

LA INCONVENIENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA
APLICADO EN LA CONTRATACION DE SEGUROS EN COLOMBIA

JENCY DIAZ SUAREZ

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN CONTRATACION ESTATAL
BOGOTA
2011

LA INCONVENIENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA
APLICADO EN LA CONTRATACION DE SEGUROS EN COLOMBIA

JENCY DIAZ SUAREZ

Ensayo jurídico

Profesor Crisanto Quiroga

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN CONTRATACION ESTATAL
BOGOTA
2011

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

1. CONSIDERACION DEL PRECIO COMO UNICO FACTOR DE CALIFICACION
 2. BIENES Y SERVICIOS DE CARACTERISTICAS TECNICAS Y DE COMUN UTILIZACION
 3. APLICACIÓN DE LA MODALIDAD DE SUBASTA INVERSA PARA LA CONTRATACION DE POLIZAS DE SEGUROS
 4. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de los diferentes decretos y normas reglamentarias de la Ley 80 de 1993, se busca como principal objetivo demarcar y dar lineamientos claros que conduzcan al óptimo ejercicio de la contratación en Colombia. Encontramos como en la Ley 1150 de 2007 y a su vez el Decreto 2474 de 2008 nos determinan los procedimientos aplicables para la escogencia del contratista, en especial la Ley 1150 nos introduce en una nueva modalidad de contratación para aquellos bienes y servicios denominados de características técnicas uniformes y de común utilización.

Encontramos de manera un poco sorpresiva como se generaliza, que la gran mayoría de bienes y servicios susceptibles de ser contratados se enmarcan dentro de la categoría de características técnicas uniformes y de común utilización, aun cuando los servicios no siempre son de características uniformes o similares para cualquier tipo de entidad, ya que cada una tiene necesidades diferentes, acordes con su objeto y actividad económica que desarrolla, mucho menos podría afirmarse que son de común utilización, lo anterior ya que no todas las entidades tienen el mismo ámbito territorial , ni los recursos, ni los alcances , ni mucho menos las mismas prioridades en cuanto a inversión o destinación de recursos se trata.

Cuento con la oportunidad de trabajar hace varios años en el mercado de seguros Colombiano y en especial enfocada en el tema de la contratación de los diferentes ramos de seguros por parte de las entidades Estatales, y he podido detectar como de manera errónea diferentes entidades, tanto de orden Nacional como Departamental y Municipal han experimentado el mecanismo de subasta inversa

para la contratación de este servicio. Desafortunadamente es el mecanismo menos idóneo para la contratación de un servicio de esta característica, es por ello que en el desarrollo del presente ensayo, expondré mis argumentos del porque considero que no es el procedimiento de convocatoria apropiado para la contratación de este servicio.

1. CONSIDERACIÓN DEL PRECIO COMO ÚNICO FACTOR DE CALIFICACIÓN.

En nuestro país, el Estado trabaja constantemente en la consecución de sus fines tal y como lo reviste la Constitución Política de Colombia, “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”¹. En este sentido, es importante señalar que el Estado cuenta con unos ingresos limitados para alcanzar esos fines, es por eso que a través de la ejecución del Presupuesto General de la Nación, se debe hacer un uso eficiente y eficaz de los recursos, pues ésta es la figura con la cual el Estado prioriza las políticas económicas y sociales del país.

Entonces, es en éste punto donde el Estatuto General de la contratación en especial en la Ley 80 de 1993, cuyo objeto es disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, cuando en la búsqueda constante de materializar la función de los servidores públicos “celebrar y ejecutar los contratos que busquen el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos”², enmarca las diferentes modalidades de selección que tienen a bien aplicar las entidades estatales para la selección de sus contratistas. Por otra parte el Decreto 2474 de 2008, que reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, incorpora una

¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 2

² Ley 80 de 1993 Artículo 3:

nueva modalidad de contratación “subasta inversa”, la cual es la respuesta a esos recursos limitados mencionados anteriormente, pues se basa únicamente en el factor del precio, para adjudicar cualesquier tipo de contrato trabajado bajo dicha modalidad de selección.

De lo anterior, se puede aducir que varias entidades del estado buscan utilizar la subasta inversa a fin de lograr el ahorro o la economía y una mejor ejecución del presupuesto, desconociendo ampliamente, que para alcanzar los fines del Estado, el precio no es el único factor de escogencia, si se habla de los innumerables bienes y servicios que día a día el Estado contrata para su adecuado funcionamiento, en los cuales aparte del precio priman las condiciones técnicas de los productos ó servicios ofrecidos, que varían sustancialmente dependiendo de las entidades y por supuesto marcan la diferencia para que cada contrato sea único y se constituya acorde con las necesidades del contratista.

Ahora bien, es importante clasificar en que tipo de bienes y/o servicios, se puede utilizar el precio como único factor de selección, pues es claro que para atender las necesidades del Estado, la subasta inversa no es la modalidad más adecuada y aplicable a todos los procesos de contratación, si nos referimos principalmente a los servicios, pues en ellos si que hay diferencias, en cuanto a la oferta y al precio, entre más condiciones ó coberturas otorga un proponente las mismas se verán reflejadas directamente en su precio, es por eso que en éste tipo de contratos el hecho de presentar un precio más bajo y que a los ojos de la entidad contratante resulte más favorable, no es condición necesaria para tener una oferta que cumpla y satisfaga de manera adecuada con los requerimientos establecidas por la entidad contratante.

Bajo éste supuesto, son bienes y servicios para contratar a través de Subasta Inversa, aquellos que independiente de su diseño y características, son uniformes y de común utilización, como es el caso de los elementos de papelería, aseo, vestuario, y que fácilmente su adjudicación se puede definir por el precio, para citar un ejemplo, la adquisición de lapiceros que independiente de la marca y su estilo, cumple la misma función el lapicero A que el B, por tanto no se hace indispensable evaluar sus características en cuanto a la elaboración y perfeccionamiento, toda vez que brindan igual funcionalidad, poder escribir con ellos.

Por ende, no es el mismo procedimiento para el caso de los servicios, los cuales no se pueden definir únicamente por el precio y para esto me centraré en el contrato de seguros, pues en caso de aplicar ésta modalidad de selección, la misma resultaría bastante arriesgada para las compañías de seguros que al estar vigiladas por la Superintendencia Financiera, se encuentran obligadas a “constituir y mantener los recursos suficientes para responder por las obligaciones derivadas de los contratos de seguros”³ y por tanto a cobrar una prima suficiente que le permita “saldar todos los compromisos esperados con los asegurados y otros beneficiarios, que se originen durante la vigencia del portafolio de contratos del asegurador”⁴ entonces el sólo de hecho de participar en procesos adelantados

³ http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoConocimiento/A/asuntos_financieros_-_reservas_tecnicas_y_solvencia/asuntos_financieros_reservas_tecnicas_y_solvencia.asp?Cambiar=ReservasT%E9cnicasySolvencia

⁴ http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoConocimiento/A/asuntos_financieros_-_reservas_tecnicas_y_solvencia/asuntos_financieros_reservas_tecnicas_y_solvencia.asp?Cambiar=ReservasT%E9cnicasySolvencia

bajo la modalidad de subasta inversa, ponen en riesgo no sólo el patrimonio de la aseguradora como tal sino el de sus clientes y el de todo el sector.

Es así como el precio, en la oferta del contrato de seguros es calculado sumando una serie de factores que incluye entre otros; la siniestralidad esperada, los costos de pagos a terceros y a reaseguradores etc., y por lo tanto en caso de presentarse una puja para la contratación de éste tipo de servicios, se obligaría a las compañías aseguradoras proponentes a poner en riesgo las notas técnicas del negocio, situación que tarde o temprano desencadenaría en un resultado financiero negativo para las mismas y en una mala práctica o mejor decirlo en una práctica insegura de acuerdo con lo dispuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia, ya que a diferencia de otro tipo de proponente no se podría ofertar, inclusive teniendo la certeza de ir a pérdida, por que mínimo se tendría que contar con el punto de equilibrio que permita pagar los siniestros y cumplir con los pagos de los contratos de reaseguros.

Sumado a esto se debe tener en cuenta que es deber de todo funcionario público, velar por que los bienes que están a su cargo estén correctamente asegurados, con el fin de que no se les culpe en el futuro por detrimento patrimonial. Pero si acudimos al mecanismo de subasta inversa muy seguramente no contarán con las coberturas y amparos mínimos que requieren para el aseguramiento correcto de los bienes e intereses patrimoniales de la entidad, si no por el contrario podrían en la mayoría de los casos, quedar con coberturas que no alcancen para proteger la totalidad de los bienes que están a su cargo o tal vez correr el riesgo de quedar infrasegurados, esto es asegurar por un valor inferior al valor real de los bienes, situación que al momento de pagar un daño o un gran siniestro únicamente se indemnizaría por el valor asegurado y si este es inferior a su valor real.

Teniendo en cuenta lo anterior, la legislación colombiana ha sido clara en éste aspecto señalando la ley 42 de 1993 en su artículo 101 "los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado..., teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida"⁵ , lo que los obliga a asegurar de manera responsable y por su valor real los bienes que están a su cargo.

⁵ Ley 42 de 1993, Artículo 101: los contralores impondrán multas a los servidores públicos.... y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita las hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas; incurran reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes; se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas; de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida

2. BIENES Y SERVICIOS DE CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y DE COMÚN UTILIZACIÓN

En el tiempo que he trabajado en el área de contratación estatal he visto como en diferentes procesos de selección se ha intentado dar aplicación al mecanismo de subasta inversa para la contratación de las Pólizas de Seguros, tanto en procesos de mínima cuantía como en procesos de gran envergadura en cuanto a disponibilidad presupuestal se trata.

En efecto, la uniformidad de un bien está dada por la exacta coincidencia de sus características así como la identidad de sus componentes independientemente de la forma, de ahí que el decreto 2474 de 2.008 considere como bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización “aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos”⁶, incluso el mismo significado de la palabra uniforme llevan a esta conclusión, pues el adjetivo uniforme corresponde a dos o más cosas que tienen la misma forma, o son iguales, conformes y semejantes.

Considero, que de acuerdo con lo anterior el contrato de seguros no puede ser considerado como un bien o un servicio de características uniformes, toda vez que dicho contrato en sí mismo considerado ni es idéntico, ni exacto, ni tiene las mismas especificaciones del contrato que pueda ofrecer otra compañía. Tampoco podría pensarse que el objeto de todos los contratos de seguros es el mismo, como es amparar un riesgo; ya que cada entidad tiene unas necesidades, características y riesgos que la hacen diferente, ya sea por su ubicación geográfica o por su objeto social, lo que hace que se analice cada uno de ellos

⁶ Decreto 2474, Artículo 16

como un caso particular, ofreciendo distintas coberturas a diferentes precios para cada uno de los casos, tanto así que podría afirmarse que no existe ningún contrato de seguros igual a otro.

Por esta razón la doctrina colombiana considera al contrato de seguros como un contrato en consideración a la persona, puesto que en la medida que asume un riesgo moral, esto es, la mayor o menor potencialidad de peligro que de acuerdo con el grado de educación, formación, cultura y tradiciones o actividad económica que desempeña una persona la hace diferente “el seguro es un contrato que siempre se hace en consideración a la persona, puesto que son causa determinante para la aceptación de una propuesta de seguro esas condiciones en el solicitante”⁷

Por lo anterior considero que los seguros de ninguna manera pueden ser catalogados como bienes y servicios de características técnicas uniformes, toda vez que ante la definición que de los mismos hace el decreto 2474 de 2.008 en el artículo 16, solo pueden considerarse como tales, aquellos bienes y servicios requeridos por las entidades Estatales que sean ofrecidos en el mercado en condiciones equivalentes para quien los solicite en términos de prestaciones mínimas y suficientes para la satisfacción de sus necesidades.

Sobre el particular es claro que los seguros no son ofrecidos en condiciones equivalentes para quien lo solicite, pues basta con imaginar la oferta indiscriminada de seguros de vida o generales que existe en el mercado, sin tener en consideración las características y condiciones de cada uno de los posibles asegurados, individualmente considerados. No resulta lógico que se pretenda dar el mismo tratamiento a la compra de lápices, uniformes o suministros de oficina, que evidentemente son ofrecidos a quien los solicite, trátese de quien se trate en

⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros. Dupre Editores segunda edición, Pág. 36

condiciones equivalentes, ya que la adquisición de seguros que en sana lógica supone un estudio y unas condiciones especiales de oferta en atención a las características y condiciones de aseguramiento requeridas por cada tomador.

Como complemento de lo anterior podemos ver como el Código de Comercio describe las características de dicho contrato cuando señala en el artículo 1036:

*“El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”*⁸ En este sentido, la consensualidad significa la voluntad que expresan las partes respecto del contenido del contrato, y de manera especial de las obligaciones de las partes, el precio, y el objeto. De manera que una vez se llegue a un acuerdo, este contrato se convierte en único y distinto de los demás, hechos que desvirtúa la uniformidad.

⁸ CÓDIGO DE COMERCIO, 3R Editores Ltda., Pág. 290.

3. APLICACIÓN DE LA MODALIDAD DE SUBASTA INVERSA PARA LA CONTRATACIÓN DE PÓLIZAS DE SEGUROS.

El decreto 2474 de 2008, determina la posibilidad de adelantar un proceso de licitación pública bajo la modalidad de subasta inversa, sin embargo es de precisar la definición contenida en el artículo 16, respecto al tipo de bienes y servicios a los cuales se puede aplicar dicha selección, para lo que se han establecido bienes y servicios de características uniformes y de común utilización, cuyo concepto radica en que “poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos”⁹.

Entonces, al tenor de lo expuesto en la citada norma, es claro que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, que realicen un proceso de selección a través de subasta inversa, deberán tener en cuenta que los bienes y servicios que se pueden contratar bajo esta figura, pertenecen a un mercado de condiciones equivalentes, como es el caso de los elementos de papelería, vestuario, entre otros.

Por tanto, es importante señalar que el factor de evaluación determinante en este tipo de proceso es el precio, es decir, que las condiciones técnicas de los bienes y servicios ofrecidos no se constituyen en requisitos objeto de calificación, puesto que como lo señala el mismo artículo 16, son bienes cuyas diferencias se enmarcan en el diseño y no en las características propias de los bienes.

Es así, que para el caso que nos ocupa, el contrato de seguro, no puede estar sometido al régimen de subasta inversa, toda vez que, no es un bien ni servicio

⁹ Decreto 2474 de 2008, artículo 16. Editorial Leyer. Décima Novena edición. Pag 482

de características uniformes ni de común utilización. El seguro es una operación en virtud de la cual, una parte (el asegurado) se hace acreedor, mediante el pago de una remuneración (la prima), de una prestación que habrá de satisfacerle la otra parte (el asegurador) en caso de que se produzca un siniestro, partiendo de ésta base, las condiciones y coberturas de las pólizas de una compañía cambian sustancialmente frente a otra, en términos de asegurar un mismo bien, es por eso que el contrato de seguros es único y no se puede enmarcar que sus especificaciones técnicas son uniformes y de común utilización, pues sus amparos varían dependiendo del tipo de riesgo que se desea asegurar.

En efecto, cada contrato de seguro (póliza), es diferente en su esencia, por los elementos que lo componen, límites asegurados, coberturas, vigencia, deducibles, pago de la prima, entre otros, condiciones que por sus características y conforme a las políticas de suscripción y los contratos de reaseguro marcan la diferencia entre las aseguradoras, ejemplo lo que puede ofrecer la compañía A en la póliza de automóviles, es una restricción de la compañía B.

Entonces bajo esta perspectiva, no puede afirmarse que el contrato de seguro sea un bien de características uniformes y de común utilización, pues es un servicio que no se ofrece en condiciones equivalentes, y depende básicamente de las necesidades y de los riesgos asegurados, situación que se evidencia en un simple slip de cotización, no todas las compañías otorgan las coberturas solicitadas en el pliego de condiciones y si lo hacen pueden sublimitarlas, hecho que reitera una vez más, que las pólizas de seguros no hacen parte del selecto grupo de bienes uniformes.

Así mismo basta consultar los textos depositados por las compañías de seguros en la Superintendencia Financiera de Colombia para cada uno de los ramos que

explotan y observar que todos tienen alguna diferencia, por lo que no se puede considerar uniformes.

4. CONCLUSIONES

Siendo respetuosos del Estatuto General de la Contratación y de la modalidad de selección de subasta inversa, considero que la aplicación de la misma no es viable para la contratación de pólizas de seguros, ya que éstas no se encuentran enmarcadas dentro de la definición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

De otra parte, es de destacar que para éste tipo de servicio, no resulta conveniente dejar el precio como único factor de calificación, puesto que existen factores de alta relevancia, como los son las coberturas, deducibles, límites, tasas y valores asegurados, que en su conjunto constituyen el contrato de seguro y permiten que la entidad encuentre la oferta más favorable para el aseguramiento de los bienes e intereses que están bajo su amparo y custodia.

Por tanto, al tener en cuenta las mencionadas variables que dependen indiscutiblemente del tipo de riesgo a asegurar, es prudente acudir a las demás modalidades de selección determinadas en el Estatuto General de Contratación, bien sea licitación pública, selección abreviada y/o contratación directa, sin dejar de lado, que para hacer un uso adecuado de dichos mecanismos, los mismos dependen de la cuantía a contratar versus el presupuesto de la entidad contratante.

Como se menciono anteriormente, el precio es factor relevante para llevar a cabo una eficiente ejecución presupuestal pero no la base de selección para un proceso de contratación de seguros. Por ello factores como los servicios adicionales,

tiempo para la atención de los siniestros, coberturas, amparos y valores agregados para la entidad deben ser actores importantes dentro del cuadro de calificación total en el proceso de selección de compañía de seguros, otorgando a estos mayor o igual ponderación que el factor económico, con el firme propósito de que se evalúe de manera integral la oferta, y que esta sea la que se ajuste a las necesidades y requerimientos de la entidad contratante.

BIBLIOGRAFÍA

CALLE CORREA María Victoria. Sentencia C-713 de 2009

CÓDIGO DE COMERCIO, 3R Editores Ltda., Pág. 290

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, El Pensador Editores Ltda., Pág. 11

DECRETO 2474 de 2008, artículo 16. Editorial Leyer. Décima Novena edición.
Pág. 482

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros. Dupre Editores, segunda edición, Pág. 36

LEY 42 de 1993, Artículo 101

MORALES RESTREPO, Didier. Régimen de la Contratación Estatal, LEY 80 de 1993, Artículo 3, Pág. 32

