrados en la discusión de los términos que la norma debía contener: entidades públicas, universidades, gremios entre otros.

Al ser el seguro de cumplimiento una de las garantías admitidas en la contratación pública de manera exclusiva con las garantías bancarias, desde el Decreto 222 de 1983, y cuya penetración, gracias a las bondades que

brinda a oferentes y contratistas del Estado, ha sido muy importante, FASECOLDA tomó parte activa en las discusiones alrededor de esta nueva norma.

No obstante vale anotar, que si bien el Gobierno aceptó muchos de los planteamientos del sector asegurador, otros infortunadamente fueron acogidos con la argumentación de la protección a los recursos del Estado, y como reconocimiento a los requerimientos de las entidades estatales. Sin embargo, lo anterior no necesariamente debió pugnar con la propia técnica y naturaleza jurídica de la figura del seguro, y las prácticas del mercado, principalmente, de los reaseguradores internacionales, frente a un ramo cuya cesión en el año 2008 fue del 50 %.



» El Gobierno aceptó ampliar en 60 días adicionales el plazo para modificaciones, mediante el Decreto 940 de 2009.

### Los principales aspectos reglamentados

El artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 encomendó al Gobierno la reglamentación en tres aspectos principales:

1. Excepciones a la figura de la garantía única.
2. Nuevos mecanismos de cobertura.
3. Las “condiciones generales” de las pólizas de seguros.

### Excepciones a la figura de la garantía única

Frente al primer tema, el Gobierno aceptó que no bastaba con sólo dividir la garantía por etapas y/o riesgos en los contratos de larga duración, como ya en cierta forma lo admitía el Decreto 679 de 1994 y el Decreto 280 de 2002, sino que la verdadera solución para encontrar cobertura de garantía debía ser la no obligación del garante en la renovación frente a cada una de las etapas en que se pudiera dividir un contrato, de lo contrario, el efecto sería el mismo de la garantía única, estar obligado a proteger toda la vigencia del contrato.

Así las cosas, en este aspecto el decreto estableció las siguientes pautas:

- Podrán otorgarse garantías individuales por etapas y/o riesgos en contratos cuya duración de ejecución sea superior a cinco años, y correspondan a contratos de obra. Operación, concesión, y en general todos

aquellos que requieran en el tiempo una división por etapas.

- Los valores asegurados serán calculados con base en el valor de cada etapa y no con el valor total del contrato, como ocurre en la garantía única.
- La etapa de operación podrá ser dividida en garantías de uno a cinco años, calculadas sobre el valor del costo anual de la operación.
- Para la renovación de las etapas, el garante deberá avisar con seis meses de anticipación su interés o no para continuar con la siguiente etapa.
- Si el garante no continúa y avisa con la anticipación indicada, en caso de no conseguir el contratista la garantía subsiguiente, no se afecta la garantía expedida para la etapa, en lo que tiene que ver con dicha obligación. Este aspecto rompe con el principio de la garantía única, en lo que tiene que ver con el garante.

Los valores asegurados serán calculados con base en el valor de cada etapa y no con el valor total del contrato, como ocurre en la garantía única.

Con la anterior norma, Colombia se está poniendo a tono con normativas como la brasilera o la argenti-

na para mencionar solo referentes latinoamericanos, que desde años anteriores han tratado que las normas estén acordes con el mercado y la dinámica internacional en coberturas de largo plazo, y han logrado realizar importantes proyectos de larga duración, sin que hayan carecido de garantías en cada uno de las etapas de los proyectos hasta ahora.

Es importante señalar que esta previsión podrá facilitar en muchos casos que los proyectos con inversión público/privada, que por su naturaleza son de largo plazo y cuyo impulso con mayor auge se verá este año 2009 de conformidad con los anuncios del Gobierno, sean mecanismos para solventar la crisis económica.

### Los nuevos mecanismos de cobertura

Era tarea del Gobierno pensar en mecanismos de cobertura adicionales a los vigentes desde 1983, esto es, las pólizas de cumplimiento expedidas por entidades aseguradoras y las garantías bancarias.

El reto se centró en brindar nuevas alternativas a los oferentes y contratistas, sin descuidar la seguridad de los dineros públicos, esto es, que continuarán en manos de entidades especializadas y de importante solvencia financiera y moral, sobre todo, con vocación de permanencia en el tiempo.

Dicha tarea no fue fácil, más aún cuando en Colombia es relativamente posible insolventarse, debido a que nacen y mueren entidades todos los días y, principalmente, cuando entidades sin los requerimientos necesarios ejercen de manera ilegal actividades que deben ser vigiladas por el Estado, se descubren todos los días.

Finalmente las alternativas establecidas en la norma fueron:

- Póliza de seguros.
- Fiducia mercantil en garantía.
- Garantías bancarias a primer requerimiento.
- Endoso en garantía de títulos valores.
- Depósito de dinero en garantía ante entidad vigilada por la Superintendencia Financiera.

Frente a la fiducia mercantil en garantía, el Decreto 4828 de 2008 limita los bienes que la pueden conformar a títulos de carteras colectivas del mercado financiero (monetario), o bienes raíces.

Tratándose de títulos de carteras colectivas, estos computan hasta el 90% de su valor. Deberán tener el 100% de su activo constituido por valores, estar inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores -RNVE, calificados por una sociedad legalmente habilitada para el efecto con mínimo de grado de inversión, salvo los títulos de deuda pública emitidos o garantizados por la Nación, por el Banco de la República o por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN, los cuales no requerirán calificación.

El plazo máximo promedio ponderado para el vencimiento de los valores en que invierta la cartera colectiva no podrá superar los trescientos sesenta y cinco (365) días, entre otros requisitos.

Tratándose de inmuebles, exige la norma, que estos tengan al menos anualmente un avalúo, cuyo valor computa por el 70% del mismo, los bienes deberán producir al menos el 0.75% mensual de su correspondiente avalúo, y el valor mínimo de cada bien deberá ser de dos mil salarios mínimo legales mensuales.

La fiduciaria que tome el encargo, por su parte, deberá tomar medidas de conservación de los bienes, mantener actualizado el monto de los bienes subyacentes a la garantía, estipular el procedimiento de realización de la garantía y de su reemplazo o actualización de ser necesario, deberá retener hasta el 3% del valor del bien, de las rentas que produzca para gastos operativos y realización de la garantía, escoger de manera independientemente los evaluadores, entre otras obligaciones.

La entidad estatal deberá verificar que en el contrato de fiducia se pacte la obligación de recibir la Nación en pago por el 50% del último avalúo en el evento de que después de un año no se haya podido vender el activo, y reponer o reemplazar la garantía cuando pierda valor. Más del 10% entre un avalúo y otro, o más del 30% en un año.

En relación con el endoso de títulos valores, sólo son admisibles como garantía de la seriedad de la oferta (no para el cumplimiento contractual), y válidos: Certificados de Depósito a Término (CDT), Títulos de Tesorería (TES) ó pagarés emitidos por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Sólo puede ser titular del mismo el oferente, no una tercera persona.

Los anteriores títulos los podrá recibir la entidad estatal sólo por el 70% de su valor (no aclara el decreto si es nominal o del mercado), y será la entidad estatal responsable de la custodia de los mismos, sea directamente o por medio de un depósito de valores.

En cambio los depósitos de dineros se rigen por lo previsto en el artículo 1173 del Código de Comercio, y sólo se podrán efectuar en una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera.

Conocer las normas y funcionamiento de los tres mecanismos anteriores constituye el reto de las entidades estatales y contratistas, de tal manera que los mismos sean utilizados de manera adecuada, ya que el Estado no tiene experiencia como operadores de estas nuevas garantías estatales, careciendo de jurisprudencia y doctrina que sirva de guía o referente, a diferencia del gran conocimiento que todas las partes involucradas en la contratación estatal tienen de las pólizas de seguros y de las garantías bancarias.

### Las “condiciones generales” de las pólizas de seguros

Por último frente a la regulación de las condiciones generales de las pólizas de seguros, el Gobierno estableció un contenido mínimo al cual las compañías interesadas en explotar este producto deben acogerse, mediante la modificación

de sus clausulados y el correspondiente depósito en la Superintendencia Financiera.

Esta tarea no ha sido fácil, aún más si tenemos en cuenta que una medida de tal contenido no regía en el mercado desde la Ley 45 de 1990. Las compañías de seguros han diseñado sus productos de acuerdo con sus políticas de suscripción, los nichos de mercado que les interesa comercialmente y, por supuesto, las pautas impuestas en los correspondientes contratos de reaseguros proporcionales, que habitualmente manejan.

La norma inicialmente concedió un plazo de 60 días calendario contados a partir de la expedición de la misma, y atendiendo la solicitud del sector en contar con mayor tiempo, para informar y discutir con sus reaseguradores las nuevas medidas, acondicionar sus esquemas de tasas a las mayores coberturas de riesgos que contiene el decreto, y capacitar y/o tomar nuevas políticas de suscripción al interior de las compañías, el Gobierno aceptó ampliar en 60 días adicionales el plazo para el cambio, mediante el Decreto 940 de 2009.

Es importante anotar que las nuevas condiciones sólo pueden ser exigidas por las entidades estatales al vencimiento de los 120 días contados a partir de 24 de diciembre de 2008, ya que la misma norma expresamente indica que entre tanto las compañías pueden seguir utilizando sus propios clausulados y, por tanto, deberán ser aceptados, a excepción de las exclusiones, cuya vigencia empezó a regir desde el momento de la expedición de la norma.

En aras de la brevedad y como una invitación al estudio más detallado de cada uno de los aspectos reglados en este sentido, y sus posibles consecuencias en el mercado, encontramos los principales cambios así:



Frente a los contenidos de los principales amparos, encontramos que básicamente se conservaron los contenidos en el Decreto 679 de 1994 al igual que los límites de suficiencia que venían rigiendo.

Se incluyen otros eventos que dan lugar a la efectividad de la póliza de la seriedad de la oferta, pasando de solo una dictada por la Ley 80 de 1993, esto es la no suscripción de contrato por el oferente adjudicatario, a cuatro causales adicionales, incluyendo los requisitos de la formalización del contrato. También se flexibilizaron los valores asegurados mínimos a exigir en caso de contratos de importantes cuantías, teniendo en cuenta que por una parte resultaban bastante desproporcionados en caso de que ocurriera el siniestro y, por otra, como mecanismo para facilitar la participación de un mayor número de oferentes en este tipo de contrataciones.

En el amparo de cumplimiento, se siguen cubriendo de manera expresa solo los perjuicios directos así como las multas y cláusula penal. En relación con la vigencia del amparo, se sugiere la necesidad de que el contrato estatal establezca de antemano el plazo contractual para la liquidación del mismo, de tal manera que sea fácil establecer la vigencia de la garantía.

Encontramos como novedad, el establecimiento de un amparo que reúne la estabilidad y la calidad de la obra en uno sólo. Asunto delicado teniendo en cuenta la diferencia entre uno y otro evento y, por supuesto, la tasación y causas de la realización del riesgo para cada uno.

La norma, un tanto conciente de la dificultad, permite la flexibilización de la vigencia del amparo, previa justificación técnica, permitiendo que sea inferior a cinco años. Esta flexibilización permitirá que eventualmente obras cuya estructura no es objeto de intervención pueda contar con el amparo, siempre que la vigencia esté acorde con lo común en casos de rehabilitaciones. Deja el decreto a discreción de la entidad estatal establecer otros amparos adicionales a los previstos en el decreto. Nos preguntamos si esto es posible, ¿acaso puede el Gobierno delegar esta facultad en la entidad estatal?

Frente al tema de las exclusiones es necesario mencionar previamente, que los borradores iniciales del decreto exigían que la póliza de cumplimiento no tuviera exclusiones, esto es, cubriera la responsabilidad objetiva del contratista seguido por su garante.

Ante este tema fueron muchas las discusiones y el listado de exclusiones, que desde el punto de vista del sector asegurador deben aplicar al seguro de cumplimiento. No obstante, el Gobierno finalmente sólo consideró cuatro eventos, los cuales en algunos aspectos adolecen de una redacción adecuada al tipo de seguro que nos ocupa. Las únicas admisibles son entonces:

Los amparos previstos en la presente póliza no operaran en los casos siguientes:

- Causa extraña, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima (el asegurado).
- Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de éste.
- El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.
- El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

Por ahora, solo las anteriores podrán ser las alegadas por las aseguradoras como exclusión válida en los siniestros que se reclamen, con base en pólizas expedidas a partir del 24 de diciembre de 2008.

Entre otros aspectos, la norma también prohíbe pactar cláusulas de proporcionalidad u otras que se asimilen. Entendemos aquí, que se refiere a la proporcionalidad en caso de infraseguro, y no a la posibilidad que le cabe al deudor de exigir al acreedor la reducción de la cláusula penal, en caso de que este último haya recibido parte de las obligaciones, ya que este decreto



no está regulando las obligaciones, en general, de las partes del contrato estatal, de otra manera, se estaría desbordando las facultades que el legislador concedió al Gobierno y, que se invocan para la expedición del Decreto 4828 de 2008.

Así mismo, establece la obligación del contratista de reponer los valores asegurados en caso de ser afectados de manera parcial, so pena de la aplicación de la medida de caducidad, consecuencia, que desde nuestro punto de vista es muy discutible. Así mismo niega el decreto la posibilidad al asegurador de alegar la inexactitud y/o la reticencia de tomador del seguro. También, se establece la posibilidad para que asegurador, si así lo quiere, sea cesionario del contratos no terminados por el afianzado/garantizado, y los ejecute en condición del contratista del Estado.

### **La responsabilidad civil extracontractual**

Respecto al tema de la regulación de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual, la norma establece que la única forma válida de cubrir este riesgo será mediante pólizas de seguros, la cual será obligatoria para los contratos de obra y para los demás tipos de contratos será facultad de cada entidad estatal exigirla.

Caben muchas dudas sobre lo anterior. Lo primero es si el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, le dio tal facultad al Gobierno para abordar y regular temas más allá de la garantía de la seriedad de los ofrecimientos y la garantía contractual y, por otra parte, si no se estaría estableciendo vía decreto un seguro obligatorio. Vale la pena reflexionar sobre este tema.

No obstante lo anterior, no son del todo adecuados los aspectos regulados frente al seguro de responsabilidad civil extracontractual, entre otros aspectos, establece coberturas obligatorias sin permitir el análisis sobre la necesidad de las mismas en cada tipo de contrato, con seguridad encareciendo seguramente en algunos casos, de manera innecesaria los contratos estatales.

Así mismo, el Gobierno decidió no permitir el establecimiento de deducibles y/o franquicias en este seguro. Vale la pena señalar que tantos años de estudio de la teoría económica frente al riesgo moral ante la existencia de un contrato de seguro, aquí no aplicaba en criterio del Gobierno. No debemos olvidar que el riesgo moral es predicable, no solo del contratista garantizado, sino también de la entidad estatal, que como dueña de la obra también tiene el deber de cuidado y diligencia, verificando que su contratista conserve las medidas necesarias para que no se causen daños a terceros. No muy conforme, el Gobierno aceptó al último momento, que en las pólizas de responsabilidad civil sólo pueden tener un deducible máximo del 10%, situación que sin duda será un obstáculo para poder atender la expedición en algunos riesgos, que requieren técnicamente de un deducible mayor.

Tampoco es clara la norma respecto a cómo operan los coberturas y cómo juegan respecto de los valores asegurados instaurados como mínimos, esto es, el valor asegurado mínimo es para el amparo básico (PLO) y para las coberturas adicionales o éstas pueden ser sublimitadas.

Nuevamente se obvió que el seguro tiene una claras reglas técnicas, por ejemplo, las coberturas adicionales al amparo básico operan en exceso de otras coberturas, y que normalmente se sublimitan etc.

Clara prueba de la omisión de los principios técnicos del seguro es la cobertura de responsabilidad civil contractual exigida a partir de seguro de responsabilidad civil extracontractual, para cubrir los daños causados por los contratistas a los bienes públicos.

Tras este recorrido por la norma, debemos ser consientes que el resultado de la misma, es el conjunto de las opiniones y percepciones, unas válidas otras no tanto, de todos los "interlocutores" que recibió el Gobierno. No

nos cabe duda de buena fe de todos los aportes, pero en gran parte desconocieron los aspectos propios del contrato de seguro, razón por la cual es tarea del gremio acudir nuevamente a la generosidad del Gobierno para continuar discutiendo, en lo posible, los aspectos que seguramente se constituirán en barreras para la suscripción de las garantías, como ya se han recibido voces en dicho sentido por parte de reaseguradores, mediando en cualquier discusión el interés que nos corresponde a todas las partes de proteger debidamente el patrimonio del Estado, pero sin desnaturalizar la técnica y normativa de cada una de las formas de las garantías previstas en del Decreto 4828 de 2008.

» Los valores asegurados serán calculados con base en el valor de cada etapa y no con el valor total del contrato, como ocurre en la garantía única.



**Cuando se presenta un corto circuito en su casa, sentimos lo que usted siente. Somos la Red 322,** un inmenso equipo humano que trabaja coordinadamente para resolver los problemas cuando usted lo necesite.

SEGUROS  
**BOLÍVAR**   
Tranquilidad para ti y tu familia