

SEGUROS EN VILO

Un reciente fallo de la Contraloría General tiene en alerta a las compañías de seguros. Estas ya no serían garantes, sino responsables directos en especial de los contratos de responsabilidad civil. Ello ha generado una situación crítica por falta de coberturas. El ente de control, el Gobierno y el sector privado buscan salidas.

El 15 de agosto la Contraloría General de la República dio a conocer un crucial fallo de segunda instancia en un proceso ordinario de responsabilidad fiscal del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), de Bogotá. El asunto está sacudiendo los cimientos del sector asegurador.

Este fallo de responsabilidad fiscal, por más de \$5.500 millones, afecta a la exdirectora del IDU Liliana Pardo y a Carmen Elena Lopera, directora técnica de construcciones, en el proceso de construcción de TransMilenio de la Calle 26 y la Carrera 10, en aspectos como diseños y otrosíes de contratos. Pero para la Contraloría ellas no son las únicas responsables.

La decisión de segunda instancia —es decir, tomada directamente por el contralor general, Carlos Felipe Córdoba— ratifica lo planteado en el fallo inicial de la Contraloría Delegada Intersectorial-Grupo para el Conocimiento y Trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción. Es decir, confirma que las aseguradoras La Previsora y ZLS Aseguradora de Colombia —antes QBE Seguros—, que expedieron pólizas de responsabilidad civil de servidores públicos, fueron vinculadas en el proceso.

Para la Contraloría son ineficaces las cláusulas *claims made*, o 'reclamo hecho', en los contratos de responsabilidad civil. Y

eso conduce a que el asegurador asuma en esencia la misma responsabilidad que correspondería al supuesto causante del detrimento patrimonial. Por su parte, las aseguradoras consideran que la ley y los contratos establecen los límites y los momentos de cubrimiento en el tiempo.

Este hecho es muy importante porque está por salir a

la luz el fallo de segunda instancia de la Contraloría en las investigaciones por responsabilidad fiscal del controvertido caso de la Refinería de Cartagena (Reficar). Esta en primera instancia también había vinculado a aseguradoras como Confianza, Chubb, Axxa Colpatria y Mapfre, además de un grupo de funcionarios y miembros de junta directiva, así como

LAS REASEGURADORAS NO ESTÁN MOSTRANDO INTERÉS POR LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE EJECUTIVOS.



En este mes de octubre, la Contraloría realizará una jornada académica para analizar la situación.

a la constructora, CB&I, por un monto superior a \$5 billones. Para muchos es uno de los procesos de responsabilidad civil más altos del mundo.

El hecho ha generado tensión en los altos niveles de las empresas en Colombia, en especial las de origen estatal. En efecto, ante esta coyuntura las primas para cubrir la responsabilidad civil de ejecutivos y directivos aumentan y los niveles de cobertura bajan. Y, además, las reaseguradoras internacionales —que respaldan a las aseguradoras locales— ya no muestran apetito por cubrir estos seguros y la posibilidad de sacarlos adelante se reduce.

“El cubrimiento máximo que están dando en reaseguro es de US\$20 millones y eso equivale a una póliza cuya prima es de unos US\$3 millones. Antes tenía una cobertura de unos US\$400 millones

y la prima valía US\$900.000. La gran discusión es la vigencia de las investigaciones y cuándo cierran los temas”, le dijo a Dinero el presidente de una de las compañías más grandes del país, que prefirió mantener su nombre en reserva.

Esta situación ha hecho que, hoy por hoy, no haya coberturas para los funcionarios y directivos de muchas entidades públicas cuyos seguros han vencido. Mientras tanto, varios entes públicos del orden nacional y local tienen licitaciones pendientes que podrían retrasar sus adjudicaciones.

La discusión

En Colombia existe la posibilidad de emitir pólizas de las compañías de seguros con distintos propósitos, como manejo de riesgos financieros y la responsabilidad civil que



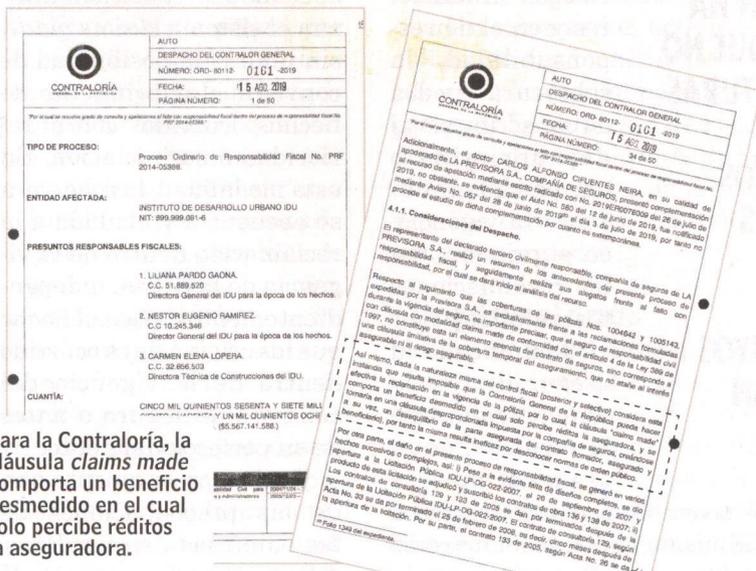
La Contraloría se pronuncia

La Contraloría General de la República (CGR) vela por el resarcimiento al patrimonio público y la acción de responsabilidad fiscal tiene génesis constitucional. En su momento, hace cerca de una década, la problemática se centró en definir la aplicabilidad o no de los términos de prescripción del contrato de seguro contenidos en el Código de Comercio —2 años— o, por el contrario, aplicar el término de 5 años de la acción de responsabilidad fiscal, situación que finalmente fue zanjada por la Ley 1474 de 2011 y el Consejo de Estado a favor de los términos prescriptivos de la acción de responsabilidad fiscal.

Hoy, el debate se centra en la aplicabilidad o no de ciertas cláusulas o modalidades de amparo, frente a la responsabilidad de los gestores fiscales; sin embargo, la Contraloría General ha estado presta a sostener reuniones, abrir espacios de diálogo con participación del gremio asegurador y definir escenarios de deliberación para analizar la doctrina existente en la materia, con el fin de garantizar la indemnidad del patrimonio público y, al mismo tiempo, los derechos de los aseguradores. Por ejemplo, en el mes de octubre se realizará una jornada académica, con participación de la CGR, diversas autoridades públicas, expertos y representantes del sector asegurador.

La Contraloría General continuará cumpliendo eficazmente su misión constitucional, sin perjuicio de estar abierta a escuchar las inquietudes de los diferentes sectores, en procura de garantizar el debido proceso de todos intervinientes en el proceso de responsabilidad fiscal; consciente, además, de que es el momento de abrir el debate sobre el modelo asegurador de la gestión fiscal en Colombia, pues cada vez son más recurrentes los casos en que el valor asegurado por este concepto resulta irrisorio frente a la magnitud de los recursos en riesgo.

Así mismo, dada la naturaleza misma del control fiscal (posterior y selectivo) considera esta instancia que resulta imposible que la Contraloría General de la República pueda hacer efectiva la reclamación en la vigencia de la póliza, por lo cual, la cláusula “claims made” comporta un beneficio desmedido en el cual solo percibe réditos la aseguradora, y se tomaría en una cláusula desproporcionada impuesta por la compañía de seguros, creándose a su vez, un desequilibrio de la parte asegurada del contrato (tomador, asegurado y beneficiario), por tanto la misma resulta ineficaz por desconocer normas de orden público.



Para la Contraloría, la cláusula *claims made* comporta un beneficio desmedido en el cual solo percibe réditos la aseguradora.

Está por conocerse el fallo de segunda instancia de la Contraloría en las investigaciones por responsabilidad fiscal del controvertido caso de la Refinería de Cartagena (Reficar), que en primera instancia también había vinculado a aseguradoras.



toman los empleados públicos y los miembros de juntas directivas frente a las decisiones que asumen en el manejo y control de las compañías, en especial las de capital público.

Esas pólizas tienen el objeto de proteger ante eventuales hallazgos y responsabilidades que endilguen entidades de control. Es decir, la compañía de seguros asume la defensa y los pagos según el contrato, según la responsabilidad que haya generado el funcionario.

Esas pólizas tienen vigencia de un año. Pero en el marco de las investigaciones, la falla solo podría aparecer mucho tiempo después. Entonces, ¿quién responde?, ¿El que tenía la póliza vigente en ese momento o el que tenía la póliza al momento del hallazgo?

La Contraloría tiene unos periodos de vigencia de 5 años. Después de ese plazo no podría levantar responsabilidades fiscales porque las acciones habrían prescrito. La discusión está en ese tipo de contratos: qué cubre una aseguradora cuando vende una

póliza de responsabilidad, ¿el descubrimiento de la pérdida de la vigencia o el momento en el que ocurrió el hecho?

En Colombia, desde 1997, el artículo 4 de la Ley 389 permite que las compañías de seguros vendan coberturas de ese tipo de responsabilidad que protegen el momento del hallazgo, y no el de la firma del contrato. Estas son las ya mencionadas cláusulas *claims made* o reclamo hecho.

Esta ley introduce la posibilidad de que las partes en el contrato de seguro de responsabilidad civil consagren estipulaciones para limitar la cobertura en el tiempo. "En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad, la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la

LA SITUACIÓN HA LLEVADO A QUE NO HAYA COBERTURAS PARA LOS FUNCIONARIOS Y DIRECTIVOS DE MUCHAS ENTIDADES PÚBLICAS CUYOS SEGUROS HAN VENCIDO.

vigencia del seguro de responsabilidad, siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años", señala un concepto conocido por Dinero.

Según un experto, las normas permiten otorgar el seguro de responsabilidad civil sobre la base de reclamaciones presentadas durante la vigencia de la póliza. De ese modo, institucionalizan el sistema *claims made*, sin limitar la posibilidad de convenir el cubrimiento de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. En esta modalidad, la cobertura se encuentra vinculada a la reclamación dentro de la vigencia de la póliza, independientemente de que el hecho que las origina haya ocurrido dentro de la vigencia del contrato de seguro o antes de su perfeccionamiento.

Esta es precisamente una de las preocupaciones de las empresas aseguradoras. Así quedó en los recursos de



La decisión de segunda instancia de la Contraloría en el fallo del IDU ratificó la decisión inicial de vincular a las aseguradoras La Previsora y ZLS.

reposición presentados en el caso del IDU, en los que los abogados de firmas como La Previsora argumentan esta ley en su defensa.

Sin embargo, la Contraloría tiene una posición diferente que quedó contemplada en ese mismo fallo. “Dada la naturaleza misma del control fiscal (posterior y selectivo) considera esta instancia que resulta imposible que la Contraloría General de la República pueda hacer efectiva la reclamación en la vigencia de la póliza, por lo cual, la cláusula *claims made* comporta un beneficio desmedido en el que solo percibe réditos la aseguradora, y se tornaría en una cláusula desproporcionada impuesta por la compañía de seguros; creándose, a su vez, un desequilibrio de la parte asegurada del contrato (tomador, asegurado y beneficiario), por tanto la misma resulta ineficaz por desconocer normas de orden público”, señala el documento.

Para la entidad de control, los términos de los contratos

de seguro con cláusula *claims made* no son vinculantes al proceso de responsabilidad fiscal, “por cuanto los términos en materia civil y comercial para hacer valer las garantías de la póliza son distintos a los previstos en materia de responsabilidad fiscal”, agrega en el fallo la Contraloría.

PARA LA CONTRALORÍA, LOS TÉRMINOS DE LOS CONTRATOS DE SEGURO CON CLÁUSULA CLAIMS MADE NO SON VINCULANTES AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

Y añade que al constituir una póliza que resguarda el patrimonio público del daño que puedan generar las actividades culposas o dolosas en que incurran los servidores públicos y que ocasionen perjuicios al Estado, “se protegen los intereses de la colectividad, superiores al simple interés de los particulares, gozando la garantía de un régimen jurídico especial, diverso del aplicable a las relaciones jurídicas privadas”.

Implicaciones

En los contratos de responsabilidad civil el riesgo no queda en el país, pues los cubre un reaseguro en el exterior. Con el fallo del IDU, que no tuvo en cuenta las cláusulas *claims made*, las reaseguradoras han preferido mantenerse al margen. Como explica un experto del sector, les queda muy difícil tarifar un riesgo que no está en el contrato y proviene de

la interpretación de un ente de control.

Al no conseguir el reaseguro en el exterior, las compañías en Colombia no pueden retener ese riesgo. Y si lo hacen tienen que cobrar primas muy caras por coberturas muy bajas. Incluso, algunas empresas de seguros ni siquiera cotizan porque no tienen claro el riesgo que van a asegurar.

El problema no solamente afecta a los directivos. Si no hay aseguramiento, los sancionados —como ocurre con frecuencia— se insolventan y tampoco la Contraloría tendría a quién cobrar.

Consultada por Dinero, la Contraloría General advierte que el debate se centra en la aplicabilidad o no de ciertas cláusulas o modalidades de amparo, frente a la responsabilidad de los gestores fiscales. “La Contraloría General ha estado presta a sostener reuniones, abrir espacios de diálogo con participación del gremio asegurador y definir escenarios de deliberación para analizar la doctrina existente en la materia, con el fin de garantizar la indemnidad del patrimonio público y, al mismo tiempo, los derechos de los aseguradores”, afirma en su respuesta a la revista (ver recuadro).

El país está atento al desarrollo de estas conversaciones para dar claridad a los alcances de la ley, tranquilidad a los funcionarios y directivos de entidades públicas y confianza en la vigilancia de los recursos públicos. El debate sigue abierto. **IDU**