

Bogotá D.C., 10 de diciembre de 2009

C4 6

Señores
Subgerencia de Estructuración
Atn: Doctor David Villalba
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
E.S.D

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2009-409-026976-2
Fecha: 14/12/2009 14:47:30->200
OEM: FEDERACION DE ASEGURADORES COLOMBIA
Anexos: SIN



Ref: Observaciones pre-pliegos No. SEA-LP-002-2009 (corredor de las Américas)

Respetados señores:

Por medio de la presente, y en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, me permito efectuar de manera respetuosa varias solicitudes de modificación del proyecto de pliego de condiciones de la licitación de la referencia, con base en los argumentos que se exponen a continuación:

1. Certificación del Reasegurador

En el numeral 11.05 de la minuta del Contrato, se exige que "(k) Si la Garantía Única de Cumplimiento o cualquiera de las demás garantías solicitadas en el presente Capítulo es una póliza de seguros, ésta deberá venir acompañada de una certificación expedida por el asegurador y el reasegurador (en ningún caso será válida la certificación emitida por el corredor de reaseguros) en la que declaren las condiciones de la colocación de la garantía (según modelo que se adjunta al presente Contrato como Anexo xx). El reasegurador deberá encontrarse inscrito en el Registro de Reaseguradores y Corredores de Reaseguros del Exterior (REACOEX) que administra la Superintendencia Financiera de Colombia."

En ese sentido, respetuosamente solicitamos que sea eliminada la solicitud de la certificación del reasegurador, pues este requisito, además de carecer de fundamento normativo, no guarda relación con la estructura del contrato de seguro y reaseguro prevista en el Código de Comercio.

En efecto, de acuerdo con el artículo 1037 del Código de Comercio en virtud del contrato de seguro, una persona jurídica especializada llamada asegurador asume los riesgos que el tomador le traslada por cuenta propia o ajena. Es entre estos dos sujetos que surge la relación jurídica contractual. Bajo esa perspectiva y aunque suene de Perogrullo, el reasegurador no es parte de dicha relación comercial, situación que reconoce el artículo 1135 del Estatuto Comercial cuando señala que "El reaseguro no es un contrato a favor de un tercero. El asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquel". (negrilla fuera de texto). Es decir que en el caso de Colombia, la posibilidad

de que un asegurado, bajo una póliza de seguro directo, reclame ante un reasegurador no existe, desde el punto de vista jurídico.

Cabría entonces preguntarse, si la entidad estatal asegurada carece de acción directa contra el reasegurador, cual es el objeto de dicha certificación?

Lo anterior sumado a que el negocio de reaseguro es una operación eminentemente transfronteriza, que carece de regulación y supervisión en la mayoría de países del mundo, además, porque se trata de un acuerdo de voluntades entre dos entidades profesionales, ninguno de las cuales se encuentra en situación de inferioridad frente al otro. Es por ello que a lo sumo, lo que la regulación y la supervisión pueden regular, de cara a la protección de los clientes de las aseguradoras, es que éstas últimas únicamente cedan sus riesgos a reaseguradores que tengan una calificación mínima. Tal es el caso de la exigencia que la Superintendencia Financiera de Colombia hace para que las aseguradoras localizadas en el país únicamente puedan ceder sus riesgos a reaseguradores inscritos en el Registro de Reaseguradores y Corredores de Reaseguro del Exterior, REACOEX. Cabe anotar que para inscribirse en este registro, es necesario que los reaseguradores del exterior presenten una certificación sobre su calificación de riesgo, en los términos del Capítulo IV, de la Circular Básica Jurídica (CE 007 de 1996) de la Superintendencia Financiera de Colombia.

A la luz de lo expuesto, una certificación expedida por el reasegurador carece de soporte jurídico, pues si lo que se busca es que éste sea una entidad solvente, ello lo demuestra su calificación, la cual es pública y se encuentra en el REACOEX.

De conformidad con lo señalado, respetuosamente reiteramos nuestra solicitud de eliminar dicho requisito, y si se requiere algún tipo de manifestación en relación con la colocación de la garantía, ésta deberá corresponder al representante legal de la aseguradora y no al reasegurador.

2. Causales de Multas

La sección 10.01 de la minuta del contrato, establece como causal de multa la referente a *"no constituir, mantener en vigor, renovar, prorrogar, corregir o adicionar las garantías y demás mecanismos de cobertura, en los plazos y por los montos establecidos en el Capítulo XI de este Contrato,"*

Esta previsión del contrato contraviene lo establecido por los Decretos 4828 de 2008 y su modificatorio el 2493 de 2009, toda vez que allí de manera clara se establece que *"En caso de que el contratista incumpla la obligación de prorrogar u obtener la garantía para cualquiera de las etapas del contrato, la entidad deberá prever en el mismo, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, sin que se afecte la garantía expedida para la etapa, en lo que tiene que ver con dicha obligación"*(negrilla fuera de texto)

Ello significa que la falta de renovación, prórroga o modificación no puede ser causal ni de imposición de multas ni de declaratoria de caducidad, pues es claro que la aplicación de estas

medidas comportarían una afectación de la garantía que contravendría la norma citada. Bajo esa perspectiva, respetuosamente solicitamos que sea eliminada esta causal de multa.

3. Caducidad

Bajo las mismas consideraciones expuestas en el numeral anterior, solicitamos sea eliminado el literal c del numeral 11.05 de la minuta del contrato, el cual es del siguiente tenor:

“c) El CONCESIONARIO deberá mantener las garantías en plena vigencia y validez por los términos expresados en el presente Capítulo XI y deberá pagar las primas y demás gastos necesarios para constituir las, mantenerlas, prorrogarlas o adicionarlas. En todo caso, la Garantía Única de Cumplimiento no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. Así mismo, el CONCESIONARIO deberá acreditar el pago de la prima de las pólizas o amparos diferentes a la Garantía Única de Cumplimiento. Si no cumpliera con esta obligación se entenderá que habrá incumplido con la obligación de constituir la póliza o amparo y por lo tanto el INCO podrá imponer las multas contempladas en la Sección 10.01(f). Pasados treinta (30) Días Calendario a partir del vencimiento del plazo para la acreditación del pago de la prima, sin que dicho pago haya sido acreditado por el CONCESIONARIO, el INCO podrá declarar la caducidad del Contrato en los términos señalados en la Sección 14.02.”

Adicionalmente a lo expuesto es preciso resaltar, tal como lo señala el pliego en el aparte transcrito, que el artículo 15 del Decreto 4828 de 2008 establece que *“La garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas no expirará por falta de pago de la prima ni podrá ser revocada unilateralmente.”* Por lo tanto, para la entidad estatal contratante no comporta ningún riesgo el no pago de la prima y bajo esa perspectiva, esta situación no debe ser causal de una declaratoria de caducidad, cuyo presupuesto, de conformidad con lo establecido por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, es un incumplimiento que amenace la ejecución del contrato.

4. Valores Asegurados

En el numeral 11.01 del contrato se establecen los valores asegurados de los diferentes amparos de la garantía de cumplimiento de la siguiente manera:


Etapa	Amparo	Valor Asegurado
Pre-construcción	Cumplimiento	\$190.423.000.000
Pre-construcción	Salarios y Prestaciones Sociales	\$95.212.000.000
Construcción	Cumplimiento	\$496.000.000.000
Construcción	Salarios y Prestaciones Sociales	\$17.371.500.000.

Construcción	Calidad y Estabilidad	Por establecerse
Operación		Por establecerse

Teniendo en cuenta la capacidad del mercado asegurador colombiano y el estado actual de la oferta de reaseguro, principales consideraciones que llevaron al Gobierno Nacional a expedir el Decreto 2493 de 2009, solicitamos que se reduzcan los valores asegurados exigidos aplicando lo previsto en el parágrafo del artículo 1 del citado Decreto.

Quedo atenta a cualquier aclaración adicional que se pueda requerir,

Cordial saludo,


LAURA REYES YUNIS
Directora
Cámara de Cumplimiento

c.c Pilar Zamora, 