

Infraestructura, Riesgos y Seguros

Gonzalo Sanin Posada
Encuentro Nacional Acoldece
Medellín, octubre de 2015

Contenido

- 1- Consideraciones previas
- 2- La administración de riesgos como eje central de la estructuración de los proyectos de infraestructura- Matriz de riesgos y principio de distribución.
- 3- Las garantías de los contratos estatales- Interrogantes acerca de su suficiencia y disponibilidad
- 4- Coberturas de riesgos de construcción y lucro cesante para proyectos de infraestructura
- 5- Coberturas de Responsabilidad Civil Extracontractual y de Riesgos del Trabajo
- 6- Una nota final: Los aseguradores como inversionistas o garantes en titularizaciones de APPs - “Credit Enhancement Insurance”.

1- Consideraciones previas.

En medio del debate acerca de cómo cerrar la brecha que separa nuestro país de los del “primer mundo”, se destaca dentro de las múltiples y apremiantes tareas pendientes, tales como las de mejorar el nivel del sistema educativo, invertir en ciencia y tecnología y consolidar el frágil sistema de salud y de seguridad social, la superación del atraso tan significativo de nuestra infraestructura frente a las exigencias que enfrentamos en materia de competitividad internacional.

Para los fines de esta ensayo, sobra hacer referencia a la magnitud de este atraso y más bien nos corresponde verlo como una oportunidad para el desarrollo nacional, con sus consiguientes beneficios en materia de crecimiento económico y de generación de empleo. Específicamente, corresponde enfocarnos en el impacto que este sector y sus planes en curso han de tener en el sector asegurador y en el papel que a este corresponde jugar para contribuir a su buen suceso.

Para el efecto, hemos clasificado las relaciones entre los dos sectores en función de la contribución que a los aseguradores cabe prestar, bien como garantes o protectores de los proyectos en ciernes, bien como inversionistas institucionales que, como tales, están llamados a financiar buena parte de los mismos.

Por otra parte, el alcance del término infraestructura es muy amplio, incluyendo no solamente instalaciones y equipamiento físico al servicio de la comunidad, como los de los sectores eléctrico y energético, acueductos, telecomunicaciones sino también otros activos de dominio público de sectores vitales para la comunidad como el de salud o el educativo. Incluso, hay quienes consideran parte de la infraestructura de un país, sus instituciones políticas, financieras o judiciales y hasta su ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, cualquier ensayo que pretenda cubrir todos los aspectos en que la institución del seguro se relaciona con el sistema de infraestructura apenas puede hacerlo de una manera panorámica y muy somera.

Así las cosas, es preferible limitar el alcance de este texto a aquellos desarrollos en la materia que, por su novedad, no han sido aun objeto de mayor análisis: los seguros vinculados a los llamados Proyectos de Cuarta Generación de Concesiones -4G- bajo la forma de Asociaciones Público-Privadas –APPs-, reguladas por la Ley 1508 de 2012.

Su mayor interés y actualidad resulta evidente si se considera que el referido atraso se predica con mayor urgencia respecto de los proyectos vinculados a la movilidad o a la denominada por la ley 1682 de 2013, “Infraestructura del Transporte”, tales como carreteras, vías fluviales, líneas férreas, puertos o aeropuertos, a los cuales nos enfocaremos. Por lo tanto, se dejará de lado cualquier referencia al aseguramiento de los bienes públicos vinculados a la infraestructura básica e, incluso, a los seguros relacionados con los contratos de obra pública regulados en la Ley 80 de 1993 puesto que ya han recibido suficiente análisis por autorizados autores¹.

¹ Entre ellos, véase, Los seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa, Juan Manuel Díaz-granados, Colombo Editores, 1995, páginas 15 y 16. Es oportuno recordar que entre nosotros hay obligatoriedad de asegurar los bienes del estado o de que estén protegidos por fondos especiales, de acuerdo con los artículos 101 y 107 de la ley 42 de 1993, dejando de lado la opción prevaleciente en los países desarrollados de retener los riesgos estatales que, por su multiplicidad y dispersión son susceptibles de ser absorbidos por el presupuesto nacional. La Contraloría General de la República debe verificar que estén debidamente asegurados o determinar el detrimento patrimonial correspondiente en caso de incumplimiento o imponer multas, en su caso. También se hizo obligatoria la tarea de administración de riesgos en proyectos públicos y se estableció el principio general de que el cumplimiento de los contratos estatales debe ser objeto de una garantía única e irrevocable y aprobada por dicha Contraloría, incluyendo coberturas de seriedad de oferta, cumplimiento, anticipo, salarios y prestaciones, estabilidad y calidad, así como responsabilidad frente a terceros.

En materia del tratamiento legal a las diferentes clases de concesión y de análisis de la Ley 80 de 1993, véase “El Contrato de Concesión”- Leonardo A. Bohórquez Z y Mario A. Camacho- Tesis de Grado-Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas- 2002. Y en lo

2- La administración de riesgos como eje central de la estructuración de los proyectos de infraestructura- Matriz de riesgos y principio de distribución.

La ley 1508 de 2012 consagra esta filosofía cuando define en su artículo 1º que “Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado...que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes...”, para luego incluir como requisito de apertura de procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada, “la adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, (sic) la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto” (art. 11.5). En su artículo 4º, sienta el principio general de la atribución de riesgos que es ampliamente reconocido por la doctrina: ²

“Estos instrumentos deberán contar con la eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de las mismas pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”.

La importancia de una buena administración de riesgos y de un buen aseguramiento de aquellos que son susceptibles de ser trasladados a un asegurador es crucial para conseguir su “bancabilidad” pues la garantía para los financiadores de los proyectos es muchas veces el proyecto mismo, y el éxito mismo de este tipo de proyectos. ³

que toca a los aspectos básicos del seguro de cumplimiento, la obra de fianza, Hernando Galindo Cubides, Skandia-1985

² En el mismo sentido y luego de una recomendación en el sentido de “evitar que recaigan en el promotor pues en el fondo gravarán al financiador” explica lo que hace “bancables” los proyectos mediante una distribución de riesgos que “logre alinear los intereses de inversionistas y prestamistas pues los últimos, por tener menor rentabilidad, tienden a ser mas prudentes” Véase “Memorandum- International Energy and Infrastructure-Project, Financing and Risk Allocation Issues”-Dentons-March, 2014- Lexology-

³ En un artículo recientemente publicado bajo el título de “El Financiamiento de los proyectos de infraestructura” se anota que “En los esquemas tradicionales, la garantía de los financiadores no está incorporada en una real o corporativa, sino que **se trata de respaldar la financiación con el proyecto mismo**, caso en el cual si el titular se encuentra en imposibilidad de pagar sus obligaciones, el financiador puede tomar posesión del proyecto y completarlo, pagándose con el flujo de caja que se produce” (las negrillas no son del texto). Y a renglón seguido anota dentro de los factores que determinan la “bancabilidad” de los proyectos, además de esta posibilidad recogida en la Ley 1508 de 2012, la manera en que se reciben y controlan los pagos, los “períodos de cura” para evitar que se declare la terminación por incumplimiento, el respaldo

En el documento CONPES 3760 de 2013 “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones publico-privadas-4G de concesiones viales”, se reconoce que uno de los aspectos centrales que introdujo la Ley 1508 de 2012 son los “mejores criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos para que sean asumidos por el asociado (público o privado) que cuente con mayor capacidad para administrarlos y mitigarlos.

Este documento se remite a un estudio publicado por la OECD ⁴ donde se sugiere que para mejorar las concesiones es necesario, entre otros aspectos, “...3- Aumentar la capacidad institucional para garantizar el traslado adecuado de los riesgos y disminuir las probabilidad de renegociaciones...” Y continúa: “En concordancia con lo anterior, la nueva generación de concesiones 4G incluirá los principios estipulados en la Ley 1508 de 2012 que introdujo las Asociaciones Público privadas – APP y las mejores prácticas internacionales en materia de estructuración de proyectos, con el objetivo de corregir las deficiencias anteriormente presentadas, centrándose entre otros aspectos en los siguientes puntos:

“i) Mayor maduración de estudios previos en la estructuración técnica, ambiental, social, legal y financiera del proyecto, manteniendo la delegación de la responsabilidad del diseño definitivo en el concesionario con el objetivo de incentivar la optimización del trazado, la ingeniería del proyecto y la gestión predial, social y ambiental asociada al mismo.

financiero de las entidades publicas que avalan los flujos, todo en procura de que sean los financiadores los beneficiarios prioritarios de cualquier pago, de preferencia sobre los titulares de los proyectos (...).La ley 1508 citada aquí, dispone en su artículo 30: “Asunción del contrato. En casos de incumplimiento del contratista, los financiadores podrán continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros.” Cfr.Pablo Jaramillo-Norton Rose Fulbright Colombia, Ambito Jurídico-3 de agosto de 2015, pag. 18.

A este respecto también resulta de interés la definición de Project Finance contenida en la Guía de Buenas Prácticas para la Ejecución de APPs publicada por el Ministerio de Hacienda y el DNP: “Es un método de financiamiento que permite que un determinado proyecto de inversión, dadas sus posibilidades de generar flujos de caja razonablemente previsibles y sostenibles, junto a la calidad de sus propios activos, puede ser financiado individualmente, utilizando para ello fondos específicamente conseguidos para el proyecto, sin recurso pleno a los socios promotores y empleando el mayor apalancamiento posible. Es decir que los bancos y proveedores de equity basarán su decisión de prestar dinero en el flujo de caja generado por el proyecto, sin poder exigir pago alguno de los accionistas de las compañías encargadas de llevar a cabo el proyecto; es decir, no recourse”.

⁴ Eduardo Bitran, Sebastián Nieto-Parra and Juan Sebastián Robledo, Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru, OECD Development Centre Working Paper No. 317, Abril 2013

“ii) Desembolso de retribuciones de acuerdo al cumplimiento de niveles específicos de disponibilidad y calidad de la infraestructura y de servicio. Teniendo en cuenta el análisis económico y financiero del programa 4G, se evidencia la necesidad de aplicar la estructuración por unidades funcionales, para permitir su ejecución y facilitar su financiación tanto en el mercado financiero como en el de capitales.

“iii) Mejores criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos, para que sean administrados por el asociado (público o privado) que cuente con mayor capacidad para administrarlos y mitigarlos. Una correcta administración de riesgos mejora considerablemente las condiciones de financiación”.

En punto de los proyectos de asociación de iniciativa pública, anota: “Buscando adecuar la asignación de los riesgos a la coyuntura actual, donde se plantea estimular la inversión privada dentro de los diferentes proyectos, ya sea en los contratos mismos de concesión como en la financiación de éstos, así como incorporar en la financiación de proyectos a inversionistas de largo plazo como los fondos de pensiones y aseguradoras, la Agencia Nacional de Infraestructura deberá contemplar dentro de la matriz de riesgo de cada proyecto, al menos los siguientes...:

Riesgos en Concesiones de Cuarta Generación de iniciativa pública

Riesgo

Predial

Gestión Predial

Mayores valores por adquisición predial

Obligaciones Ambientales

Gestión de licencias, consultas previas o permisos

Mayores valores por compensaciones socio-ambientales

Obras no previstas requeridas por autoridades ambientales posteriores a expedición de licencias, no imputables al concesionario

Políticos/sociales

Movimiento, reubicación o imposibilidad de instalación de casetas, por decisiones de la ANI.

Invasión del derecho de vía

Redes

Mayores valores por interferencia de redes

Diseño

Mayores valores derivados de los estudios y diseños

Construcción/ Operación y mantenimiento

Variación de precios de los insumos

Cantidades de obra

Comercial

Menores ingresos por concepto de peaje

Liquidez

Liquidez en el recaudo de peajes

Riesgo de liquidez general

Financiación

Obtención del cierre financiero

Condiciones (plazo, tasas) y liquidez

Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría por razones no atribuibles al concesionario

Cambiario

Variaciones del peso frente a otras monedas

Regulatorio

Compensaciones por nuevas tarifas diferenciales

Cambios en normatividad

Cambios en especificaciones técnicas (Tecnología de recaudo electrónico de peajes)

Túneles

Mayores cantidades de obra

Fuerza Mayor

Eventos eximentes de responsabilidad en la adquisición predial

Eventos eximentes de responsabilidad por interferencia de redes

Fuerza mayor por demoras en la obtención de licencias ambientales, no imputables al concesionario

Costos ociosos por eventos eximentes de responsabilidad

Eventos asegurables

Eventos no asegurables

Fuente: Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

Una matriz muy similar se dispone para las APP de iniciativa privada, en ambos casos con la idea de orientar el cumplimiento de la referida obligación legal de hacer una adecuada gestión de riesgos como requisito de cualquiera de estos proyectos.

Al revisar estas matrices, salta a la vista que contienen riesgos de muy variado tipo, de orden financiero, legal, ambiental, político, comercial y aun estratégicos y tan solo al final hacen referencia a los riesgos asegurables, de ordinario llamados puros, cuya característica principal es su imprevisibilidad al estar vinculados a causas accidentales que causan pérdidas y que son de ordinario materia del seguro comercial. Sin embargo, tal como lo veremos adelante, existen múltiples coberturas ofrecidas por entidades aseguradoras que amparan otros riesgos, principalmente de naturaleza política o financiera, aunque no son usuales y no están generalmente disponibles en nuestro medio.

Como anotamos al inicio de este ensayo, su enfoque está necesariamente limitado a aquellos riesgos que son susceptibles de ser asegurados y que han sido considerados como obligatorios para las referidas APPs.⁵

⁵ En el documento "Buenas Prácticas en Contratación Estatal- Metodología para la correcta estructuración de Asociaciones Publico Privadas", elaborado por Juan M. Urueta R. y publicado por la Imprenta Distrital, Bogotá 2012, se encuentran algunos criterios para la asignación de riesgos. Al respecto, destacamos estos apartes: "Contrario a lo que sucedió en el pasado reciente en Colombia, la experiencia internacional ha demostrado que se debe buscar la "óptima" locación de riesgos y no su máxima transferencia el contratista, puesto que hacer lo segundo conlleva problemas de sostenibilidad del proyecto a largo plazo y una seguras renegociaciones en el corto o mediano plazo. Tampoco se pueden asignar la mayoría de riesgos al Estado, como sucedió en las concesiones de primera generación, pues el resultado esperado tampoco es benéfico para el interés común." En esta cartilla se ponen de presente algunos elementos para la transferencia de riesgos diciendo que " debe ser proporcional i) a la cantidad de información con la que se cuente para su mitigación, ii) A las capacidades de los contratistas para su administración, iii) A la existencia del mercado de garantías que constituyan soporte o respaldo financiero y iv) Al adecuado nivel de remuneración del contratista". Y concluye que "en ese sentido no puede

3- Las garantías de los contratos estatales- Interrogantes acerca de su suficiencia y disponibilidad

De una manera por lo demás didáctica, el artículo 110 del D 1510 de 2013 ⁶ clasifica los riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación pública con ocasión de:

- la presentación de las ofertas;
- los contratos y su liquidación; y
- los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades estatales, derivados de la responsabilidad extra-contractual.

Así mismo, en su artículo 111 dispone que las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son: ⁷

1. Contrato de seguro contenido en una póliza.
2. Patrimonio autónomo.
3. Garantía Bancaria

Y, por último, en su artículo 112, luego de sentar el principio general de que la garantía de cobertura del riesgo es indivisible, permite que para los contratos con un plazo mayor a cinco años puedan cubrir los riesgos por cada etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional, de acuerdo con lo previsto en el contrato y adoptando un

perderse de vista que... en materia de proyectos de inversión en infraestructura: la remuneración a pagar es una función del riesgo transferido (asumido por el privado) y por otro lado, del costo de oportunidad que asumen los inversionistas privados al realizar la respectiva inversión". Por último se remite a algunas recomendaciones hechas por el documento CONPES 3714/2011 para la distribución de riesgos: Riesgos asumidos por la entidad: riesgo económico, regulatorio y ambiental (compartido); Riesgos asumidos por el sector privado: riesgos sociales y políticos, operacional, financiero, de la naturaleza y tecnológico."

⁶ Este decreto fue compilado por el D 1082 de 2015- Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional- Sin embargo, por facilidad y dada la extensa nomenclatura de este último, en algunas referencias de este trabajo mantendremos la cita de las normas originales.

⁷ Según el art.116 numeral 3 del citado decreto 1510, las coberturas de este amparo son los perjuicios sufridos por la entidad estatal contratante por incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso. También los daños por entregas parciales de obra de las obligaciones contractuales, las multas y la cláusula penal.

sistema de pre-aviso de no continuidad de la garantía que exonera de la caducidad en estos casos.⁸

Este fraccionamiento en etapas de los contratos para efectos de las garantías ha recibido críticas mas que comprensibles pero evidentemente se trata de una alternativa ineludible en la práctica y que para las grandes obras tipo las concesiones 4G harán que con frecuencia se emitan varias garantías, una para la fase de diseño, otra para la de construcción y una final para la de operación.

El mecanismo es evidentemente deficiente pues deja abierta la posibilidad de que el contrato quede desprovisto de garantía en etapas intermedias, haciendo así necesaria - al menos en principio- su terminación anticipada y su ulterior liquidación aun si su marcha fuera normal, aunque sin que se generen consecuencias negativas para el contratista como sería la declaratoria de caducidad por incumplimiento.

Este tratamiento, en apariencia excesivamente benévolo, se origina en el reconocimiento de una clara aversión del mercado asegurador y bancario a comprometerse con garantías más allá del corto plazo. En efecto, son ampliamente conocidas las dificultades que surgen de cara al afianzamiento de los grandes proyectos, principalmente por la limitada capacidad del mercado internacional de seguros y de las evidentes restricciones que tiene el sistema bancario para otorgar las garantías⁹

⁸ Esta modalidad quedó reglamentada así: "1. La Entidad Estatal debe exigir una garantía independiente para cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual o cada unidad funcional en el caso de las Asociaciones Público-Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual respectivo. 2. La Entidad Estatal debe calcular el valor asegurado para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional, tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de las garantías establecidas en el presente decreto. 3. Antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente. Si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía. Si el garante de una Etapa del Contrato o un Periodo Contractual decide no continuar garantizando la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Periodo Contractual en ejecución. Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Periodo Contractual subsiguiente."

⁹ Anota Diaz-Granados, "Sin embargo, en el mercado mundial de reaseguros no es posible encontrar coberturas por periodos superiores a dos o tres años, lo cual no

Las garantías bancarias no constiruyen una alternativa realista a tales deficiencias de capacidad pues tienen como desventaja que afectan los cupos de crédito de los contratistas, elevan su nivel de endeudamiento, presentan costos mas elevados. Aunque en principio las coberturas a primer requerimiento son preferidas por los entes públicos y por los financiadores y ya prevalecen o se vienen expandiendo en ciertos países latinoamericanos como Ecuador y México, en nuestro medio se restringen a las garantías bancarias pues las previsiones del Código de Comercio, especialmente su artículo 1077 las excluyen de los seguros de cumplimiento. Por lo demás, dicha modalidad deja sin mayor capacidad de defensa a quienes las toman, aumentando la probabilidad de siniestro frente a las garantías de seguros que tienen causas muy específicas y procedimientos que hacen menos factible su ejecución precipitada o injustificada.

Basta tener presente el antecedente de una importante obra- el túnel de La Línea- que debió aplazarse durante varios años por carencia de este tipo de coberturas, para entender que en forma recurrente se hayan venido flexibilizando las exigencias en esta materia, sobretudo cuando los mercados externos entran en ciclos que limitan severamente su capacidad ¹⁰

El mas reciente alivio en este frente tuvo lugar con el D. 1510 de 2013, en cuyo artículo 121 se suavizaron considerablemente los criterios de suficiencia de las diferentes coberturas. De esta forma se eliminó el sistema alternativo de carácter subjetivo que había adoptado el decreto 734 de 2012 en que se exigía un amparo de cumplimiento del 10% del

permite a las aseguradoras garantizar contratos de concesión de plazos mayores. Desde el punto de vista técnico la operación aseguradora es viable si cuenta con el apoyo del reaseguro...sobretudo cuando la garantía que expide no puede ser revocada por ésta” op.cit. p.71.

¹⁰ En una presentación de Fasecolda se sintetizan las principales dificultades:
“a)La complejidad, la cuantía o la duración de muchos contratos estatales, así como la inflexibilidad en los amparos, vigencias y valores asegurados requeridos, hace imposible o muy difícil y costosa la consecución de las correspondientes garantías, por el tamaño del riesgo o las limitaciones legales como la retención de las compañías limitada al 10% Patrimonio Técnico, que les impiden asumir directamente el riesgo, siendo necesario acudir al mercado reasegurador que impone sus propias condiciones y limitaciones. b) La concepción del término garantía única: Ha generado confusión y ha resultado ser un obstáculo para el aseguramiento de riesgos especialmente complejos, toda vez que en una misma póliza se incluyen varios riesgos diferentes, liquidados sobre valores distintos, y con vigencias que no son iguales, esto es amparos múltiples con valores de primas diferentes, razón por la cual técnicamente no es aceptada por los reaseguradores con facilidad. En los proyectos para el desarrollo de infraestructura comprende (sic) actividades y, por ende, riesgos de muy variadas naturaleza y cuantías, difícilmente pueden ampararse con una misma garantía. Fasecolda- Documento página web- Régimen de Garantías y Seguros en el D. 222 de 1983-junio de 2007.

valor del contrato como mínimo y, para darle flexibilidad en casos de mayor complejidad y tamaño superior al millón de SMMMLV, se permitía reducirlo siempre y cuando los cambios se encontraran debidamente justificados y soportados en los estudios y documentos previos (parágrafo artículo 5).

El siguiente cuadro resume los criterios adoptados por el citado decreto 1510 (se anotan los artículos del D. 1082 de 2015 en que quedaron recopiladas estas normas):

AMPARO	TERMINO DE VIGENCIA	MONTO MINIMO
1-Seriedad de oferta art. 2.2.1.2.3.1.9	Presentación de oferta hasta aprobación de la garantía de cumplimiento	10% del valor de la oferta, excepto que sea (valores en SMMLV) -1 a 5 millones: 2.5% -5 a 10 millones: 1% -Mas de 10 millones: 0.5%
2-Buen manejo y correcta inversión del anticipo- Art. 2.2.1.2.3.1.10	Hasta la liquidación del contrato o amortización del anticipo	100% de la suma anticipada
3-Pago anticipado art- 2.2.1.2.3.1.11	Hasta la liquidación del contrato o el cumplimiento de todas las actividades	100% del pago anticipado
4-Cumplimiento art.2.2.1.2.3.1.12	Hasta la liquidación del contrato	Igual que en 1- para seriedad de oferta
5-Salarios y prestaciones, -	Plazo del contrato y 3	5% del valor del contrato

art.2.2.1.2.3.1.13	años mas	
6-Estabilidad y calidad de la obra- art.2.2.1.2.3.1.14	5 años desde la entrega salvo justificación técnica	Debe determinarse en función del objeto, valor, naturaleza y obligaciones
7-Calidad del servicio-art. 2.2.1.2.3.1.15	Debe determinarse en función del objeto, valor, naturaleza y obligaciones. El del 6- para interventoría (estabilidad)	Debe determinarse en función del objeto, valor, naturaleza y obligaciones
8-Calidad de bienes- art.2.2.1.2.3.1.16	Debe determinarse en función del objeto, valor, naturaleza y obligaciones, la garantía mínima presunta y vicios ocultos	Debe determinarse en función del objeto, valor, naturaleza y obligaciones.
9-RCE- art2.2.1.2.3.1.17.	Igual al periodo de ejecución	(en SMMLV): 200 para un valor del contrato menor de 1.500; 300 entre 1.500 y 2.500; 400 entre 2.500 y 5.000; 500 entre 5.000 y 10.000. Si es mayor de 10.000 el 5% con máximo de 75.000 de límite asegurado

Es evidente y debe ser motivo de preocupación que, en casos de incumplimiento severo y de mayor cuantía, los valores para el amparo de cumplimiento puedan resultar excesivamente bajos e insuficientes para resarcir los perjuicios generados al estado, tanto por los costos para re-adjudicar la obra como por los sobrecostos

que eventualmente puedan ofrecer los proponentes sustitutivos, para no hablar de las consecuencias menos tangibles pero reales de la falta de disponibilidad de la obra para la comunidad.

No obstante, en las concesiones de cuarta generación- G4 se minimiza este impacto como consecuencia de haberse eliminado la entrega de anticipos, ya que por definición del art. 5 de la Ley 1508 de 2012, el derecho a la retribución está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura. Esta modalidad contractual claramente traslada los riesgos financieros a los concesionarios que ya no reciben ningún reconocimiento sino al entregar a satisfacción obras que puedan considerarse disponibles o sean “unidades funcionales”. Es esta una muy acertada medida con la que se busca evitar los frecuentes fraudes a las arcas estatales, así como obras inútiles, no funcionales, verdaderos elefantes blancos en la jerga de la obras de ingeniería ¹¹

Tales consideraciones tan solo aminoran la gravedad del descubierto de las garantías de las grandes concesiones, si se considera que los mayores perjuicios generados por una situación de incumplimiento son de orden social y, por ende,

¹¹ La ANI ha enfatizado que para garantizar el éxito del programa, diseñó un esquema de financiación diferente al que venía operando en que el Estado proveía los recursos para la ejecución de los proyectos. Claramente en el nuevo sistema el concesionario tiene que hacer un mayor esfuerzo económico, asumir más riesgos y conseguir la mayor parte de la financiación. Los aportes del Estado, a través de vigencias futuras y peajes solo se harán en la medida en que vayan entregando las denominadas unidades funcionales, definidas por el decreto 1082 de 2015 (art. 2.2.2.1.1.2) como el “Conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del Proyecto de Asociación Público Privada” Y en su artículo 2.2.2.1.2.1 señala que “...la infraestructura está disponible cuando está en uso y cumple con Niveles de Servicio y los de Calidad establecidos en el respectivo contrato.(Decreto 1467 de 2012, art. 4)”. Y agrega en el artículo 2.2.2.1.2.2: “En los proyectos Asociación Público Privada el derecho del asociado privado a recibir retribuciones está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al Cumplimiento de los Niveles de Servicio, y Estándares de Calidad. En los contratos para ejecutar dichos proyectos podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, previa aprobación del ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando el proyecto se encuentre totalmente estructurado y cumpla con las siguientes condiciones: 1. El proyecto haya sido estructurado en etapas contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la unidad que se va a remunerar esté disponible y cumpla con los niveles de servicio y estándares de calidad previstos para la misma. 2. El monto del presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional de infraestructura sea igual a superior a cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000 SMMLV).”

En sentido contrario, se ha dicho que “la definición y tratamiento actual de las Unidades Funcionales de Infraestructura como unidad de pago por las obras construidas, excluye en la práctica la posibilidad de desarrollar algunos proyectos de infraestructura por imposibilidad de acceso temprano a financiación estatal”, calificándolas como “camisas de fuerza...que terminan encareciendo los proyectos...”-Cfr. Nayhara Herazo Cerra, “Importancia de la Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP) en los Proyectos de Infraestructura Vial en Colombia”, Universidad de Medellín, 2014, p. 38 y 42.

trascienden la esfera financiera, al privar del beneficio de su uso a la comunidad. Evidentemente, en obras de gran magnitud en lugar de estas irrisorias coberturas- hasta de tan solo un 0,5%- deberían exigirse valores como los que se usan en países desarrollados, incluso hasta por el 100% del valor de los contratos. Esto le permitiría al seguro de cumplimiento cumplir a cabalidad su función protectora, por ejemplo estimulando y haciendo viable que los aseguradores sustituyan a los contratistas fallidos o incumplidos. Así las cosas, con los valores hoy exigidos es muy probable que los aseguradores prefieran limitarse a aceptar su pago, sin mayores esfuerzos para intentar, de consuno con los financiadores de los proyectos, “curar” los incumplimientos.

Por último, en el mismo decreto- compilado por el ya citado 1082- se recogen algunos aspectos que procuran subsanar ciertas deficiencias observadas en la operatividad práctica de estas garantías y que claramente se justifican por la naturaleza de contrato administrativo que la jurisprudencia le ha reconocido al seguro de cumplimiento de contratos estatales, entre otras razones porque “resulta indiscutible ...que ambos contratos participan de una misma y común finalidad, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales” ¹²

- Independencia de los amparos- No se pueden acumular –art. 2.2.1.2.3.2.1.
- Cesión del contrato a favor del garante, previa constitución de nuevas garantías- art .2.2.1.2.3.2.2. (art.130).
- Exclusiones aceptables: únicamente la causa extraña, los daños causados por el contratista a bienes estatales ajenos al contrato, el uso indebido y la falta de

¹² El Consejo de Estado en esta sentencia hace un prolijo análisis de este tipo de garantías. Extractamos un par de apartes que resumen lo sustantivo de esta providencia:

“Esa evolución explica que los contratos que celebra la administración estén, al menos en principio, regulados por aquellas normas del derecho común elaboradas para regular la contratación entre particulares, porque así lo han sido tradicionalmente, y además pero de manera especial, por las normas de contratación administrativa que creó el legislador específicamente para ese tipo de contratos, con el fin de sustraerlos total o parcialmente a la aplicación de ese régimen ordinario.

“Ésa misma evolución explica la aparición de figuras tan propias de la contratación pública, como la terminación anticipada y unilateral del contrato o la caducidad administrativa, nacida en principio como sanción de la administración al contratista incumplido, carácter que aún conserva, pero ahora extendida además a otras situaciones que no constituyen reproche para el contratista particular; como la facultad de dirección y control de la administración sobre la ejecución del contrato; como el poder de modificación unilateral , o "jus variandi", del objeto del contrato; como el poder sancionador de la administración, para premiar al contratista; como el poder de liquidar y cobrar directamente al contratista, sin acudir a los jueces, los perjuicios derivados de su incumplimiento; etc. A estas facultades se les denomina "cláusulas exorbitantes." Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera-Radicación 25000-23-26-000-2002-01362-01(27816)-10 de julio de 2013-M.P. Mauricio Fajardo.

mantenimiento a que está obligado el ente estatal y el deterioro normal por el transcurso del tiempo-art. 2.2.1.2.3.2.3 (art.131).

- Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en incumplimientos parciales-art. 2.2.1.2.3.2.4 (art.132).
- Inoperancia de la terminación automática por mora en el pago de la prima e irrevocabilidad unilateral por la aseguradora-art. 2.2.1.2.3.2.5 (art.133) ¹³.
- Inoponibilidad de las excepciones por conductas del tomador al asegurado- art. 2.2.1.2.3.2.6 (art.134).

Un aspecto en esta materia que amerita ser analizado con mayor detalle es el alcance que pueda dársele ante siniestros parciales, bien por incumplimiento o mal uso del anticipo, a lo dispuesto por el artículo 127 del decreto 1510 de 2013 (D. 1082-art. 2.2.1.2.3.1.18), en punto al restablecimiento o ampliación de la garantía en el sentido de que “cuando con ocasión de las reclamaciones efectuadas por la Entidad Estatal, el valor de la garantía se reduce, la Entidad Estatal debe solicitar al contratista restablecer el valor inicial de la garantía”.

Específicamente cabe preguntarse la forma en que operaría esta norma, de cara a la limitación de valores que las aseguradoras incorporan a sus coberturas. Bien cabría pensar que al no aceptar el restablecimiento se generaría una nueva situación de incumplimiento contractual.

¹³ Ha dicho la Corte que “La terminación automática del seguro de cumplimiento por mora en el pago de la prima aparejaría que la aseguradora, en su calidad de garante, se desligara de su obligación por una situación atribuible al afianzado, dejando sin protección al acreedor, quien estaría permanentemente expuesto a la aniquilación de la convención, sin ni siquiera tener noticia de ello, desde luego que esa peculiar forma de extinción no exige ser declarada, pues opera ipso iure”. Y agrega que “Sería... no solo contrario a la naturaleza de esa garantía, sino también inequitativo, que quien quiso cautelar un perjuicio derivado del eventual incumplimiento de las obligaciones de las que es acreedor tenga que soportar en este otro plano las consecuencias del comportamiento de su deudor. Por consiguiente, si el asegurador expidió la póliza y/o sus anexos sin que hubiese sido cancelado el valor de la prima, el camino que tiene delante de sí no es otro que el de perseguir su recaudo, pero en modo alguno podrá echar mano del aludido mecanismo para librarse de su compromiso”. (CSJ, Cas. Civil, Sent.dic.18/2009, Rad. 2001-00389. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).~

Y en el aspecto de la irrevocabilidad unos años atrás había señalado: “A la verdad, si se conviene en que es la naturaleza misma del seguro de cumplimiento la que se opone a que el antojo de cualquiera de las partes le dé finiquito, allí deben quedar comprendidos por igual el asegurador y el tomador. No se descubren razones serias para entrar en distingos y proporcionar tratamientos desiguales. Si ha sido práctica común la de que la persona del deudor pague la prima y se ha llegado hasta que sea ella misma la que resulte tomando el seguro, inicuo fuera permitir que el asegurado quede a merced de la actitud caprichosa y aun aviesa de ese tomador. Odioso sería que se patrocinara que la garantía se reduce a si él “quiere” o le “parece bien””. (CSJ, Cas. Civil, Sent.mayo2/2002, Exp. 6785. M.P. Manuel Ardila Velásquez).

Para concluir este acápite no puede soslayarse que los aludidos esfuerzos para acomodar a una realidad ciertamente compleja del mercado asegurador deben ser reversados tan pronto como las circunstancias lo permitan. De lo contrario estas soluciones de justificada estirpe pragmática, desencadenarán serias consecuencias, con contratos terminados por la única causa de no contar con respaldo asegurador para una etapa intermedia o para restablecer los valores asegurados luego de un siniestro grave. Y peor aún, contratos frustrados que no encuentren posibilidades de ser “curados”, por el nulo incentivo que motive a los garantes a involucrarse para sacarlos adelante, dados los irrisorios montos asegurados.

4. Coberturas de riesgos de construcción y lucro cesante para proyectos de infraestructura

A diferencia de los contratos de obra pública o de los de concesión anteriores a G-4 que dejaban a discreción de los contratistas y sus financiadores la contratación de seguros sobre las obras, en el nuevo régimen la ANI exige tomar pólizas diseñadas específicamente para ellas y que se extienden de una manera integral a todas las fases de los proyectos, comprendiendo las de diseño, construcción y operación.

Como tomador y, por tanto, obligado al pago de la prima, se define al contratista/concesionario, como asegurados se “denominan colectivamente” a la ANI y a los mismos tomadores y, como beneficiarios a la ANI y/o al concesionario, sus contratistas y subcontratistas. Aunque nada se dice al respecto, cabría preguntarse si resultaría de recibo para la Agencia del ramo que se incluyeran también como beneficiarios los proveedores de financiación, aspecto que puede ser de importancia para lograr el cierre financiero de algunos proyectos.

Para proteger el interés de la ANI, se le permite asumir el pago de la primas, obviamente con cargo al asegurado, en caso de mora de este, lo mismo que se le garantiza que no opera la revocatoria sin que medie aviso a dicha Agencia, con al menos 90 días de antelación.

La póliza se denomina Póliza de Seguro de Obras Civiles- ANI, y se constituye en una combinación de las coberturas tradicionales de “Todo Riesgo Construcción” y de Obras Civiles Terminadas. Las coberturas básicas, de uso obligatorio, comprenden amparos de daños materiales en la modalidad de “riesgos nombrados” en la Sección I que cubre las obras civiles ya existentes que les sean entregados a los concesionarios y en la de “todo riesgo” para bienes existentes diferentes de las obras civiles. Para la II que versa sobre la construcción, reparación, rehabilitación y/o mejoramiento utiliza la de “riesgos

nombrados” y en la III que ampara los equipos y maquinaria de construcción- y que es de contratación opcional, la de “todo riesgo”.

Como cobertura integral que busca proteger en especial al estado, debe hacerse sin solución de continuidad, dispensando protección sobre las obras y activos pre-existentes, el transporte terrestre de materiales, repuestos y equipos, su almacenamiento y las obras que se vayan desarrollando en su fase constructiva, hasta cubrirlas cuando ya estén en plena operación. Por lo demás, la póliza es muy amplia y flexible, con coberturas a valor de reposición a nuevo y permitiendo extender coberturas al lucro cesante, incluyendo aquel relacionado con las demoras e iniciar operaciones (DSU), lo mismo que riesgos excluibles como el amparo de Huelgas, Motín, Asonada, etc. (HMACC) y terrorismo. También ofrece amparos muy usuales en los seguros para la construcción, tales como los de Remoción de Escombros”, Flete Aéreo, y Gastos de Preservación, demostración de pérdidas y reposición de planos.

La aludida transición de coberturas, llamada por algunos “sistema de migración automática” se establece en forma expresa al prever que los bienes “recibidos o puestos en servicio antes de la fecha de terminación entren automáticamente a ser amparados bajo la Sección I, esto es, la que versa sobre las obras y bienes ya existentes. De esta manera, se despejan eventuales vacíos de cobertura característicos de este tipo de seguros, cuando dejan de tenerla por su terminación en las pólizas de construcción (CAR) y aun no ingresan a la de activos en operación.

Para la determinación de los valores asegurables, cada contratista debe hacer una inspección a la zona, bajo la asesoría de su compañía de seguros para determinar el valor inicial del cubrimiento, mientras se hace un estudio de pérdida máxima probable, que es el que define el verdadero monto de la póliza, proceso que se realiza en la fase de pre-construcción” ¹⁴

Esta posibilidad, de muy extendido uso para optimizar costos mediante el aseguramiento con herramientas probabilísticas, quedó incluida en el Parágrafo de la sección 3.2.1 así: “Los valores asegurados podrán determinarse con base en la modalidad de pérdidas máximas, siempre que el concesionario haya presentado...un estudio de gerencia de riesgos que haya determinado y justificado técnicamente las pérdidas máximas y que el estudio haya sido aprobado por la ANI.”

¹⁴ En un artículo, “Seguros para las obras 4G pueden salir mas costosos de lo previsto”-El Tiempo junio16 de 2015, Economía y Negocios, p.1. se plantean preocupaciones con relación a las dificultades para asegurar por etapas estos proyectos, cuandoquiera que se presenten siniestros que generen incertidumbres para las fases posteriores que desanimen a los eventuales interesados en suscribirlos.

Desde el punto de vista de las entidades estatales estas coberturas, si bien pueden resultar adecuadas y sin duda constituyen un gran avance frente al enfoque tradicional, no dejan suficientemente protegidos los intereses asegurables de los contratistas o de sus financiadores, en particular en lo atinente al excedentes de lucro cesante o a algunos tipos de defectos de diseño o cálculos, responsabilidad civil profesional y otros que están excluidos de la póliza tipo, bien sea como riesgos o como bienes excluidos (aviones, automotores, embarcaciones, principalmente), haciendo recomendable considerar su contratación, ya como coberturas voluntarias y no de forzosa contratación.

En este punto cabe referirse a las frecuentes confusiones que nacen del uso de la expresión “todo riesgo” en cuanto al alcance de la cobertura, en el sentido de que, no obstante dicha expresión, existen ciertos riesgos que la póliza no cubre y que, por ende, deben ser analizados para su eventual protección con otras pólizas.

A favor de la modalidad de “todo riesgo” se han pronunciado autores de los quilates de J.Efrén Ossa, quien consideraba que “no es posible subestimar las conveniencias de este tipo de pólizas...” que significan “economía en los trámites del seguro, y aun en las primas, gracias a la simplificación de los gastos”. Y agregaba que su uso “unifica la relación contractual y...hace mas fácil el cumplimiento de las obligaciones que ella genera”.¹⁵

Y en la posición contraria encontramos autores como Osvaldo Contreras quien señala que “no resulta posible concebir un seguro que cubra “todo riesgo”, en un sentido absoluto...” y agrega que su extendido uso “tiende a confundir al público...”¹⁶

En cualquier caso, tal como lo expresa la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958, “lo que interesa es ...es que se definan de tal modo que no quede duda respecto de los riesgos cubiertos y de los riesgos excluidos”¹⁷

En la obra “Project Finance in Theory and Practice”¹⁸, dedicada al análisis de proyectos de concesión, se incluyen listas de las coberturas disponibles para las distintas etapas de los proyectos de infraestructura que pueden ser útiles a la hora de analizar su suficiencia desde el punto de vista ya no reglamentario sino

¹⁵ Teoría General del Seguro-El Contrato-Temis, Bogotá, 1991, pág. 283.

¹⁶ El Contrato de Seguro- La Ley Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2002, pags. 62 y 63.

¹⁷ Cita tomada del artículo de mi autoría “El Contrato de Seguro de Transporte” incluido en la obra “Ensayos sobre Seguros”, Fasecolda, Bogotá, 1992, pag 489.

¹⁸ Stefano Gatti-Project Finance in Theory and Practice: designing, structuring, and financing private and public projects-Second Edition-2012-Academic Press

empresarial o desde la perspectiva de los financiadores de los proyectos (la traducción y adaptación es libre):

a) Productos de seguros que proveen coberturas financieras normalmente aplicables cuando el proyecto está ubicado en un país diferente al del promotor y financiador:

- Falta de pago por causas políticas o comerciales

- Riesgos políticos para la inversión por inconvertibilidad de monedas, expropiación, guerra y otros conflictos políticos

- Incumplimiento de recompra de activos concesionados- Frustración del contrato por ejercicio indebido de garantías o falta de suministro de partes necesarias para el proyecto

- Garantías de titularizaciones para concesiones (Credit Enhancement)

- Coberturas paramétricas tipo bonos de catástrofe con índices para activarlas en casos de desastres naturales

b) Productos de seguros para la fase de construcción

- Transporte marítimo para materiales, planta y equipo

- Lucro cesante por demoras en el arranque del proyecto (Delay in Start Up) y por causas bien de accidentes en el transporte o riesgos terrestres.

- Responsabilidad civil extracontractual, incluyendo daños por contaminación

- Responsabilidad civil patronal y de riesgos de trabajo-Todo riesgo de construcción (CAR) o montaje (EAR)

- Equipos y maquinaria

- Fuerza mayor, incluyendo eventos como incendios fuera del sitio de obra, huelgas o hechos del príncipe.

c) Productos de seguros para la fase de operaciones

- RC Directores y administradores

- Todo riesgo propiedades

- Lucro Cesante

- Responsabilidad civil extracontractual, incluyendo en ciertos casos RC productos

- RC patronal

- RC por contaminación ambiental

5. Coberturas de Responsabilidad Civil Extracontractual y de Riesgos del Trabajo

En una de sus mas afortunadas innovaciones, el nuevo régimen recogido en el D. 1510 de 2013 establece como principio general la exigencia de una póliza de este tipo en los contratos de obra, y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario con ocasión de los riesgos del contrato, para cubrir reclamaciones por responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista y subcontratista, salvo que cuenten con un seguro propio en que la entidad estatal sea incluida como asegurado (art 117- o 2.2.1.2.3.1.8. del D.1082).

La póliza debe ser autónoma y con valores adicionales, con lo cual ya no se limita a ser un amparo adicional de la que se expida cubriendo los riesgos de construcción como ha sido usual en nuestro medio. De esta forma, casos de extrema gravedad como el registrado hace unos excavadora sobre un bus escolar, al menos ya encontrarán años al caer una máquina coberturas apropiadas de seguros.

Este mismo reglamento dispone en su artículo 137 (2.2.1.2.3.2.9 del D. 1082) que estas coberturas deben hacerse bajo la modalidad de ocurrencia, e incluir al ente estatal como asegurado y beneficiario, lo mismo que a los terceros afectados en esta última condición. Y define que solo son admisibles coberturas amplias:

“3: El amparo de responsabilidad civil extracontractual debe contener además de la cobertura básica de predios, labores y operaciones, mínimo los siguientes amparos, cada uno en forma expresa :

- a) Perjuicios por daño emergente y lucro cesante.
- b) Perjuicios extra patrimoniales.
- c) Responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.
- d) Amparo patronal.
- e) Vehículos propios y no propios.

De otra parte, no serán admisibles las franquicias, coaseguros obligatorios ni “demás formas de estipulación que impliquen la asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada” (art.138 o 2.2.1.2.3.2.10 D.1082). Por último, en su artículo 139 (2.2.1.2.3.2.11 D. 1082) prevé que la entidad estatal exija un seguro que ampare la responsabilidad del contratista por daños a los bienes de la Entidad Estatal.

No sobra anotar que los trabajadores contratados para la ejecución de las obras en estos proyectos deben estar afiliados a una Administradora de Riesgos

Laborales-ARL para cubrirlos de los riesgos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, amparos que estarán complementados por los de responsabilidad civil patronal que también son de obligatoria contratación como se anotó antes.

6- Una nota final: Los aseguradores como inversionistas o garantes en titularizaciones de APPs - “Credit Enhancement Insurance”.

Una novedosa fuente de financiación para obras de infraestructura, surge de la titularización de activos vinculados a este tipo de proyectos, generalmente cuando ya se encuentran generando flujos de caja positivos, en su fase de operación. Los concesionarios tienen interés en generar recursos para emprender nuevos proyectos, por lo que optan por ofrecer unidades a inversionistas institucionales que, como las aseguradoras de rentas vitalicias o seguros de vida individual, requieren instrumentos de inversión de largo plazo que les permitan “calzar” sus responsabilidades.

No obstante, para que estas inversiones sean admisibles según las regulaciones legales, deben contar con calificaciones de riesgo muy altas, tipo AAA o equivalente, con lo cual se requiere que los flujos sean garantizados por una entidad financiera que por su fortaleza y solvencia pueda transmitirle dicha calificación. Este tipo de garantías son de difícil obtención pero ocasionalmente han sido otorgadas incluso en algunos países de América Latina por entidades multilaterales, instituciones de promoción de exportaciones de países desarrollados con interés en respaldar a sus empresas de construcción de infraestructura e incluso por aseguradoras internacionales especializadas en seguros de crédito.

Así, en esta modalidad, las aseguradoras no solamente apoyan la infraestructura suscribiendo dichas unidades como inversionistas, sino que tienen la opción de extender la cobertura o garantía conocida en el entorno asegurador internacional como “credit enhancement” .¹⁹

Para atraer a este tipo de inversionistas institucionales, especialmente a las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFPs a la financiación de las APPs, el Decreto 816 de 2014 logra un esquema similar al anotado en el acápite anterior pues les permite invertir desde la fase de construcción, parte de sus reservas técnicas y portafolio, en fondos de

¹⁹ Refiriéndose a esta modalidad de seguro, la obra de Stephano Gati, Project Finance ya citada expresa: “ Este seguro...ha estado bajo fuerte presión a raíz de la reducción de las calificaciones de riesgo de muchos aseguradores especializados producto de la crisis financiera de 2008” (traducción libre) p. 109.

deuda creados para ese efecto, con elevadas rentabilidades y acotando los niveles de riesgo.

Según la Financiera de Desarrollo Nacional –FDN las principales maneras de limitar dichos riesgos son:

- Los préstamos se deben manejar dentro de "vehículos" diseñados para el manejo de "fondos de deuda" que tendrán prioridad de pago, sin subordinación a otros acreedores.
- Límites entre el 5% y el 7% del total invertido, según el nivel de riesgo del sub-fondo de la AFP.
- Deben invertir en forma diversificada en varios proyectos de infraestructura.
- Deben ser administrados por gestores independientes y con experiencia y capacidad de interventoría de los proyectos
- Se cuenta con el respaldo de la Nación, mediante vigencias futuras.²⁰

Apéndice

Algunos consejos para los practicantes en proyectos de concesión

En el ya referido artículo publicado en el sitio web de Lexology bajo el título "Memorandum- International Energy and Infrastructure-Project, Financing and Risk Allocation Issues" se incluyen algunas pautas muy útiles en este campo, las cuales hemos traducido y adaptado así:

"Un proyecto de recursos limitados es un rompecabezas en que todas las piezas deben encajar bien para que pueda tener éxito"

1-Hacer una debida diligencia del proyecto en su etapa preliminar, incluyendo su estructura económica y las partes.

2-Elegir asesores legales y financieros en forma temprana para que hagan el análisis riesgos detallado.

3- Acordar con los asesores los presupuestos, técnicos, legales y financieros mínimos y atender desde temprano a la distribución de los riesgos identificados.

²⁰ "Invertir en infraestructura: un buen negocio para los colombianos"- Clemente del Valle- Presidente de la FDN, La República, 28 de agosto de 2015- pág.13

4-Convenir memorandos de entendimiento con las contrapartes claves (proveedores, contratistas, operadores y compradores de capacidad), cubriendo aspectos legales, comerciales y financieros críticos antes de comprometerse a incluir a estas partes en el proyecto.

5-En caso de que esté contemplado un consorcio con otras compañías, negocie antes de comprometerse a vincularlos.

6- Establezca temprano con sus asesores si el proyecto es financiable o no.

7- Revise otros proyectos que hayan sido exitosos en ese país para ver la distribución de riesgos y los términos claves que pueden proponerse.

8- Con tantos frentes de trabajo (técnicos, de construcción, legales y financieros) es conveniente hacer grupos de trabajo, internos y externos, que puedan avanzar en paralelo.

9- Trate de mantener la estructura lo más simple posible pues todo cambio- por pequeño que sea- puede complicar todo.