

**¿ES LA FIANZA UN MECANISMO DE COBERTURA ADECUADO PARA
GARANTIZAR LA ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA VIVIENDA NUEVA EN
COLOMBIA?**

**CONCURSO CARLOS DUPPONT
PASA-APF**

**BOGOTA, D.C.
2015**

Tabla de Contenido

Introducción	3
I. Antecedentes y Marco Jurídico	5
II. Los intentos fallidos por reglamentar un seguro de carácter obligatorio.....	6
III. El modelo francés y el modelo español, dos grandes referentes para la industria local.....	7
IV. Un acercamiento a las opciones de aseguramiento para Colombia.....	8
V. Conclusiones	10

Introducción

El sector de la construcción fue la rama de mayor crecimiento durante el tercer trimestre de 2014 (12,7%), periodo durante el cual, la economía Colombiana creció 4,2% con respecto al mismo trimestre del año anterior. Este crecimiento se explica por un incremento de 14,1% en la construcción de edificaciones y de 11,1% en obras civiles¹, aunado a las importantes transformaciones que ha experimentado la industria de la construcción en Colombia durante la última década. Esta industria ha pasado de construir 13 millones de metros cuadrados anuales a más de 30 millones de metros cuadrados, y en lo que a producción de vivienda se refiere, ha pasado de 95.000 a 230.000 unidades de vivienda por año².

La vivienda es reconocida como un derecho constitucional, según el Art. 51³ de la Constitución Política Colombiana y como derecho fundamental por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en su Art. 11⁴. Así mismo, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 4, indicó que para que una vivienda pueda considerarse “adecuada” en los términos del PIDESC, es necesario que se interprete como un derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad y no exclusivamente como una comodidad. El concepto de “adecuación” cobra relevancia al referirse, entre otras, a las condiciones de habitabilidad: “*Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes”* (Negrilla y subrayado fuera del original).

En este sentido, el Estado Colombiano, ha promovido diversos programas para garantizar el derecho a una vivienda digna (viviendas de interés social, subsidios a través de las cajas de compensación familiar, 100 mil viviendas gratis, entre otros), pero aún existen muchos vacíos legislativos en cuanto a la protección de los consumidores (compradores de vivienda) contra los riesgos propios de la construcción, lo cual, sumado a la falta de cultura en el tema de seguros de la población en general, aumenta las probabilidades de pérdidas económicas para el Estado y para la sociedad, ante eventos catastróficos.

El caso más reciente, y tal vez, el más sonado, por la magnitud de la tragedia, fue el colapso de la torre 6 del Edificio Space en la ciudad de Medellín (Colombia), donde, según estudios adelantados por la Universidad de los Andes y un grupo de expertos contratados por la Alcaldía de Medellín, el problema se originó en el diseño y la estructura del conjunto residencial. El mencionado estudio, también reveló que el desplome de los 26 pisos de la torre 6 se debió, entre otras cosas, a la intervención estructural que algunos contratistas de la

¹ Fuente: DANE – Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales

² Forero, S (2014). Construyendo un Sector con Visión de Largo Plazo. *PROSPECTIVA EDIFICADORA Una visión de Corto y Mediano Plazo*, 1 (1), p.6.

³ Art. 51 “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”

⁴ Art. 11 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia..”

firma constructora hicieron un día antes de que ocurriera el incidente, tras la advertencia del agrietamiento de algunos apartamentos por parte de los residentes⁵.

En virtud de lo anterior, el propósito del presente trabajo, consiste en realizar una aproximación a la solución de aseguramiento más efectiva de cara a la comunidad, a partir de los antecedentes históricos, el marco jurídico, la aplicación de algunos modelos pioneros en el mundo y el análisis de diferentes clases de seguro con sus bondades y tropiezos.

⁵ (2014). Lección y Dolor. *Revista Semana (Ed. Especial Manos a la Obra)*, 24-25.

¿ES LA FIANZA UN MECANISMO DE COBERTURA ADECUADO PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA VIVIENDA NUEVA EN COLOMBIA?

I. Antecedentes y Marco Jurídico

El Artículo 2060 del Código Civil Colombiano establece: “...*Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario...*”

Para entender mejor el contexto, se hace necesario precisar la noción de edificio y ruina. Se entiende por edificio “*un ensamblaje de materiales por medio del cual el hombre hace una obra que se convierte en inmueble por naturaleza en virtud de su unión durable con el suelo, en el cual tiene sus cimientos*”.⁶

Etimológicamente, ruina, significa caída, y puede ser total, si se presenta la caída del edificio entero, o parcial, si perece cualquier parte de la construcción (balcón, rampa de escalera, teja, cornisa, reja, etc). Así mismo, para que pueda hablarse de ruina, se requiere, además, que se trate de una construcción terminada⁷. La ruina se define como la acción de caer o destruirse una cosa, esto es, a que se presente la desintegración o desunión de los materiales con los que está conformada una cosa, en este caso el edificio⁸.

La ley 9 de 1989, más conocida como "Ley de Reforma Urbana", establece en el artículo 64: "*Todo vendedor de vivienda nueva estará obligado a constituir una póliza para garantizar la estabilidad y buena calidad de la vivienda...*". Mediante Decreto 3042 de 29 de diciembre de 1989, el Gobierno Nacional reglamentó el seguro que amparare la estabilidad y buena calidad de la vivienda nueva; así, el artículo 14 del referido decreto señala: "*Los notarios públicos ante quienes se otorguen las escrituras públicas de venta de vivienda nueva que no exijan la protocolización de la copia de la póliza de seguro de que trata este Decreto, estarán sujetos a las sanciones que contemplan las disposiciones vigentes*". Este seguro, también conocido como SECAL (Seguro Obligatorio de Calidad y Estabilidad de La Vivienda Nueva), tenía dos coberturas, amparo de **Inestabilidad** (Daños graves que amenacen o produzcan ruina, siempre y cuando se hayan causado en las obras de cimentación, de estructuras, cerramiento y cubrimiento) y de **Ausencia de Calidad** (Incorrecta impermeabilización de la cubierta exterior del inmueble, así como sistemas e instalaciones). La vigencia del amparo de estabilidad era de tres años y el de calidad de dos años. Debía versar únicamente sobre vivienda nueva, entendida ésta según el Decreto 3042 como “*toda construcción respecto de la cual se efectúa por primera vez una venta y cuyo diseño se encuentre concebido para la morada o habitación residencial*”⁹. El valor asegurado correspondía al 70% del valor de la primera venta de la vivienda asegurada. La prima debía pagarse de contado, previo a la entrega de la póliza. El tomador era el vendedor

⁶ Tamayo Lombana, A. (2009). *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. (3). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, (p.200)

⁷ Ibid. (p.202-203)

⁸ Solarte Rodríguez, A. (2014) *El Régimen de Responsabilidad Civil de Los Constructores en Colombia*. 2º Congreso Internacional de Derecho de Seguros: Actuales Paradigmas Jurídicos.

⁹ Art. 2 del Decreto 3042 de 1989

o enajenante de la vivienda; el asegurado era el propietario de la vivienda y el beneficiario era el asegurado y/o acreedor hipotecario. Por último, la tasa oscilaba alrededor de 1,2% de la suma asegurada¹⁰.

El artículo 64 de la Ley 9 de 1989 fue subrogado por el artículo 40 de la Ley 3 de 1991, que estableció: “*El artículo 64 de la Ley 9a de 1989, quedará así: "El Gobierno Nacional reglamentará las normas mínimas de calidad de la vivienda de interés social, especialmente en cuanto a espacio, servicios públicos y estabilidad de la vivienda" ”*. Sin embargo, La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-444 de 2009 encontró que el artículo 40 de la Ley 3 de 1991 produjo un vacío legislativo al excluir un mandato que sí estaba recogido en la norma anterior ya que el legislador tenía la obligación de mantener la exigencia de la póliza, pues se trataba de una medida que ampliaba el espectro de protección de un derecho económico y social. No obstante, la corte declaró la constitucionalidad de la norma acusada, pues aunque el antiguo artículo 64 de la Ley 9 de 1989 prescribía la obligación de otorgar la póliza de estabilidad y calidad de todo tipo de vivienda nueva, la Ley 3 de 1991, restringió la obligación de otorgar la póliza a los vendedores de vivienda de interés social¹¹.

II. Los intentos fallidos por reglamentar un seguro de carácter obligatorio

La Senadora Claudia Jeanneth Wilches Sarmiento, en compañía de la Representante Martha Cecilia Ramirez Orrego, han liderado dos proyectos de ley¹² radicados en el año 2011 y 2014, respectivamente, que han sido debatidos en el Congreso de la República, cuyo fin último era establecer una póliza para garantizar la calidad y estabilidad de la vivienda nueva con el objeto de indemnizar la reparación de los daños que sufriera el inmueble asegurado, como consecuencia de la ausencia de calidad o estabilidad, pero desafortunadamente, estos proyectos de ley fueron archivados antes de su aprobación por vencimiento de términos y cambio de legislaturas, entre otros factores.

Sin embargo, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Vivienda, radicó a finales de 2014 un proyecto de ley, más conocido como “Ley Antispace”, con el que se busca garantizar que el proceso de construcción de edificaciones se desarrolle con base en los más altos estándares de calidad. Al respecto, el Viceministro de Vivienda, Dr. Guillermo Herrera Castaño, en su intervención durante la XXIII Convención Internacional de Seguros 2014, enfatizó que el proyecto de ley que cursa en el senado, busca garantizar unas condiciones mínimas de protección de los derechos de las personas en el territorio nacional de la garantía mínima de habitabilidad y seguridad de las viviendas y afirma que es necesario articular todas las medidas de protección relacionadas con las condiciones técnicas de diseño y construcción, con medidas adicionales que den una ventaja al comprador de las viviendas y se refiere a cuatro medidas: i) Establecer un régimen claro y concreto de protección al consumidor inmobiliario mediante la obligatoriedad para todos los vendedores de vivienda nueva, de garantizar, por un mínimo de 10 años, ya sea mediante póliza de seguro o con sus aportes (Fondo Nacional para la Estabilidad y Reconstrucción de Vivienda Nueva), las reparaciones de carácter patrimonial que se puedan dar por el colapso de las edificaciones. ii) Eliminar cualquier posibilidad de que quien sea constructor se supervise y se controle a sí mismo. iii) Certificación técnica de ocupación expedida a la conclusión de las obras una vez

¹⁰ Palacios Sanchez, F (1990). Aproximación Al Nuevo Seguro Obligatorio De Estabilidad Y Calidad De La Vivienda Nueva (Secal). *Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana Ciencias Juridicas y Socioeconomicas*. (78), p.305-309

¹¹ Recuperado desde: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-444-09.htm>

¹² Proyecto de Ley 09 de 2011 y Proyecto de Ley 178 de 2014

se verifique el cumplimiento a la luz de lo autorizado en las licencias que va a determinar las vigencias y condiciones del seguro, en términos de amparos, y va a ser condición para que notarios y registradores autoricen las escrituras de enajenación o de constitución de hipotecas o de fideicomisos y finalmente, iv) Modificaciones al régimen de curadores urbanos, ya que son los llamados a responder por la calidad de los diseños que se aprueban cuando se expide una licencia de construcción¹³.

III. El modelo francés y el modelo español, dos grandes referentes para la industria local

El sistema francés de seguro de construcción responde a una finalidad de protección eficaz del consumidor ya que la garantía decenal¹⁴ se gestiona según un modelo de capitalización, en donde existe una prima única que el asegurador percibe al iniciarse la obra y deberá bastar para pagar todos los siniestros que surjan durante los diez años siguientes a la recepción de la obra y opera como una garantía global que cubre todas las obras que el constructor realice durante el año que se está gestionando el seguro. El objeto del seguro, consiste en garantizar el pago de los trabajos de reparación de la obra a consecuencia de daños materiales de gravedad considerable y que comprometan la resistencia de la obra o imposibiliten la destinación prevista. Tiene un periodo de cobertura de diez años a partir de la fecha de recepción de los trabajos, y aunque no comporta restricción en cuanto al importe de la garantía, la aseguradora debe pagar al beneficiario la totalidad de los trabajos de reparación de la obra afectada. No obstante, la aseguradora puede pactar un importe máximo y fijar una franquicia, la cual no podrá deducirse de la indemnización pero si podrá exigirse luego al vendedor. Este seguro indemniza rápidamente al promotor y garantiza una protección eficaz al consumidor¹⁵.

Por su parte, el seguro decenal en el modelo español está subordinado a un control técnico del proyecto que deberá hacerse desde el comienzo de los trabajos hasta el momento de entrada en vigor de cada una de las coberturas. Dentro de los riesgos cubiertos se tiene, la indemnización o reparación de los daños materiales causados en el edificio y la urbanización asegurados por vicios o defectos que tengan su origen o afecten la obra fundamental, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del mismo. Este seguro excluye, entre otros, daños corporales y otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales, daños a propiedades contiguas, daños por falta de mantenimiento a la edificación, daños por actos intencionados del tomador del seguro. El periodo de cobertura será de diez años contados a partir de que el asegurador emita el suplemento de entrada en vigor del seguro, el cual dependerá de: El informe final del organismo de control técnico, el acta de recepción de la obra, la declaración del tomador del valor definitivo de los bienes asegurados y la totalidad de la prima. El valor asegurado corresponderá al coste final de la ejecución material de la obra, en el momento de la recepción y podrá pactarse en la póliza un ajuste que incluye los honorarios, licencias, impuestos y en general, todo gasto necesario para la ejecución de la obra. La prima de este seguro debe ser pagada de manera anticipada a la

¹³ Recuperado desde <http://www.fasecolda.com/index.php/eventos/memorias/2014/convencion-internacional-de-seguros-2014/memorias/>

¹⁴ Hace referencia a que la obligación persiste por diez años.

¹⁵ Seguro Decenal en Francia: Guía para Uso de los Constructores Europeos. Disponible en: http://www.ffsa.fr/sites/upload/docs/application/pdf/2012-01/ffsa_a5_es_page_simple_.pdf

entrada en vigor de la garantía. Opera la subrogación del asegurador contra el tomador del seguro¹⁶.

IV. Un acercamiento a las opciones de aseguramiento para Colombia

Pese a que en Colombia existe un amplio portafolio de Seguros de Hogar, estos son voluntarios, su cobertura es bastante limitada, y son muy pocos los que lo adquieren, ya sea por desconocimiento o por falta de recursos, pero lo único cierto, es que cada vez son más las personas y familias afectadas, lo cual conlleva perjuicios económicos para el Estado y para la sociedad en general, por lo que se hace necesario diseñar un producto cuyo objetivo primordial sea la protección patrimonial de los dueños de vivienda.

Con el fin de determinar si la fianza (Seguro de Cumplimiento), es el tipo de seguro más adecuado para cubrir las eventualidades expuestas a lo largo del presente trabajo, es preciso analizar de manera previa las principales características de ésta y algunos seguros de daños relacionados con los riesgos de la construcción.

Hernando Galindo Cubides define el seguro de fianza como “*un contrato por el cual una aseguradora, mediante el cobro de una prima, protege al asegurado contra el incumplimiento de una obligación específica a cargo del deudor principal o del fiado*” (Galindo, 2011, p. 49)¹⁷. Este seguro se caracteriza, según Galindo, por ser un contrato bilateral, aleatorio, oneroso, accesorio, solemne y de tracto sucesivo y debe reunir los siguientes elementos para que no se tenga por un contrato diferente: Deben intervenir tres personas (Empleado/Contratista/Afianzado, Asegurado, Asegurador/Fiador), el fiador debe ser una entidad aseguradora, la aseguradora debe responder por el cumplimiento de una obligación ajena y en caso de relevo, debe contar con aceptación del acreedor¹⁸.

El Seguro de Obras Civiles Terminadas garantiza los daños que pueden padecer las obras civiles una vez terminados los trabajos, debido a: vandalismo individual, causa de la naturaleza (terremotos, inundaciones, etc.) e impacto de vehículos terrestres, acuáticos o aéreos, etc. Se excluyen de esta cobertura los daños causados por: actos intencionados del asegurado, guerra, radiación nuclear, vicio propio, desgaste natural, movimientos de dilatación/contracción por causas térmicas, mantenimiento deficiente, daños o pérdidas consecuenciales y, salvo pacto en contra, huelga, motín, etc¹⁹.

El Seguro Todo Riesgo Construcción se trata de un seguro creado para cubrir toda clase de obras civiles en construcción y cuyo objeto fundamental es amparar contra los daños y pérdidas accidentales sufridos en la obra, incluyendo el equipo de construcción del contratista y/o maquinaria de construcción, así como contra reclamaciones de terceros por daños a sus personas, cuando estos ocurran como consecuencia de los trabajos de construcción mencionados. Por ser un seguro de la familia de seguros “Todo Riesgo”, queda cubierto aquello que no esté expresamente excluido. La cobertura de este seguro se extiende a: obra, equipo de construcción, maquinaria de construcción efectos personales de empleados y

¹⁶ Poliza Seguro Decenal de Daños a la Edificación Condiciones Generales. UNESPA. España

¹⁷ Galindo Cubides, H. (2011). El Seguro de Fianza Garantía Única de Cumplimiento. (2). Bogotá: Legis Editores S.A. (p.49)

¹⁸ Ibid. (p.50-51)

¹⁹ Manual Sobre Riesgos En La Construcción, Daños A La Obra Y Pérdida De Beneficios Anticipada (Alop). Disponible en <http://www.mapfre.com/ccm/content/documentos/mapfrere/fichero/es/Manual-Riesgos-Construccion-ALOP.pdf>. (p.71)

obreros, gastos para la remoción de escombros, responsabilidad civil. Permite la inclusión de coberturas complementarias, previo pacto en las condiciones particulares y con la correspondiente sobreprima. Dentro de estas coberturas se pueden mencionar: Daños materiales a la obra propia, daños materiales a otros bienes propios, pérdidas consecuenciales, responsabilidad civil extracontractual, entre otras²⁰.

Con respecto al seguro de Responsabilidad Civil, se puede decir que este concepto existe por la obligación que tenemos todos los miembros de una sociedad de indemnizar a quien le ocasionemos algún tipo de daño o perjuicio. Así mismo, es importante hacer distinción entre los dos tipos de responsabilidad civil, a saber, La Responsabilidad Civil Contractual que se caracteriza porque debe existir vínculo previo con la persona a la que se le ocasiona el daño, se origina con un contrato entre las partes y solo incluye perjuicios patrimoniales; y la Responsabilidad Civil Extracontractual donde no existe vínculo previo cuando se ocasiona el daño, se origina con el hecho que ocasiona el daño, incluye perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales (daño moral, daño fisiológico y daño a la vida en relación). El Art 1127 del Código de Comercio Colombia establece:

“El Seguro de Responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley, y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”

Ahora bien, si se analizan las ventajas que tiene la fianza como mecanismo de cobertura para los consumidores (compradores de vivienda), se tiene que, es irrevocable, no por la esencia misma del seguro, sino por la protección que se ha dado al asegurado/beneficiario respecto de las obligaciones del tomador del seguro para con la Compañía de seguros. De igual forma, la mayoría de Compañías aseguradoras en Colombia exigen la firma de contragarantía a sus afianzados con el fin de hacerla efectiva, en el evento que el tomador incumpla y la compañía tenga que pagar la indemnización correspondiente, ya que sirve como mecanismo moralizador para lograr el recobro. Sin embargo, el seguro de cumplimiento se queda corto en cuanto a los importes asegurados, por cuanto es costumbre mercantil en Colombia que no se garantice el 100% del valor del contrato, sino que generalmente, el valor asegurado corresponde a un porcentaje sobre el valor del mismo, que oscila entre el 10 y el 40 por ciento y corresponde a los gastos en que debe incurrir el asegurado para retomar las obligaciones, incumplidas previamente por otro contratista. Por otra parte, la mayoría de reaseguradores tienen excluidos los riesgos con vigencia superior a 5 años, por lo que de llegar a conseguirse, elevaría los costos del seguro.

En cuanto a la cobertura de Obras civiles terminadas, el garante no puede participar activamente durante la ejecución de las obras, lo cual dificultaría un poco la suscripción de estos riesgos por la incertidumbre y los vicios propios de la construcción.

El escenario de todo riesgo construcción pareciese el ideal, sin embargo, opera únicamente durante la construcción de la obra y no exige medidas mínimas en cuanto a la vigilancia y supervisión de las obras para mitigar el riesgo de ruina.

²⁰ Ibid. (p.72-114)

El seguro de Responsabilidad Civil, aunque tiene por objeto el resarcimiento de perjuicios ocasionados a la víctima por actuaciones del asegurado, presenta un vacío en el evento que el garante invoque la culpa exclusiva de la víctima o las actuaciones dolosas del asegurado, como eventos eximente de responsabilidad y por ende niegue el pago de la respectiva indemnización.

V. Conclusiones

La Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA), agremio que aglutina al sector asegurador colombiano, adelantó un “proyecto piloto” en 2014 con aseguradoras locales y reaseguradores de talla internacional, el cual consistió en establecer si el mercado asegurador colombiano estaría interesado en el diseño y construcción de un producto decenal a partir de cifras estadísticas suministradas por CAMACOL de los últimos 5 años y de una muestra heterogénea de constructores y proyectos constructivos de diferentes regiones del país y dentro de los resultados arrojó que aunque existe la intención del mercado de diseñar el producto, aún se encuentran muchos vacíos normativos y de procedimiento para garantizar una adecuada suscripción de riesgos y verdadera protección al propietario de vivienda, aunque se pudo establecer que el costo de este seguro no afectaría el precio final de la vivienda, ni encarecía los costos de construcción.

De todo lo anterior, se puede concluir que pese a los intentos legislativos del Gobierno, hoy en Colombia no existe una solución de aseguramiento adecuada por la falta de seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de este tipo de productos. La regulación debería ser clara en indicar, por ejemplo, que la prima de estos seguros fuera subsidiada por el Estado para que dichos costos formaran parte del costo final de la vivienda y la industria aseguradora debería dar una respuesta más contundente a un problema social, haciendo una adecuada distribución de riesgos, asignado a cada agente que participa en el proceso de la construcción la porción objetiva de los riesgos que le corresponde asumir, de tal manera que se garantice el desarrollo de la industria constructora de manera segura y sostenida pues van a existir más compradores de vivienda satisfechos. De la misma manera y en ausencia de una regulación efectiva y garantista, los profesionales de la construcción deben garantizar una actuación responsable y un compromiso social de cara a la función que impone su profesión.