

Impacto de la pandemia en la contratación colombiana y en las garantías que la respaldan

Erika Dulcey, directora de la Cámara de Cumplimiento y RC
Fasecolda

El comportamiento de las relaciones contractuales públicas y privadas constituye un termómetro de la situación económica. Toda variación propia de la dinámica de la economía produce un impacto en los contratos, en los riesgos que los amenazan y en las garantías que los amparan.

En efecto, existe una tendencia a afirmar que los contratos, por regla general, son imperfectos, incluso en épocas de estabilidad económica; esto supone que los riesgos y las garantías sean fluctuantes y, por ende, deban estar en permanente revisión.

Bajo estas consideraciones, el informe del mes de junio de 2020 del Fondo Monetario Internacional, sobre la actualización de las perspectivas de la economía mundial con ocasión a la actual pandemia, se titula *Una crisis como ninguna otra, una recuperación incierta*¹, para referirse a una situación sin precedentes y a una recuperación que hasta el momento es muy difícil de predecir, entre otros, por los focos de reactivación y la aceleración de los contagios.

Al respecto, dicho informe señala:

El crecimiento mundial está proyectado en -4,9% en 2020; o sea, 1,9 puntos porcentuales menos que el pronóstico de la edición de abril de 2020 de Perspectivas de la economía mundial (informe WEO). La pandemia de COVID-19 ha tenido un impacto más negativo que lo previsto en la actividad en el primer semestre de 2020 y la recuperación será, según las proyecciones, más gradual de lo que se había pronosticado. En 2021, el crecimiento mundial está proyectado en 5,4%. Globalmente, eso significa que el PIB de 2021 sería alrededor de 6½ puntos porcentuales más bajos que en las proyecciones publicadas en enero de 2020, antes de la pandemia de COVID-19. El impacto adverso en los hogares de bajo ingreso es particularmente agudo, y pondría en peligro el avance significativo de la lucha contra de la pobreza extrema logrado a nivel mundial desde la década de 1990.



Esto se traduce en unas secuelas económicas más graves que las inicialmente previstas, con especial impacto en las economías de las Américas y del Caribe.

Colombia no es ajena a este fenómeno mundial; según el DANE, el PIB para el primer trimestre de 2020 decrece en un 2,4% respecto al cuarto trimestre de 2019, y solo el 31,4% de las empresas nacionales operó normalmente para el mes de abril de 2020².

Ahora bien, las medidas de política pública tomadas para contrarrestar la crisis comienzan a reactivar el aparato económico y a mejorar el comportamiento de los mercados financieros a nivel mundial y nacional. Lo anterior, sumado a la apertura gradual de sectores de la economía, muestra

una mejoría en los índices de confianza empresarial, los cuales, a pesar de continuar negativos, empiezan a mostrar un proceso de recuperación³.

Una de las medidas relevantes del Gobierno Nacional es el Decreto Ley 560 de 2020, por el cual se profieren medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia de empresas; la norma resalta en sus considerandos los devastadores efectos económicos y el impacto en la actividad empresarial, por lo que considera que «el estatuto concursal vigente es un mecanismo diseñado para tiempos normales y, en consecuencia, no es suficiente para contener el impacto sorpresivo y profundo que ha sufrido la economía con ocasión del Coronavirus COVID-19.»⁴

1. <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOUpdateJune2020>

2. Según encuesta de pulso empresarial (EPE): www.dane.gov.co

3. El índice de confianza comercial (ICCO) pasó del -30,8% en marzo al -25,5% en abril y al -9,2% en mayo, mientras que el índice de confianza industrial (ICI) pasó de estar en su momento más crítico en el mes de abril (-35,8%) y comienza a mostrar su recuperación en mayo, con el -21,3%. <https://www.fedesarrollo.org.co/encuestas/empresarial-eeo>

4. Decreto Ley 560 de 2020

¿Pero, cómo se afecta en Colombia la contratación en curso y la que está por venir?

Los contratos, como herramienta de formalización de los negocios que mueven la economía, no son ajenos a esta realidad económica. Es evidente que, debido a los fuertes cambios generados por la pandemia, los riesgos contractuales han variado drásticamente, entre otras razones, por la alteración de los factores internos y externos que inciden en los mismos y por la aparición de nuevos riesgos que para el momento de la gestación del negocio eran imposibles de prever. Todo esto conlleva una alteración de las condiciones contractuales y, por lo tanto, una dificultad del contratista-garantizado para cumplir sus obligaciones, muchas veces agravada a tal nivel que se llega a la imposibilidad absoluta de su cumplimiento.

La generación de nuevos riesgos y la variación de los que ya estaban en curso

Bajo esta coyuntura, es muy importante que las partes y garantes del contrato den una nueva mirada a la administración de los riesgos y, en estricto sentido, al monitoreo y revisión de los riesgos en curso, tanto en el panorama actual como para futuras suscripciones.

Para esto, es importante no perder de vista que, además del análisis de variación de los riesgos de la matriz del contrato, con ocasión a esta coyuntura surgen otros riesgos no contemplados en dichas matrices, los cuales también deben ser sorteados por el contratista.

Ahora bien, sin entrar a clasificar los siguientes eventos como riesgos, lo cual sería objeto de otro ensayo, presentamos los principales factores que actualmente inciden en el correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales. En algunos contratos se definen como riesgos de mercado, legal, financiero y cambiario, entre otros. Lo importante por resaltar es que con ocasión de la pandemia se están generando

una alteración de las condiciones contractuales e, inclusive, un desequilibrio económico contractual:

1. El nuevo ordenamiento jurídico que sobrevino como efecto mitigador de la pandemia.
2. La implementación de protocolos de bioseguridad para las actividades del contratista y las eventuales fallas o falta de experiencia en la supervisión de dichos protocolos.
3. La reinversión e innovación que requiere el contrato frente las nuevas circunstancias que, en muchos casos, deben implementarse de forma acelerada e incluso improvisada, lo que genera nuevos riesgos que no fueron previstos ni medidos.
4. El incremento en los costos de insumos y materiales, a causa de los traumatismos y rupturas de las cadenas logísticas, los aislamientos y demás medidas restrictivas.
5. La disminución de la oferta de proveedores, incluidos los servicios tercerizados.
6. La escasa demanda de productos finales.
7. Las variaciones del tipo de cambio, que afectan los ingresos y costos del contratista (más conocido como riesgo cambiario).
8. El aumento en los costos de financiamiento o el endurecimiento de las condiciones bancarias, a causa de la incertidumbre financiera.
9. La contracción en la demanda de transporte de carga y pasajeros.
10. Los cierres transitorios de transporte aéreo.
11. Los potenciales cierres de carreteras y vías férreas.
12. La disminución y cambios de preferencia en la contratación de bienes y servicios esenciales para atender la nueva realidad económica por parte del Gobierno nacional, como gran activador económico.
13. La contracción en la contratación privada, respecto de actividades no esenciales y bienes y servicios suntuosos.

Variación y agravación de los riesgos en la garantía única de cumplimiento y en la póliza de responsabilidad civil derivada de cumplimiento.

Para el caso específico de la industria aseguradora, la opinión pública reclama una disminución de primas o, en su defecto, el otorgamiento de beneficios económicos derivados de la presunta reducción de riesgos, por las suspensiones, cierres y disminución de diversas actividades económicas en el país. Sin embargo, en algunos ramos se ha generado todo lo contrario, es decir, una agravación de riesgos directamente relacionada a con la crisis del segmento económico que efectivamente respalda y garantiza.

Al respecto, las garantías contractuales, entre ellas la garantía única de cumplimiento y la de responsabilidad civil derivada del cumplimiento, presentan en las actuales circunstancias, por regla general, una agravación del estado del riesgo. A continuación, un análisis de las mismas:

➔ «El estatuto concursal vigente es un mecanismo diseñado para tiempos normales y, en consecuencia, no es suficiente para contener el impacto sorpresivo con ocasión del Coronavirus»

Respecto a la garantía única de cumplimiento:

Para el amparo de salarios, se puede generar una agravación al estado del riesgo, pues los contratistas en calidad de empleadores deben seguir realizando el pago de salarios y prestaciones sociales, a pesar de que sus actividades y flujo de caja se vean afectados



por las restricciones de movilidad entre municipios y departamentos, medidas de aislamiento, suspensiones contractuales, reprogramación de pagos estipulados en los contratos, etc.

En relación con el amparo de anticipo, también se genera una agravación del riesgo, teniendo en cuenta que, por la disminución de ingresos, el contratista se puede ver abocado a cubrir diversas obligaciones que lo apremian, dándole un indebido manejo de los dineros entregados a título de anticipo, por ejemplo, usarlo para el cumplimiento apremiante de obligaciones laborales y tributarias.

En el amparo de cumplimiento, del mismo modo que en los anteriores amparos, se podría presentar agravación, pues en cada caso el contratista tendría que demostrar si, en efecto, el aislamiento y las medidas públicas de mitigación de la pandemia, como restricciones y suspensiones temporales de actividades, generan la ruptura de las diferentes cadenas logísticas requeridas para el cumplimiento de sus obligaciones, lo que puede poner al contratista en una situación de retraso o de imposibilidad de ejecución de sus obligaciones en los plazos y condiciones pactadas.

La suspensión contractual⁵, no implica, per se, interrupción del riesgo, de la cobertura o que se haga efectiva la garantía. En efecto, se han proferido actos administrativos de suspensión donde se establece que los contratistas asumen la totalidad de los riesgos, en consecuencia, no se presentaría disminución, sino agravación y, por ende, no habría lugar a devolución de primas u otro beneficio.

Responsabilidad civil derivada de cumplimiento:

En cuanto a la responsabilidad derivada de cumplimiento, la variación del riesgo está ligada a la natura-

→ La garantía única de cumplimiento y la de responsabilidad civil derivada del cumplimiento presentan, en las actuales circunstancias, una agravación del estado del riesgo.

leza del contrato garantizado. En principio se podría pensar que el riesgo no sufre variación y, por ende, se mantiene; sin embargo, es importante tener en cuenta que, dependiendo del objeto del contrato, hay riesgos que sufren reducción o agravación. En cuanto a la reducción, un ejemplo puede ser el contrato de consultoría de estudios y diseños a nivel de factibilidad; la agravación puede presentarse en los contratos de obra pública o en los contratos de concesión de infraestructura vial en etapa de construcción.

En relación con el efecto de las suspensiones contractuales en esta póliza, en principio podría implicar una reducción del riesgo. Sin embargo, existen coberturas que, por la naturaleza de la actividad amparada, la mera suspensión del contrato genera una agravación del riesgo, teniendo en cuenta que el objeto de cobertura consiste en respaldar a una persona cuando sufra lesiones, fallezca o se le causen daños materiales como consecuencia de cualquier actividad que la empresa esté ejecutando en desarrollo del contrato. Por ejemplo, ¿qué pasaría si suspendido un contrato de infraestructura en cualquiera de sus modalidades y sus garantías ocurre un evento catastrófico a causa de obras inconclusas, estructuras inestables o falta de supervisión técnica con ocasión de la suspensión?

5. Que puede darse de manera bilateral por mutuo acuerdo entre las partes o de manera unilateral por la entidad contratante, bajo resolución que ordene la suspensión general de los contratos celebrados por dicha entidad.

La suspensión del contrato no mantiene indemne el riesgo y, por lo tanto, puede presentarse la ocurrencia del siniestro.

Consideración final

Es un hecho notorio que la actual crisis sanitaria produjo un impacto notable en la economía mundial. El enorme sacudón en la mayoría de actividades económicas que mueven el mercado ha requerido de la intervención de autoridades públicas con el objeto de mitigar las causas e impedir la extensión de sus efectos. No obstante, las relaciones jurídicas negociales continúan y deben adaptarse igualmente al cambio y ello incluye, por supuesto, la actividad aseguradora.

El sector asegurador sigue demostrando su gran compromiso social. Los seguros de cumplimiento y responsabilidad civil son, hoy más que nunca en la historia de nuestro país, los instrumentos de respaldo de la contratación, garantizan el suministro de insumos y equipos médicos y las obras de infraestructura de saneamiento básico, entre otro tipo de contratos vitales para la mitigación de la pandemia. A mediano plazo, el seguro es el instrumento reactivador de la economía colombiana, al ser el que respalde los grandes proyectos de infraestructura con los que se espera reactivar muchos sectores deprimidos con ocasión de esta contingencia, es parte importante del impulso que requerimos para recuperar lo construido y fomentar una reactivación sobre bases sólidas. 

No todos tus trabajadores necesitan lo mismo de su Administradora de Riesgos Laborales.

En **Colmena Seguros** somos un equipo dedicado a conocer a fondo tu empresa y a tus trabajadores. Ofrecemos soluciones de aseguramiento que atienden las verdaderas necesidades para lograr una gestión efectiva del riesgo.



VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Colmena Seguros S.A.

Síguenos en:

Más información Línea Efectiva:
 Bogotá / 401 0447
 Otras ciudades / 01 8000-9-19667
www.colmenaseguros.com

