

# “Reflexiones...”

*¿Está preparado el sector asegurador para suscribir las garantías de cumplimiento de cara a los nuevos desafíos que representa la Ley – 1150?*

por:

**Carmen Leonor García.**

Gerente de Cumplimiento  
SEGUROS COLPATRIA

Para responder este planteamiento naturalmente debemos examinar cuáles son los desafíos para el asegurador de cara al contenido de la Ley 1150 y qué implicaciones representan frente a los modelos de suscripción y actuación comercial en el ramo de cumplimiento, de manera que podamos visualizar los cambios y requerimientos que faciliten no solo el desarrollo de la contratación y la viabilidad del ramo sino, también, una interacción entre los aseguradores y sus clientes.

Como premisa es necesario señalar que en los últimos 15 años la legislación en materia de contratación, debido a la diversidad de regímenes especiales que han establecido lineamientos particulares al contratar con determinadas entidades, ha cambiado sustancialmente el nivel de riesgos que las aseguradoras asumen al expedir las pólizas de cumplimiento y que pareciera ser, con temor

a equivocarme, que los procesos de suscripción y comercialización de estos seguros no han cambiado significativamente.

Para entender el impacto de la Ley 80 desde el punto de vista del nivel de riesgo que asumen los aseguradores como garantes en los procesos de contratación, veamos como desde 1993 y en aras a reducir el enorme déficit de infraestructura vial del país, se iniciaron las denominadas concesiones, en las cuales la transferencia de riesgos del Estado a los contratistas y, por ende, a los aseguradores ha venido creciendo en forma significativa, al pasar de las denominadas inicialmente como de primera generación por la manera en que fueron estructuradas y en las que el Estado asumía una porción importante del riesgo a las de segunda generación y a las que hoy conocemos como de tercera

generación en que el riesgo es asumido en gran parte por el contratista, como se observa en el siguiente cuadro.

Podría pensarse que con la Ley 1150, el Estado busca evitar los conflictos que se presentaban y, que muy seguramente derivaban en una estructuración “unilateral” de los proyectos y en una identificación y valoración de los riesgos, realizada a juicio de la entidad y, en el mejor de los casos, de las firmas estructuradoras contratadas por el mismo Estado, que finalmente conducía a que los contratistas pudieran alegar en su favor el “equilibrio económico del contrato”, con los consecuentes sobre costos en la contratación.

A manera de reflexión debemos revisar como han evolucionado los procesos de suscripción desde las concesiones de primera generación a las actuales. En esencia, los análisis de los aseguradores se fundamentan en el contratista, enfocados en su capacidad financiera, la experiencia en el desarrollo de contratos y su estructura jurídica. Frente al contrato, se analiza que la obra que se ejecuta sea técnicamente viable de realizar y que el texto del contrato esté acorde con la legislación del contrato de seguros y de la garantía única.

Ahora bien, con la Ley 1150, ¿será esto suficiente? Así las cosas, el primer desafío que se impone con la entrada en vigor de Ley 1150 de 2007,

lo he denominado para efectos de estas reflexiones:

**(1) “El papel del sector asegurador en la valoración de los riesgos a su cargo.**

La ley 1150 de 2007 en su artículo cuarto impone un cambio sustancial al establecer la obligatoriedad de realizar la distribución de los riesgos en los contratos estatales, esto significa que la entidad debe prever las circunstancias que afecten el futuro desarrollo del contrato y, quizás, puedan llegar a alterar el equilibrio económico del mismo. De tal suerte que no sólo se deberán publicar los proyectos de los pliegos de condiciones y todos los estudios previos que permitan la intervención de los interesados sino que, adicionalmente, se deberá incluir una “estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”, procedimiento que deberá contar con la participación del oferente, con quien se distribuirán los riesgos antes del cierre del proceso.

Si bien es cierto, la norma no obliga al asegurador a participar en este proceso, la debida diligencia indica que como garante deberá conocer y valorar los riesgos que asumirá al expedir la garantía única, de tal manera que desde ya vale la pena preguntarse sí los aseguradores estamos en capacidad de participar activamente en esta etapa del proceso, sí tenemos el equipo técnico que nos pueda valorar los riesgos que sobre

» ¿Los aseguradores estamos en capacidad de incluir una “estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”?

**Concesiones Viales**

Riesgos	Primera Generación		Segunda Generación		Tercera Generación	
	Estado	Contratista	Estado	Contratista	Estado	Contratista
Estudios Previos	x		x		x	x
Geológico	x		x		x	
Predial	x		x	x	x	x
Comercial	x			x		x
Gestión Social	x		x			x
Ambiental	x		x			x
Constructivo	x	x		x		x
TIR	x			x		x
<b>Garantías del Estado</b>	Tarifas. Tráfico, TIR, Ingresos Mínimo Garantizado		Diseños y estudios más profundos, la Remuneración esta en función del ingreso esperado		Estructuración Financiera y Técnica del Proyecto, remuneración por ingreso esperado	
<b>Tranferencia de Riesgos</b>	<b>Limitada</b>		<b>Mayor</b>		<b>Creciente</b>	

un mismo proceso licitatorio han asumido nuestros garantizados, si la valoración del contratista A respecto de un mismo riesgo, como por ejemplo el riesgo ambiental, es igual a la del Contratista B o si la valoración de la entidad contratante respecto de determinado riesgo es adecuada a la estructura de precios del proyecto.

### **Analicemos las implicaciones de este nuevo ordenamiento a través de estas reflexiones:**

(a) La entidad elabora la lista de riesgos asociadas al proyecto tales como: manejo de predios, gestión ambiental, gestión social, variación de precios, plan de inversión etc. Establece criterios de valoración de los mismos y luego las partes (contratista y entidad) inician un proceso de asignación de riesgos haciendo un reparto razonable de ellos, cabe preguntarse entonces, ¿cuál debe ser el papel del asegurador en esta etapa?, ¿tenemos los elementos suficientes, las habilidades y los conocimientos para valorar los precios y formas de remuneración de los contratos, en función de los riesgos que asume el contratista?

(b) Estos procesos se realizarán en audiencias públicas a las que asistirán todos los contratistas que quieran participar, bajo la dinámica comercial actual, en que los contratistas tienen diferentes intermediarios y diferentes aseguradoras, ¿cómo se garantizará que exista una real interacción entre contratista y asegurador para que este último pueda analizar los riesgos que asume cada cliente y que, por consiguiente, él posiblemente respaldará? ¿Cuentan los aseguradores y los intermediarios con el equipo humano necesario para realizar estos acompañamientos?

Seguramente algunos podrán decir que esto ya se viene haciendo, por el caso particular del túnel de la línea, sin embargo lo que varía son las implicaciones de cara a un potencial incumplimiento, ¿será que ahora alegar el incumplimiento del contrato por un riesgo previamente valorado y distribuido por las partes no resultará mucho más complejo?

Especial interés debe suscitar la connotación que la ley le da a los riesgos al señalar que se trata de “riesgos previsibles”, entonces desde la óptica de los seguros



surge una nueva reflexión... ¿Si estamos estimando y valorando los riesgos “previsibles” del contrato, cuál es el alcance de la cobertura de seguro que se debe tener, considerando que se entiende por riesgo asegurable un hecho futuro e incierto y estos riesgos han sido previamente valorados, estimados, tipificados y distribuidos, el carácter de imprevisibilidad está dado por las desviaciones que se pudieran presentar en el desarrollo del contrato o estamos hablando de otros riesgos?

(c) En materia de valoración de riesgos, no solamente el artículo cuarto de la ley representa un gran desafío, también las nuevas modalidades de selección que se incluyen y los mecanismos que las entidades deberán llevar a cabo en cada modalidad para definir las mejores ofertas. Merece especial interés el mecanismo de subasta inversa, el cual busca que las entidades contratantes puedan obtener bienes a los precios más favorables, reducir los procesos de negociación y generar transparencia en este proceso.

En este punto vale la pena preguntarnos, ¿qué mecanismos emplearemos los aseguradores para garantizar que los contratistas interesados no resulten cotizando precios tan bajos que estén incluso por debajo de sus costos de producción y puedan llevar a colapsar al contratista, ya que no se definió en la ley ni en la reglamentación un “precio fijo” base y que solo un comité conformado por los miembros de entidad podrá con posterioridad al proceso penalizar al oferente que presente “precios artificialmente bajos”? ¿Los funcionarios de las entidades están preparados para valorar esta circunstancia? ¿Los suscriptores podremos valorar la estructura de costos de los oferentes y visualizar que el precio que se ofreció permite el cumplimiento del contrato?

Ahora bien, en aquellos casos de bienes con características uniformes que sean requeridos por varias entidades, la ley prevé una contratación en bloque para maximizar eficiencias y reducir los costos de la contratación, este mecanismo funcionará a través del esquema de compras por catálogo, entonces la valoración del riesgo para el asegurador incluye conocer la estructura de costos de producción del oferente para poder determinar: ¿cómo entre más entidades que accedan a su catálogo de productos no se deterioran sus márgenes al tratar de abarcar más contratos a menores precios, que lleven finalmente a una agravación del riesgo asegurado?

Al igual que en muchos aspectos de esta ley, en el tema de compras por catálogo es importante la reglamentación, ya que ésta puede determinar, por ejemplo, que el catálogo contenga el número de unidades de cada producto que soporten el precio ofrecido, evitando la incertidumbre respecto del impacto negativo que este mecanismo represente para el oferente. De ahí que es importante que el asegurador esté atento no solo a la reglamentación de las garantías, a lo cual me referiré brevemente más adelante, sino de cada uno de los diferentes aspectos sobre los que versa esta ley.

Pareciera ser que esta ley, efectivamente, nos impone un cambio en los modelos de suscripción y nos lleva ampliar y complementar nuestros análisis con la valoración de los riesgos, ya que de alguna manera la idoneidad del contratista será valorada a través del Registro Único de Proponentes, RUP. Si bien es cierto el RUP es un desarrollo de la Ley 80 y en la actualidad se viene usando en el artículo seis de esta ley, se le confiere una mayor relevancia a la gestión de las Cámaras de Comercio, al ser ellas las responsables de la verificación de la idoneidad del contratista y al ser éste el único requisito habilitante que podrán exigir las entidades en los procesos de contratos, salvo las excepciones previstas en la Ley.

Finalmente podríamos concluir este tema, señalando que el gran desafío para el asegurador, realmente sí es la valoración del riesgo que asumirá cada contratista en las diferentes modalidades de selección, situación que necesariamente impone un cambio en el modelo comercial y técnico del ramo, en el que el asegurador y los intermediarios interactúen con mayor cercanía a los oferentes y las entidades contratantes.

Desde luego el cambio en las evaluaciones técnicas de los riesgos y, en la gestión comercial del asegurador, nos lleva al segundo desafío:

(2) ¿Cómo manejar la estructura de costos del ramo, cuando se requiere personal más capacitado en las áreas comerciales de suscripción e indemnizaciones?

En este aspecto a manera ilustrativa de la dinámica que se ha venido generando en el ramo con la promulgación de la Ley, señalaré dos actividades nuevas en el rol de los aseguradores, que desde luego inciden en su estructura de costos para la administración del ramo.

La primera es la invitación que las entidades han venido haciendo a las aseguradoras para que participen activamente en las reuniones, que se realizarán con los posibles oferentes sobre la tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles en sus procesos de contratación y la segunda es la implementación por parte de las entidades estatales de las audiencias para imposición de multas que tienen como fin garantizar el derecho al debido proceso.

Así las cosas, reviste interés suscitar una reflexión en torno a la rentabilidad del ramo con la estructura real de costos que requiere.

Indudablemente, la Reglamentación del Artículo 7º. “Garantías” ahora ocupa un papel preponderante, ya que de la misma se desprenderá todo el andamiaje que le dé proyección al ramo. En este sentido hay una parte de reconocimiento a la labor que FASECOLDA, mediante la Cámara Técnica de Cumplimiento, ha venido desarrollando de forma proactiva en todas las instancias a las que ha tenido acceso, sin embargo no podemos perder de vista que desde ya el ramo tendrá unos nuevos competidores y, que frente a ellos el sector ha asumido importantes riesgos que se materializan en el dinamismo del país y en su crecimiento económico y que si bien es cierto que ahora se imponen cambios en nuestros modelos, tal vez los aseguradores estamos mejor preparados para asumir los estos retos.