

COMPENDIO DE BUENAS PRÁCTICAS **DEL RAMO** **DE CUMPLIMIENTO**



COMPENDIO DE BUENAS PRÁCTICAS DEL RAMO

DE CUMPLIMIENTO

fasecolda
Federación de Aseguradores Colombianos

Cra. 7 No. 26 – 20, pisos 11 y 12
Teléfono: (57) 601 3443080
Fax: (57) 601 2107041
Bogotá – Colombia
www.fasecolda.com

Gustavo Morales Cobo
Presidente Ejecutivo Fasecolda

AUTORES:

Daniela Arias Arias
Directora Cámara Técnica de
Cumplimiento

Danielle Gómez Pérez
Subdirectora Cámara Técnica de
Cumplimiento

Nicolás Uribe Lozada
Socio Fundador
Vivas & Uribe Abogados

Juan Camilo Bedoya Chavarriaga
Abogado
Vivas & Uribe Abogados

PRODUCCIÓN EDITORIAL:

Ingrid Vergara Calderón
Directora de Comunicaciones
y Asuntos Corporativos

Martha Patricia Romero
Corrección de estilo

David Doncel
Coordinador de marca
ddoncel@fasecolda.com

Julie León
Diseño, diagramación, portada
julieleon.dg@gmail.com

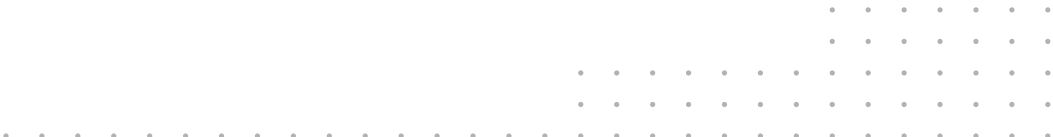
Imágenes
Archivo Fasecolda
Shutterstock.com
Freepik.es

IMPRESIÓN
Icolgraf impresores S.A.S.
www.icolgraf.com

Prohibida su reproducción total y
parcial, sin autorización de los editores.



ADVERTENCIA



El presente documento es una compilación de análisis técnicos y jurídicos sobre algunos debates que se presentan en el mercado asegurador en relación con el seguro de cumplimiento, su único fin es servir como guía en el entendimiento jurídico y técnico de cada uno de ellos. En ese sentido, cualquier lector es libre de aceptar, acoger, disentir o rechazar cualquier tema que aquí se analice, según su propio entendimiento del caso.

El documento tiene fines pura y únicamente académicos, y no es de obligatorio cumplimiento o aplicación para ningún miembro del mercado.

CONTENIDO

1. Devolución de prima por cumplimiento anticipado del contrato.	09
2. Devolución de la prima de la póliza de seriedad de la oferta cuando se declara desierto el proceso de selección o cuando este se revoca por parte de la entidad estatal.	13
3. Cobro de prima adicional en caso de prórroga en la vigencia de la póliza por suspensión en la ejecución de un contrato.	18
4. Contratación de las pólizas de cumplimiento que amparan los convenios interadministrativos.	22
5. Prescripción en el seguro de cumplimiento.	25
6. Prescripción del seguro de cumplimiento en el marco del proceso de responsabilidad fiscal.	31
7. Competencia para suscribir contragarantías por parte de los funcionarios de las entidades estatales.	35
8. Renuncia al ejercicio del derecho de subrogación frente al tomador del seguro de cumplimiento.	38
9. Seguro de cumplimiento para los contratos de prestación de servicios. Vigencia y necesidad de los amparos de cumplimiento y calidad del servicio.	42
10. Garantía única de cumplimiento, único contrato de seguros.	46

11. Indivisibilidad de la garantía y posibilidad de expedir una nueva garantía en eventos de cesión contractual.	49
12. Emisión de pólizas de cumplimiento para riesgos en curso.	57
13. Alcance de la cobertura del amparo de salarios y prestaciones sociales frente a aportes parafiscales y demás obligaciones a cargo del contratista garantizado.	61
14. La cláusula de proporcionalidad de la indemnización y la reducción proporcional de la cláusula penal en el seguro de cumplimiento son instituciones jurídicas autónomas y diferentes.	66
15. El riesgo de corrupción en el seguro de cumplimiento.	72
16. El amparo del perjuicio del lucro cesante del asegurado en la póliza de cumplimiento.	75
17. Responsabilidad penal de los directivos y administradores de la aseguradora en la celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales (artículo 410 del Código Penal).	78
18. Garantías financieras en el seguro de cumplimiento.	81
19. Emisión de pólizas con fecha de inicio de vigencia retroactiva.	86
20. Emisión de pólizas con fecha de expedición retroactiva.	88
21. Cobertura del dolo en el seguro de cumplimiento a la luz del artículo 1055 del Código de Comercio.	90
22. Cobertura de la falta de amortización en el amparo de anticipo	94
BIBLIOGRAFÍA	99

01

DEVOLUCIÓN DE PRIMA
POR CUMPLIMIENTO

ANTICIPADO DEL CONTRATO

¿Es viable la devolución de la prima correspondiente al amparo de cumplimiento en los casos en que el objeto del contrato se ejecuta en un plazo inferior al inicialmente pactado entre las partes?

Consideraciones

Con el fin de establecer si es o no procedente la devolución de prima del amparo de cumplimiento cuando el contrato se ha ejecutado en un plazo inferior al inicialmente pactado, se hace necesario, en primer lugar, determinar si el riesgo de incumplimiento ya cesó, para lo cual sería aconsejable solicitar un paz y salvo al asegurado (entidad contratante), pues si dicho riesgo sigue latente, no sería jurídica ni técnicamente procedente la devolución de la prima.

Una vez verificado que el riesgo amparado efectivamente cesó, debe analizarse en atención al contenido de la nota técnica, si la prima se calculó como una **tarifa única**, es decir, aquella que no depende o no varía en función de la vigencia de la póliza, o **a prorrata tiempo**, esto es, en consideración a la vigencia del seguro, de manera que cuando esta se amplíe es procedente igualmente un cobro adicional de la prima, lo cual no ocurre cuando se ha pactado una **tarifa única**.

En el caso en que la prima haya sido calculada con base en una tarifa única¹, no procederá la devolución de la prima por la terminación anticipada del objeto del contrato, toda vez que, tal y como se indicó, este tipo de tarifa no tiene en cuenta el factor tiempo, de manera que si no genera cobro de primas adicionales cuando aumenta la vigencia, es natural que tampoco permita devoluciones de prima cuando la vigencia es menor, generándose por consiguiente que la totalidad de la prima cobrada deba entenderse como devengada desde el momento en que el asegurador inicia la asunción del riesgo asegurado².

Por el contrario, cuando la prima haya sido calculada en consideración al tiempo de vigencia del seguro, es decir, a prorrata tiempo, sería procedente la devolución de la prima por el periodo no corrido de la vigencia inicialmente pactada, en atención a que dicha prima no ha sido devengada totalmente por la aseguradora, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1070³ del Código de Comercio (C. Co.).

Respecto de la devolución de la prima para pólizas que han sido tarifadas en atención al tiempo de vigencia del seguro (a prorrata), se considera valioso citar el siguiente concepto de la Superintendencia Financiera, quien se pronunció sobre este particular respecto de seguros que garantizan el pago de un crédito, el cual está diferido a un número determinado de cuotas o tiempo específico.

¹ Se entiende por Prima Única (single premium o tarifa única), en el ámbito técnico de seguro, a aquella que representa el «...valor que, en el momento de emitirse la póliza, tiene el conjunto de las obligaciones futuras de la entidad aseguradora, de acuerdo con los términos de probabilidad de riesgos existentes. En consecuencia, con ello, su importe lo satisface de una sola vez, y por adelantado, el tomador del seguro, quien con ello se libera de la obligación de pagar nuevas cantidades durante toda la duración del seguro» (Diccionario de Seguros de la Fundación Mapfre. Prima (Premium). Consultado el 26 de mayo de 2023. <https://www.fundacionmapfre.org/publicaciones/diccionario-mapfre-seguros/prima/>

² Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia, Conceptos No. 2003006390-0 y No. 2003008867-0. Tomados de la Sentencia SC296-2021 del 15 de febrero de 2021 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 05001-31-03-013-2010-00006-01), M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

³ Artículo 1070. Prima devengada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo. Sin embargo, en caso de siniestro total, indemnizable a la luz del contrato, la prima se entenderá totalmente devengada por el asegurador. Si el siniestro fuere parcial, se tendrá por devengada la correspondiente al valor de la indemnización, sin consideración al tiempo corrido del seguro.

Particularmente, la **Superintendencia Financiera** resolvió una consulta en el sentido de determinar si procedía o no la devolución de la prima del seguro en caso de que el crédito se hubiera pagado antes del término inicialmente pactado⁴:

«La prima de seguro, concebida como precio del seguro guarda estrecha relación con la vigencia del contrato, esto es, el período durante el cual el asegurador asume el riesgo. De esta relación prima - vigencia del seguro y de la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato, surge la noción de prima devengada que se concreta en la determinación del momento en que la prima, como contraprestación por la protección a los intereses del asegurado, se causa realmente en cabeza del asegurador.

Al respecto el artículo 1070 del código de comercio consagra que “...el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo”. Así, éste va ganando gradualmente la prima día a día, a medida que transcurre la vigencia del contrato y sólo a su expiración puede considerarla totalmente devengada en la medida que ha desarrollado la actividad necesaria tendiente a asumir el riesgo y cubrir la prestación asegurada si ocurre el siniestro.

Sin embargo, el mismo artículo 1070 establece como excepción a esta regla de la proporcionalidad de la prima, la de que en caso de presentarse un “...siniestro total, indemnizable a la luz del contrato, la prima se entenderá totalmente devengada por el asegurador”.

Se impone así que, bajo el supuesto de irrumpir un siniestro que imponga al asegurador el cumplimiento de la obligación de pagar la prestación asegurada por la pérdida total del riesgo asumido, el seguro ha cumplido su finalidad.

Ante la ausencia de interés asegurable, si se han cancelado primas correspondientes a vigencias posteriores a aquella en que ocurrió el riesgo asegurado, la compañía de seguros está en la obligación de devolver las primas pagadas no devengadas correspondientes a dichas vigencias posteriores. La mora en el cumplimiento de tal obligación permite a quien tenga el derecho hacerla efectiva “con indemnización de los perjuicios moratorios”.

Ahora bien, cuando se cancela en su totalidad el crédito, como se señala en su comunicación, habría lugar a solicitar devolución de primas pagadas por concepto de seguro, siempre y cuando las mismas correspondan a vigencias posteriores a aquella en que se canceló el crédito”»

Igualmente, conforme al artículo 1070 del C. Co. ya citado, es importante aclarar que así no haya transcurrido la totalidad del tiempo previsto, cuando se hayan presentado siniestros totales o parciales, la prima se devengará de forma anticipada, ya sea total o parcialmente, de manera que no es necesario que el asegurador espere a que finalice la vigencia para apropiarse de la prima que fue pagada en forma anticipada por el tomador del seguro.

Por ello, previo a acceder a cualquier solicitud de devolución de prima no devengada cuando se ha pactado la tarifa a prorrata tiempo, es necesario verificar que dicha reducción en la vigencia del contrato garantizado comporte la finalización del riesgo asegurado, pues, si persiste el riesgo de incumplimiento, no es procedente la devolución de una prima no devengada, dado que existiendo aún la posibilidad de siniestro, esta se devengaría total o parcialmente en caso de que se realizara el riesgo asegurado, en los términos del art. 1070 del C. Co.

En los seguros colectivos, esta norma se aplicará sólo al seguro sobre el interés o persona afectados por el siniestro.

En los seguros múltiples, contratados a través de una misma póliza, y con primas independientes, se aplicará al seguro o conjunto de seguros de que sean objeto el interés o la persona afectados por el siniestro, con independencia de los demás. Este artículo tan solo puede ser modificado por la convención con el objeto de favorecer los intereses del asegurado.

⁴Superintendencia Financiera, Concepto 2013093735, Diciembre 9 de 2013, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil/financiero-cambiarior-y-seguros/cancelacion-total-de-credito-da-lugar-devolucion>, En línea, octubre 4 de 2022.

Se requiere también, antes de proceder con la devolución de la prima no devengada, que se realice la correspondiente reducción de las vigencias de los diferentes amparos y que dicha petición cuente con el visto bueno y aceptación expresa por parte del asegurado o beneficiario de la garantía, pues no sería suficiente para esos propósitos una simple petición de reducción de vigencias realizada por parte del contratista garantizado.

Sin perjuicio de lo expuesto, es procedente mencionar que un importante sector de la doctrina colombiana⁵ ha sostenido de tiempo atrás una posición diferente, la cual considera que en los seguros de cumplimiento, sin importar la forma como se haya determinado la tarifa, el asegurador garante devengará totalmente la prima cobrada desde el mismo momento en que haya empezado a cubrir el riesgo de incumplimiento y sin importar que la obligación garantizada se cumpla con anterioridad a la fecha a la que se hubiere comprometido el deudor, con lo cual, bajo ningún escenario sería procedente la devolución de las primas pagadas en forma anticipada por el seguro de cumplimiento.

Al respecto indica en su obra el profesor Ossa:

«Lo que se asegura en los seguros de cumplimiento, es la ejecución, como un todo indivisible, de la obligación del deudor afianzado. Por eso, aunque muy otra es la praxis empresarial en nuestro mercado, es por

lo que creemos que la prima debiera determinarse, no en función de una vigencia temporal [...] sino de la naturaleza, importancia, cuantía y demás especificaciones del contrato afianzado. Y, algo más, que debiera considerarse devengada en su integridad desde el momento en que, debidamente celebrado se inicie su ejecución, durante la cual el riesgo asegurado puede ser objeto de alteraciones favorables o adversas, pero cuya realización solo está llamada a producirse el día cierto preestablecido en el contrato principal.»

Sin perjuicio de los interesantes y sustentados argumentos expuestos por los tratadistas en mención, nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna norma que permita aplicar un sistema de devengo de la prima diferente al previsto en el art. 1070 del C. Co., lo cual dificulta en la práctica sostener que se devengó totalmente la prima cuando no ha corrido la totalidad del término del seguro o se ha producido una pérdida total. Al respecto, sería deseable una norma especial que regulara la materia para el seguro de cumplimiento, pues es innegable que sus características ameritan un tratamiento diferenciado a los demás seguros.

Conclusión

La devolución de la prima en contratos de seguro de cumplimiento cuando se cumplen las obligaciones garantizadas antes del plazo inicialmente pactado en el contrato sería únicamente procedente cuando se haya verificado que en efecto el riesgo de incumplimiento terminó, y siempre y cuando la prima se haya cobrado a prorrata tiempo, conforme se explicó.

⁵ OSSA GÓMEZ, J. Efrén. *Teoría general del seguro. El contrato*. Ed. Temis. Bogotá D.C. 1991. Pág. 508. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Hernán Fabio López quien indica: «Existen algunos ramos – por ejemplo, manejo y cumplimiento – en los cuales las primas no se devengan día a día como usualmente ocurre, sino que se causan en su totalidad, para el periodo estipulado y sin que haya lugar a solicitar su devolución, caso de que el contrato llegue a terminarse antes del plazo señalado». *Comentarios al contrato de seguro*. Ed. Dupré. Bogotá D.C. 2004. P. 92

02

DEVOLUCIÓN DE LA PRIMA DE LA PÓLIZA
DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUANDO
SE DECLARA DESIERTO EL PROCESO
DE SELECCIÓN O CUANDO ESTE SE REVOCA
POR PARTE DE LA **ENTIDAD ESTATAL**

¿Es procedente la devolución de la prima correspondiente a la póliza de seriedad de la oferta cuando el proceso de selección se declara desierto? ¿Qué ocurre con la prima en los casos en que el proceso es revocado por la entidad estatal?

Consideraciones

Sea lo primero recordar que a través de la garantía seriedad de la oferta se ampara el riesgo del incumplimiento de la oferta, conforme a lo expresamente dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes eventos: i) la no ampliación de este amparo cuando el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato es prorrogado; ii) el retiro de la oferta una vez vencido el plazo para su presentación; iii) la no suscripción del contrato sin justa causa por el adjudicatario; y iv) el no otorgamiento de la garantía de cumplimiento.

En concordancia con lo anterior, para efectos de abordar la pregunta planteada en relación con la procedencia o no de la devolución de la prima de la póliza de seriedad de la oferta cuando el proceso ha sido declarado desierto, así como en aquellos casos en que el proceso es revocado por la entidad estatal, se hizo el análisis de tres supuestos que se describen a continuación:

Primer escenario: el proceso de selección es declarado desierto.

Respecto del escenario en el que el proceso de selección es declarado desierto, mismo que no presenta mayores dificultades desde el punto de vista conceptual, la **Superintendencia Financiera de Colombia** emitió el **Concepto No. 2010054304-002** del 21 de septiembre de 2010, en el cual sostuvo:

« **a)** La garantía de seriedad de la oferta tiene por objeto cubrir los perjuicios causados a la entidad contratante por no mantener el licitante, durante la etapa precontractual, los ofrecimientos hechos en su propuesta en los términos y condiciones que se hubieren establecido.

- b) En los casos en que la entidad declara desierto el proceso de selección, se afirma que el riesgo que se cubre a través de la póliza de seriedad de la oferta efectivamente se trasladó a la aseguradora y corrió por su cuenta, a pesar de no haber favorecido la selección a ningún proponente.
- c) En atención a lo anterior la prima en comento se devengó y por lo tanto no es procedente su devolución.»

Segundo escenario: el proceso de selección es revocado por la entidad.

Por su parte, cuando se habla de la revocatoria del proceso de selección, nos ubicamos en el escenario de la revocatoria directa de un acto administrativo (el de apertura) por la entidad estatal, adelantada con fundamento en lo establecido en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (Ley 1437 de 2011)⁶, siempre y cuando se cumplan los presupuestos dictados por dicha norma.

La posibilidad de hacer uso de la citada facultad resulta evidente si se observa que el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015⁷ estableció expresamente que el acto de apertura del proceso licitatorio posee el carácter administrativo, con lo cual es procedente, aun cuando dicha facultad no se encuentre expresamente consagrada en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1082

de 2015, hacer uso frente a él de los mecanismos establecidos en el CPACA, mismos entre los cuales destaca la revocatoria del artículo 93 en comento⁸.

Ahora bien, la revocatoria del proceso de selección se puede dar en dos (2) momentos, a saber: antes de recibir ofertas y con posterioridad a la recepción de estas. Sobre el particular, la **Sección Tercera del Consejo de Estado**, en el proceso identificado con el radicado 31297, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2014, señaló:

«En suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad.

En ese sentido, lo puede hacer discrecionalmente hasta antes de que los interesados presenten sus ofertas dentro del proceso de selección, porque hasta ese momento ninguna situación particular puede afectar; pero, cuando ya se haya presentado alguna oferta, para revocar el acto la administración debe iniciar la actuación de que trata el artículo 28 del C.C.A.⁹ y solicitar el consentimiento de quien o quienes la hayan presentado dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones. En este último caso, de no contarse con tal consentimiento, si se produce la revocatoria el acto

⁶ **Artículo 93. Causales de revocación.** «Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona»

⁷ **Artículo 2.2.1.1.2.1.5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección.** «La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título. El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar: 1. El objeto de la contratación a realizar. 2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación. 3. El Cronograma. 4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos. 5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas. 6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes. 7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección».

⁸ Cfr. Covilla Martínez, J. (2019). La revocación del acto de apertura del procedimiento de selección de contratistas y la responsabilidad del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.ueexternado.edu.co/entities/publication/d848e124-f612-4279-9040-be7ea3f56bd6>. En igual sentido, véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de marzo de 2014, exp. 25.750.

⁹ En la actualidad, artículo 37, Ley 1437 de 2011: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

surge viciado de nulidad por expedición irregular, a menos que se presente el supuesto previsto en la parte final del inciso segundo del artículo 73 del C.C.A.¹⁰ (que el acto haya ocurrido “por medios ilegales”), caso en el cual la administración puede revocarlo directamente, en cualquier estado del proceso de selección (hasta antes de la adjudicación o de la declaratoria de desierto), sin que entonces requiera el consentimiento expreso de los participantes” »
(Destacado fuera del texto original)

Atendiendo a lo expuesto, corresponde indicar que la respuesta a la procedencia de la devolución de prima en caso de revocatoria directa del acto administrativo de apertura dependerá de la hipótesis en la que nos ubiquemos, en la medida en que:

- a) En el escenario en que no se hubiese presentado aún la oferta, no habría principiado a correr el riesgo respaldado por la aseguradora y, por lo tanto, la devolución sería procedente porque esta no puede percibir una prima a cambio de no haber cubierto ningún riesgo;*
- b) No ocurriría lo mismo en el escenario en que ya se hubiese presentado la oferta correlativa, pues en este no sería procedente la devolución de prima, toda vez que esta se habría devengado desde el momento de presentación de la propuesta por parte del tomador del seguro.*

Tercer escenario: devolución de primas en pólizas de seriedad de la oferta cuando la oferta se descarta por sistema de balotas.

Consideraciones

A manera de contextualización, en la práctica se suele solicitar, por parte del tomador de la póliza de seriedad de la oferta, sin que ello tenga asidero normativo, la devolución de la prima correlativa cuando la oferta ha sido descartada mediante el sistema de balotas, bajo la consideración de que no existió riesgo alguno.

¹⁰ En la actualidad, artículo 97, Ley 1437 de 2011: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Efectivamente, tal consideración resulta errónea si se observa que conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 «La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato» (resaltado fuera de texto). Al respecto, es necesario recordar que, con relación a dicha disposición normativa, ha indicado la **Superintendencia Financiera**, por medio del **Concepto No. 2010054304** del 21 de septiembre de 2010, que «... la vigencia de dicha garantía inicia desde el momento en que se cierra el término para la presentación de propuestas hasta la aprobación de la garantía única de cumplimiento para la etapa contractual».

En concordancia con lo anterior, indicó en la misma oportunidad el ente supervisor —bajo el análisis de si hubo riesgo o no en un escenario fáctico muy similar al planteado, con lo cual se ratifica lo previamente manifestado— que:

«..., cuando el proponente ha participado activamente durante la etapa precontractual en el proceso licitatorio, no podría colegirse que no hubo asunción del riesgo por parte de la entidad aseguradora por el hecho de no resultar favorecido con la adjudicación del contrato o, como en la hipótesis planteada, que la licitación fue declarada desierta, pues lo cierto es que la aseguradora estuvo expuesta a los riesgos asegurados, manteniéndose presta a responder por su obligación condicional adquirida en la garantía extendida, circunstancia que hace evidente que devengó la prima sin que dé lugar a devolución. (Destacado fuera del texto original)»

Conclusión

En síntesis, a la luz del ordenamiento jurídico patrio, es claro que el asegurador que expide una póliza de seriedad de la oferta asume un riesgo desde que el oferente la presenta, independientemente de si la oferta es valorada o descartada o es premiada o no con la adjudicación del contrato.

Por consiguiente, la conclusión a la que arriban en sus pronunciamientos, tanto la Superintendencia Financiera como el Consejo de Estado, es totalmente acertada, bajo la premisa básica de que, en la práctica del mercado colombiano, en el amparo de seriedad de oferta se cobra una tarifa única por vigencia, de tal suerte que la mayor o menor duración del amparo resulta irrelevante para efectos del cálculo de la prima.

De tal manera, si se extiende la vigencia no se genera prima adicional y si se reduce tampoco procede ninguna devolución, siempre y cuando el asegurador haya empezado a cubrir el riesgo asegurado, lo cual se verifica con la presentación de la oferta a la entidad contratante, por parte del oferente garantizado, sin que en últimas importe si el proceso de licitación termina declarándose desierto o la entidad contratante revoca la invitación.

03

COBRO DE PRIMA ADICIONAL
EN CASO DE PRÓRROGA
EN LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA
POR SUSPENSIÓN EN
LA EJECUCIÓN DE **UN CONTRATO**

¿Es procedente cobrar una prima adicional cuando el contrato garantizado se prorroga al haberse suspendido su ejecución y, por lo tanto, también se deba prorrogar la vigencia de los amparos contenidos en el seguro de cumplimiento?

Consideraciones

Para determinar la procedencia del cobro de la prima en el evento de una prórroga debido a una suspensión contractual, es necesario tener en cuenta que la garantía de cumplimiento cubre el riesgo de un eventual incumplimiento total o parcial, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015¹¹, por parte del tomador de cualquiera de las obligaciones del contrato garantizado durante la vigencia del seguro.

En concordancia con lo anterior, es necesario destacar que, conforme a lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, el *amparo de cumplimiento* debe mantenerse vigente al menos hasta la liquidación del contrato (artículo 2.2.1.2.3.1.12.¹²); el *amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo* debe estar vigente hasta su amortización o hasta la liquidación del contrato de acuerdo con lo que determine la entidad estatal (artículo 2.2.1.2.3.1.10.); y el *amparo de salarios y prestaciones sociales* tendrá que estar vigente durante la ejecución del contrato y tres (3) años más (artículo 2.2.1.2.3.1.13.).

Siguiendo con la línea argumentativa trazada, es importante recordar que la prima se puede definir como «la contraprestación a cargo del tomador y en favor de la aseguradora **por el hecho de asumir el amparo** y la obligación de indemnizar frente a la ocurrencia de un determinado siniestro¹³», por lo cual, al asumirse un riesgo o extenderse el mismo, es procedente el cobro de la prima correspondiente.

¹¹ **Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento.** «La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: [...] 3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de: 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista; 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista; 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.»

¹² **Artículo 2.2.1.2.3.1.12. del Decreto 1082 de 2015. Suficiencia de la garantía de cumplimiento.** «La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato. El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV, ...» (Destacado fuera del texto original). Es de resaltar que esta disposición, si bien suele regir en la celebración de contratos estatales, en la contratación privada la vigencia suele equipararse a lo dictado en contratación pública.

¹³ López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguros*. 6ta Edición, 2014, Editorial Dupré, p. 170.

Con relación a la suspensión del contrato, debe considerarse que, a pesar de que esta recaiga sobre el mismo, el vínculo entre las partes subsiste, es decir, la relación entre contratante y contratista permanece vigente incluso en esos periodos en los cuales no se está desarrollando el objeto contractual principal, por cuanto el contrato no ha finalizado.

En este sentido, a pesar de que se pueda suspender la ejecución de la obligación principal, esto no supone la suspensión de la ejecución de otras obligaciones inherentes al contrato (por ejemplo, la vigilancia de la obra, la correcta inversión del anticipo, el pago de salarios y prestaciones sociales, etc.), por lo que, para todos los efectos, resulta necesario que se proceda, por el contratista garantizado o tomador, a la ampliación de la vigencia de la garantía en el mismo término que sea ampliado el contrato estatal, para garantizar la suficiencia de aquella en los términos requeridos por el Decreto 1082 de 2015 y demás disposiciones normativas concordantes, todo lo cual conlleva el pago de la correspondiente prima.

Lo anterior, esto es, la necesidad de ampliar la vigencia de la garantía y, por lo tanto, pagar la prima correlativa, resulta tanto o más notorio si se observa que el propio **Consejo de Estado** ha indicado, de larga data, que no es posible considerar que la ampliación del contrato de seguro se da de forma automática por la misma vigencia adicional del contrato amparado, así:

«Ahora, si bien las normas contractuales contenidas tanto en la Ley 80 de 1993 como en el Decreto 679 de 1994 y las demás normas que lo regulan y complementan establecen la obligación a cargo del contratista de mantener vigentes las pólizas de garantías hasta la liquidación del contrato estatal, no puede entenderse que ante el incumplimiento de dicha obligación el término de vigencia del contrato de seguro es el mismo previsto en la ley para liquidar el contrato estatal.

... Luego, sí lo que ocurre es que en un determinado contrato estatal el contratista constituye una Póliza de seguro con el objeto de garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión de su celebración pero no da cumplimiento a su obligación de mantener su vigencia durante la ejecución y liquidación, es evidente que en estos casos dicha vigencia no se puede ampliar aplicando los términos de liquidación del contrato, pues se repite la regulación de dicho procedimiento es totalmente diversa e independiente de la regulación prevista para el contrato de seguro.

..., con todo lo expuesto se entiende que en todos aquellos contratos estatales en los cuales se extienda o se prorrogue el plazo inicialmente acordado por las partes, son las mismas normas contractuales las que le imponen al contratista el deber de extender o prorrogar el término de vigencia de las garantías constituidas, normas que son de orden público y de obligatorio cumplimiento para todos sus destinatarios, pues por medio de éstas lo que se procura es proteger el patrimonio público.¹⁴ (Destacado fuera del texto original).»

Por consiguiente, es claro que con la suspensión del contrato garantizado no es procedente la suspensión del contrato de seguro que lo ampara, tal circunstancia se traduce en que sea necesaria la ampliación de la vigencia de los amparos de la garantía de cumplimiento para que sigan vigentes hasta que se verifique la nueva fecha de terminación o de liquidación del contrato estatal, es apenas lógico que, habiéndose cobrado dichos amparos bajo una tarifa o tasa anual a prorrata tiempo, lo procedente es, con dicha extensión, el cobro adicional de prima.

Conclusión

De lo visto en las consideraciones precedentes, se tiene que cuando se suspende la ejecución principal del contrato la garantía debe mantenerse vigente para cubrir las obligaciones susceptibles de incumplimiento durante este periodo, razón por la cual hay lugar al devengo de la prima, al correr el riesgo de incumplimiento por cuenta de la aseguradora; situación que conlleva igualmente a considerar que, en caso de que el contrato deba prorrogarse a consecuencia de una suspensión, será procedente solicitar el cobro de la prima en proporción al plazo de la correspondiente ampliación de la garantía, pues no es factible ni viable considerar, tal y como lo ha reconocido el **Consejo de Estado**, que por la simple ampliación del plazo de ejecución del contrato garantizado se da la ampliación de los amparos consagrados en la póliza de seguro de cumplimiento.

Habiéndose pactado una tasa anual a prorrata y extendiéndose la vigencia de los amparos de la garantía de cumplimiento es apenas lógico que proceda igualmente el cobro de prima adicional, salvo que se hubiere pactado una tasa única, en la cual la extensión de la vigencia no generaría cobro de prima adicional.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 27 de enero de 2016 (Rad. 08001-23-31-000-2002-02810-01 (45943), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

04

CONTRATACIÓN DE LAS PÓLIZAS
DE CUMPLIMIENTO QUE
AMPARAN LOS CONVENIOS
INTERADMINISTRATIVOS

¿Qué procedimiento deben adelantar las entidades públicas ejecutoras de convenios interadministrativos para la contratación del seguro de cumplimiento que garantiza tales convenios?

Consideraciones

En primer lugar, es necesario resaltar que, desde un punto de vista funcional,

«... los contratos interadministrativos son aquellos que suscriben las entidades públicas entre sí, que pretenden el intercambio de prestaciones de servicios con contribución económica y la satisfacción de necesidades contrapuestas, rigiéndose por el Estatuto General de Contratación Pública. A su vez, los convenios se efectúan para aunar esfuerzos institucionales, con el fin de satisfacer un mismo interés y no implican necesariamente contraprestaciones mutuas como sucede en los contratos interadministrativos, de conformidad con la Ley 489 de 1998.¹⁵»

A su vez, es importante recordar que, según lo establecido en el inciso 5° del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, para los contratos interadministrativos¹⁶ no será obligatoria la constitución de garantías, caso en el cual le corresponderá a cada entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

Respecto de la anterior disposición, la **Oficina Jurídica** de la **Contraloría General de la República**, mediante documento con fecha 14 de enero de 2013, manifestó:

«En cuanto a la excepción contemplada por las normas en cita para el otorgamiento de garantías, se observa claramente la no obligación de constituir las en los contratos a los cuales hacer referencia en su escrito, es decir, en los contratos interadministrativos.

Los contratos interadministrativos constituyen una de las causales de la modalidad de selección de contratación directa establecida en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

... La expresión contenida en las normas transcritas en el presente escrito no son imperativas, lo que significa que, si del estudio y análisis de riesgos que se realicen se determina que deben existir garantías para la ejecución de los contratos interadministrativos, visto lo que contemplan las normas puede decirse, que a pesar de no ser obligatoria su constitución, no se prohíben.

Si llegare a celebrarse después del proceso de licitación pública un contrato interadministrativo para la ejecución de una obra, no podría pensarse que dicho contrato en virtud a que no es obligatoria la constitución de sus pólizas no deben ser obtenidas, máxime si se tiene en cuenta que su participación el proceso de licitación pública, permitir la no constitución, determinaría un desigualdad para todos los participantes del proceso.

En resumen, no podemos decir, de manera general que ningún contrato interadministrativo requiere la constitución de pólizas o garantías, dependerá del

¹⁵ Departamento Administrativo de la Función Pública. Circular 002 de 2019. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90689#:~:text=De%20acuerdo%20con%20lo%20establecido,por%20el%20Estatuto%20General%20de>

¹⁶ Corresponde destacar que al tenor de la citada disposición: **«Artículo 7. De las garantías en la contratación.** [...] Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.»

tipo de riesgo que pueda suceder durante la ejecución del contrato y de la modalidad de contratación que las normas permitan para la celebración de contratos interadministrativos como fue expuesto.¹⁷»

Por lo anterior, en caso de que la entidad que funja como contratante considere, en atención al tipo de riesgos a los que se encuentra expuesta la ejecución del objeto contractual, que se deben constituir garantías por parte de la entidad contratista, esta última podrá hacerlo de la siguiente manera:

1. Para la contratación de la póliza de cumplimiento, la entidad contratista debe adelantar el proceso de selección previsto en la ley (artículo 2°, Ley 1150 de 2007): licitación pública o selección abreviada, en este último caso si se trata de un contrato de menor cuantía. El valor del contrato dependerá del valor de la prima del seguro¹⁸.
2. Si la entidad acude a los servicios de un intermediario para la contratación del seguro, su designación también debe estar precedida del proceso de selección que corresponda (artículo 2°, Ley 1150 de 2007): licitación pública o selección abreviada. También debe considerarse que en los casos en que el contrato con el intermediario incluya actividades adicionales a la simple intermediación, como en el caso de la asesoría, procede la selección a través del concurso de méritos.

Conclusión

En atención a la calidad de entidad estatal del tomador de la póliza de cumplimiento, en caso de que ello sea requerido por la entidad contratante en el marco del contrato interadministrativo, se considera necesario que las aseguradoras verifiquen el agotamiento del correspondiente proceso de selección, bien sea para la adquisición de pólizas directamente por parte de la entidad, o para la selección del intermediario por parte de la entidad pública, al momento de la expedición de los seguros que amparan los contratos interadministrativos.

¹⁷Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Documento con Radicado No. 2013EE0001508 del 14 de enero de 2013. http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/cgr_ee1508_13.pdf Consultado en línea el 26 de abril de 2023.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2012 (Radicado No. 11001-03-06-000-2012-00016-00 (2092)), C.P. William Zambrano Cetina.

05

PRESCRIPCIÓN EN EL SEGURO
DE CUMPLIMIENTO

¿Desde qué momento se entiende que la entidad estatal, en el seguro de cumplimiento, tuvo conocimiento del hecho que da base a la acción con el fin de establecer el momento a partir del cual empieza a correr el término prescriptivo?

Consideraciones

La prescripción ha sido definida por el ordenamiento jurídico, más concretamente por el artículo 2512 del Código Civil (C. C.), como aquel «modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso» De allí que la misma se clasifique, «... según se circunscriba al campo de los derechos reales o personales o los personales, en prescripción adquisitiva o usucapión y prescripción extintiva o liberatoria»,^{19 20}

En cuanto a la prescripción extintiva, el artículo 2535 del Código Civil establece que «... la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones y del mismo modo, este tiempo se contabiliza desde que la obligación se haya hecho exigible».

Ahora bien, en tratándose de las acciones provenientes del contrato de seguro, la prescripción extintiva se encuentra regulada por el régimen especial dispuesto por el artículo 1081 del Código de Comercio, norma que regula no solo los términos para su configuración, sino también el momento a partir del cual debe realizarse el cómputo, así:

«Artículo 1081. Prescripción de acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.»

En concordancia con el tenor literal de la norma precitada, ha sostenido pacíficamente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que el Legislador formuló dos (2) modalidades de prescripción con fundamento en criterios diferentes, a saber, la ordinaria con carácter subjetivo y la extraordinaria con carácter objetivo, teniendo en cuenta que los dos términos de las prescripciones referidas pueden correr simultáneamente²¹.

La ordinaria, fijada en la ley en dos (2) años, tiene un propósito eminentemente garantista para los asegurados que no hayan tenido o debido tener conocimiento del acaecimiento del siniestro, por lo que, en palabras de la Corte Suprema, para esta especie de prescripción extintiva «... no basta el acaecimiento del hecho que da base a la acción, sino que por imperativo legal ‘se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer este hecho, momento a partir del cual ese término fatal que puede culminar con la extinción de la acción ‘empezará a correr’ y no antes, ni después»²²

¹⁹ Cfr. Bonivento Jiménez, J. (2017). Obligaciones. Bogotá: Ed. Legis, p. 477.

²⁰ Bedoya Chavarriaga, J. (2020). La prescripción extintiva en el contrato de seguro: una aproximación a su incidencia y configuración en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista Ibero-Latinoamericana de seguros, (53), Pág. 184.

²¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (M.P. Alberto Ospina Botero; marzo 4 de 1989)

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 12 de febrero de 2007. Exp. 68001310300119990074901.

Por su parte, la prescripción extraordinaria cumple un propósito diferente de la ordinaria. Aquí no interesa en absoluto si el asegurado o la parte tiene, tuvo, debió o pudo tener conocimiento del siniestro. Este término será de cinco (5) años y correrá contra toda clase de personas a partir de la fecha en que ocurrió el siniestro; por eso es objetiva, su propósito es definir situaciones jurídicas no resueltas por el trascurso del tiempo²³.

Descendiendo al caso concreto, es necesario destacar que, en materia del seguro de cumplimiento pactado como garantía de las obligaciones de un contrato estatal, la forma en que el asegurado o beneficiario de la póliza (que corresponde a la entidad estatal) ejerce sus derechos cuando ha acaecido el siniestro es diferente de lo que ocurre en el derecho privado, por lo que también lo será la forma de abordar el cómputo de la prescripción, con las precisiones realizadas por el **Consejo de Estado** al indicar que:

«5) En el seguro de cumplimiento pactado como garantía de las obligaciones derivadas de un contrato estatal, la prescripción ordinaria es aplicable a todo interesado que tenga o haya debido tener conocimiento de siniestro, tal como ocurre con las partes del contrato de seguro y también con el beneficiario cuando este es una entidad estatal que, de acuerdo con la ley, tiene a su cargo la vigilancia y control de la ejecución del contrato, posición en virtud de la cual le es exigible enterarse acerca de los hechos que pueden servir de sustento para la efectividad de los amparos otorgados en su favor.

6) En este caso particular, la prescripción que opera en relación con el beneficiario es la ordinaria, toda vez que tenía la carga de verificar el cumplimiento cabal y oportuno de las obligaciones de su contratista.

7) La Sala no comparte la afirmación del tribunal según la cual la prescripción debe contabilizarse en este caso desde la realización de la audiencia de descargos porque, en su criterio, ese fue el momento en el cual se tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro correspondiente al incumplimiento derivado del no pago de las obligaciones parafiscales por parte del contratista; por el contrario, es evidente que desde la citación a descargos la entidad conocía de los hechos en los cuales se fundamentó, pese a lo cual este tampoco ha de ser el referente para la contabilización del término extintivo.²⁴»

Teniendo claro lo anterior, no puede dejar de observarse que, mientras que en un seguro entre particulares el asegurado o beneficiario tendría que presentar una reclamación formal ante la compañía de seguros, conforme a lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio, o formular una demanda judicial en su contra requiriendo la indemnización por la ocurrencia del siniestro, en el ámbito de contratación estatal a la Administración le es necesario proferir un acto administrativo²⁵, haciendo efectiva la póliza de seguro y requiriendo la reparación de sus perjuicios como beneficiaria de la póliza, con el lleno de requisitos legales establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011²⁶.

²³ Tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional «Ha sido universalmente aceptado que la causa que justifica el instituto de la prescripción de la acción, es sin duda, la seguridad jurídica y el orden público, pues el interés general de la sociedad exige que haya certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas. Sin embargo, también se afirma que es la lógica consecuencia de la negligencia o inactividad de quien debe hacerla valer oportunamente, esto es, dentro del tiempo y condiciones que consagra la ley, porque las acciones duran mientras el derecho a la tutela jurídica no haya perecido y ese derecho, generalmente, subsiste en tanto y en cuanto no se haya perdido por la inactividad del titular» (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-658 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: noviembre 11 de 1998)).

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 01 de marzo de 2023 (Rad. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276), C.P. Fredy Ibarra Martínez.

²⁵ Al respecto se puede consultar: Ordoñez, A. (2011). *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*. Ed. Externado. Bogotá D.C., p. 92 y 93. Díaz-Granados, J. M. (2011). La eficacia del seguro de cumplimiento en Colombia. Memorias del XVI Encuentro Nacional de Acoldece, p. 320 y ss.

²⁶ Robledo Vallejo, L. (2015). *La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia*. RIS Bogotá. Enero-junio de 2015, p. 97.

De esta manera, no cabe duda de que el plazo para proferir el correlativo acto administrativo estableciendo la afectación de la garantía única de cumplimiento será el de la prescripción ordinaria, esto es, dos (2) años, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado al manifestar que:

«Con base en una extensa línea jurisprudencial, se entiende que, desde el momento en que la entidad tiene conocimiento del hecho que da origen a la acción, cuenta con un término de 2 años para proferir el acto administrativo mediante el cual declara la ocurrencia de un siniestro y lo cuantifica²⁷.»

Lo anterior constituirá entonces la regla general, sin perjuicio de la cual es claro que en los eventos en que la entidad estatal hubiese tenido un conocimiento tardío del incumplimiento contractual por parte del contratista, nunca podrá proferir el correspondiente acto administrativo si ya hubieren transcurrido más de cinco años desde la fecha del siniestro, pues se verificaría en todo caso el término de prescripción extraordinaria previsto en el citado art. 1081 del C. Co.

En materia de garantía única de cumplimiento, es adicionalmente indispensable revisar el texto del artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, que dispone:

«Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Destacado fuera del texto original).»

De conformidad con la norma transcrita, según nos encontremos en presencia de un incumplimiento contractual (caso general) o en la declaratoria de caducidad o imposición de multas (caso especial), se deberán observar las siguientes consideraciones:

- i) Si se trata de incumplimiento contractual, la prescripción de las acciones en comento iniciará, conforme pacíficamente lo ha sostenido el Consejo de Estado en los fallos precitados, desde que se configure ese incumplimiento, esto es, desde que el contratista desatienda las obligaciones a su cargo y la entidad estatal haya debido tener o tenga conocimiento de ello, bien sea por medio de actas de interventoría o liquidación del contrato.

Lo anterior, porque el acto administrativo deberá proferirse dentro de los (2) años siguientes al conocimiento que tuvo la entidad contratante del correspondiente incumplimiento contractual y en todo caso nunca en un plazo superior a cinco años desde el correspondiente incumplimiento. Debe destacarse que el acto administrativo que declare el incumplimiento no es constitutivo del siniestro, sino meramente declarativo, por cuanto su expedición cumple las veces de reclamación, y el siniestro, que consiste en el incumplimiento imputable al contratista, se ha verificado previamente y sirve como sustento fáctico y motivación del acto administrativo.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. MP Alberto Montaña Plata. 10 de febrero de 2021. Rad. 57454

Al ser igualmente un acto administrativo declarativo del siniestro, no es necesario que el mismo se profiera mientras se encuentre vigente el contrato de seguro, pues para efectos de delimitación temporal de la cobertura lo que importa es simplemente que el incumplimiento imputable al contratista se hubiere verificado o producido durante la vigencia del seguro.

Por consiguiente, en estos casos, el término prescriptivo correría desde el momento en que se expide el acto administrativo que hace efectiva la medida correspondiente, a saber, que impone la multa o declara la caducidad, siendo menester indicar que en este específico caso deberá tomarse en consideración lo dispuesto en los artículos 91 y 164 del CPACA en relación con el término de cinco (5) años con el que cuenta la entidad estatal para hacer efectivas las condenas impuestas, so pena de que opere la pérdida de ejecutoria del acto administrativo.

- ii) Escenario diferente se presenta cuando se trata de la imposición de multas o la declaratoria de caducidad (caso especial), teniendo en cuenta que dichos actos administrativos constituyen *per se* el siniestro, por consiguiente, los actos administrativos de multa y de caducidad necesariamente deben expedirse mientras se encuentre vigente el amparo de cumplimiento, pues, de lo contrario, el siniestro se entendería ocurrido por fuera de la vigencia del seguro y desprovisto de cobertura. Adicionalmente, desde el punto de vista de competencia temporal de la administración para sancionar al contratista incumplido, es claro que, tanto las multas como la caducidad administrativa son sanciones, por lo que se requiere que se profieran mientras se encuentre vigente el contrato estatal, pues habiendo fenecido ya el plazo contractual no tendría razón de ser la aplicación de sanciones.

Aunque no fue un tema siempre pacífico, pues se han expuesto varias tesis sobre el particular²⁸, con la expedición del CPACA se dispuso en la letra k) del numeral 2 del art. 164 que cuando se pretenda la ejecución de títulos derivados de contrato (y no cabría duda de que un acto administrativo declarativo o constitutivo del siniestro acompañado de la póliza de seguro constituiría un título ejecutivo complejo y así lo entiende el numeral 3 del artículo 99 del CPACA) deben ejecutarse dentro de los cinco años siguientes a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida.

Lo anterior coincide con lo dispuesto en el numeral 3 del art. 91 del CPACA, el cual establece que los actos administrativos perderán ejecutoriedad transcurridos cinco años de estar en firme si la autoridad no ha realizado los actos tendientes a su ejecución.

²⁸ Ordoñez, A. E. (2011). Op. cit. P. 100 y 101.

Conclusiones

Conforme se expuso, al contrato de seguro de cumplimiento ligado a un contrato entre particulares le serán plenamente aplicables los términos de prescripción previstos en el artículo 1081 del C. Co. para que el beneficiario de la garantía exija judicial o extrajudicialmente el pago de la prestación indemnizatoria al asegurador garante.

Cuando se trate de seguros de cumplimiento que garantizan contratos estatales será procedente, para efectos de hacer efectiva la garantía, la expedición de un acto administrativo que será, en algunos casos, constitutivo del siniestro (multas y caducidad del contrato) y en otros eventos simplemente declarativo del incumplimiento imputable del contratista.

Cuando el acto administrativo proferido sea meramente declarativo del siniestro será necesario que el mismo se expida dentro de los dos años siguientes contados a partir del momento en que la administración conoció o debió conocer el incumplimiento imputable al contratista garantizado o, en todo caso, dentro de los cinco años siguientes al momento en que se produjo el respectivo incumplimiento o siniestro, so pena de que se entienda prescrito el derecho en cabeza de la Administración, en los términos previstos en el art. 1081 del C. Co.

A contrario sensu, debe observarse, atendiendo a la literalidad del artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, que en los casos de declaratoria de caducidad o imposición de multas (caso especial), el acto administrativo deberá proferirse mientras se encuentre vigente el seguro de cumplimiento porque, de lo contrario, al ser constitutivos del siniestro mismo, se entendería que este habría acaecido por fuera de la vigencia del seguro. Por consiguiente, estando en firme el acto administrativo correspondiente en la vigencia del contrato de seguro, serán únicamente relevantes los términos de prescripción y caducidad para hacer efectivo el correspondiente acto administrativo, lo cual se deberá hacer en un plazo no mayor a cinco años, en consideración a la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos (art. 93, núm. 3 CPACA) y lo dispuesto en la letra K del numeral 2 del art 164 del CPACA.

Habiéndose proferido el acto administrativo declarativo del siniestro antes de que prescribieran los derechos en cabeza de la Administración y estando en firme dicha decisión, deberá ejecutarse el acto administrativo y hacerlo efectivo antes de que pierda fuerza ejecutoria o caduque, conforme lo explicado en el párrafo anterior.

06

PRESCRIPCIÓN DEL SEGURO
DE CUMPLIMIENTO
EN EL MARCO DEL PROCESO
DE RESPONSABILIDAD FISCAL

¿Cómo debe computarse la prescripción extintiva del contrato de seguro de cumplimiento a la luz de los derroteros dispuestos por el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 para el proceso de responsabilidad fiscal (PRF)?

Consideraciones

Sea lo primero recordar que, con ocasión de la expedición del estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011) y, más concretamente del artículo 120, se modificó la legislación patria en materia de prescripción del contrato de seguro al interior de los procesos de responsabilidad fiscal al indicar, la aludida disposición normativa, lo siguiente: «**Artículo 120. Pólizas.** Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000».

Vista la anterior disposición, es claro que esta no hace alusión a un término específico para el contrato de seguro, sino que, única y exclusivamente, se limita a remitir para efectos de la prescripción —único término referenciado en la norma— a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, lo que solo podría ser entendido desde una perspectiva sistemática como la inaplicación del término de prescripción ordinario de dos (2) años contemplado en el artículo 1081 del Código de Comercio que, para todos los efectos, resultaba incompatible con los términos de caducidad y prescripción de cinco (5) años previstos en el proceso fiscal.

Por consiguiente, en materia de procesos de responsabilidad fiscal, para la prescripción de las obligaciones en cabeza de la aseguradora garante únicamente aplicará el término de prescripción extraordinario de cinco años previsto en el art. 1081 del C. Co., que resulta coincidente con el tiempo previsto en el art. 9 de la ley 610 de 2000²⁹.

²⁹ Gómez Lee, I. (2014). El proceso de responsabilidad fiscal y sus procedimientos ordinario y verbal. Bogotá. Ed. Legis. «... el estatuto anticorrupción no controvierte el hecho de que la responsabilidad del garante tiene una fuente normativa y fáctica diferente de las de la responsabilidad fiscal, como se expuso. Simplemente, en aras de hacer prevalecer el interés general y buscando eficacia en el resarcimiento del daño al patrimonio público, la norma precisó que el término para hacer efectiva la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro amparado es de cinco años».

De esta manera, para el cabal entendimiento de las normas en comento, resulta menester, atendiendo a la exposición de motivos de la norma³⁰, tener en cuenta que:

- i) El artículo 120 de la Ley 1474 en momento alguno hace referencia o mención al vocablo caducidad, sino única y exclusivamente a la prescripción³¹, en la medida en que la intención del Legislador fue que, para el contrato de seguro, la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora prescribiese cuando no fuese oportunamente interrumpido o suspendido el término de cinco (5) años, contado desde la ocurrencia del hecho dañoso (en este caso del incumplimiento contractual), mediante la vinculación de esta al proceso de responsabilidad fiscal.
- ii) Debe recordarse que **las compañías aseguradoras no son responsables fiscales, ni tampoco son solidariamente responsables con los presuntos responsables fiscales**, por lo que no es jurídicamente viable sostener que la prescripción que corre a favor de las aseguradoras desaparece o se interrumpe con la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, que, por cierto, solo tiene como finalidad enervar la caducidad de la acción fiscal de cara a los investigados.

La Contraloría deberá vincular al proceso de responsabilidad fiscal a la aseguradora garante antes de que se verifiquen cinco años desde la ocurrencia del siniestro, en este caso, del incumplimiento contractual por parte del contratista garantizado. Vinculada la aseguradora al proceso fiscal habrá interrumpido el término de prescripción, el cual volverá a contar por

cinco años más, lapso en el cual la Contraloría deberá proferir un fallo con responsabilidad fiscal en firme, en contra del contratista garantizado y de la compañía de seguros, so pena de que se extinga la obligación indemnizatoria en cabeza de la aseguradora.

No puede simplemente entenderse que las aseguradoras quedan sometidas como un todo a los términos de caducidad y prescripción previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, primero, porque la norma no lo dijo así expresamente y, segundo, **por cuanto dicha asimilación iría en contravía de preceptos constitucionales en los cuales se ha indicado que las aseguradoras no son responsables fiscales, sino únicamente terceros civilmente responsables que solo deben responder bajo los precisos términos y condiciones previstos en el contrato de seguro.**

Recuérdese que, conforme a lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, una aseguradora puede ser vinculada al PRF en calidad de tercero civilmente responsable, por consiguiente, la obligación de la compañía de seguros, por tratarse de un tercero garante y no del obligado principal (responsable fiscal), se encuentra delimitada por los términos y condiciones expresamente pactados en el contrato de seguro celebrado, por el cual es vinculada al procedimiento.

La Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad del art. 44 en comento, en la sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, afirmó:

«... la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores

³⁰ Es pertinente recordar que tal y como se desprende de la exposición de motivos del citado artículo, el mismo solo tenía por finalidad eliminar la asimetría de términos que existía entre lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio en relación con la prescripción ordinaria y lo previsto en el artículo 9° al fijar un plazo de hasta cinco (5) años para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal (Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 2020 (Rad. 25000 23 24 000 2003 00054 01), C.P. Hernando Sánchez Sánchez)

³¹ Bedoya Chavarriaga, J. (2020). La prescripción extintiva en el contrato de seguro: una aproximación a su incidencia y configuración en el ordenamiento jurídico colombiano. Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, (53), 181-222,

públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas. »

Posteriormente, en el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-735 del 26 de agosto de 2003, expresó:

«Así pues, cuando se vincula a una compañía de seguros a un procedimiento de responsabilidad fiscal, lo que se pretende es hacer efectivas las obligaciones adquiridas en el contrato de seguro previamente celebrado, de forma que la responsabilidad civil que del citado negocio se deriva se limita, exclusivamente, al riesgo amparado en la póliza. [...] Bajo este panorama, no cabe que la compañía de seguros en el marco del procedimiento de responsabilidad fiscal: i) está llamada como tercero civilmente responsable; ii) tiene las mismas prerrogativas que las partes y iii) su responsabilidad se limita a los riesgos amparados en la póliza y los montos ahí establecidos.»

Conforme la jurisprudencia constitucional, las compañías de seguros pueden ser vinculadas a un PRF, aunque no sean gestores fiscales, en calidad de terceros civilmente responsables o garantes, sin embargo, no pueden ser consideradas como fiscalmente responsables, ni ser sometidas a las mismas pautas o reglas de responsabilidad que son aplicables para los presuntos responsables fiscales investigados. Las aseguradoras vinculadas como garantes no pueden, tampoco, entenderse como codeudores solidarios de los responsables fiscales; y el alcance de su responsabilidad, necesariamente estará delimitado, en forma precisa, por los términos y condiciones pactados en el contrato de seguro.

Conclusiones

En síntesis, es necesario concluir que cuando el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 remite al artículo 9° de la Ley 610 de 2000 para efectos del cómputo de la prescripción de las pólizas de seguro al interior de los procesos de responsabilidad fiscal, no somete a las compañías aseguradoras a la caducidad y a las reglas de dicho artículo, sino simple y llanamente fija un plazo de cinco (5) años, contados desde la ocurrencia del siniestro, para el efecto de que se vincule a la compañía aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, so pena de que se entiendan prescritas las obligaciones en cabeza de esta.

07

COMPETENCIA PARA SUSCRIBIR
CONTRAGARANTÍAS POR PARTE
DE LOS FUNCIONARIOS DE
LAS ENTIDADES ESTATALES

¿Quién tiene capacidad jurídica en una entidad pública para suscribir las contragarantías requeridas para la expedición de las pólizas de cumplimiento?

Consideraciones

Para dar respuesta a este interrogante, resulta necesario tomar como referente las disposiciones de la Ley 80 de 1993 (artículo 11), el Decreto 111 de 1996 (artículo 110), el Decreto 1985 de 1994 y el Decreto 1082 de 2015, entre otras, para establecer qué funcionarios tienen la facultad de celebrar contratos.

Tienen capacidad para contratar y comprometer a la persona jurídica de la cual hagan parte:

1. El jefe de cada órgano, de cualquier nivel:

- ◊ Presidente, contralor, procurador, director, ministro, superintendente, etc.
- ◊ Casos especiales:
 - ◆ **Rama Judicial:** Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Aunque en la Jurisdicción Especial para la Paz serán ejercidas por la Secretaría Ejecutiva de la misma.
 - ◆ **Rama Legislativa:** de manera independiente por Senado y Cámara, a través de las direcciones administrativas.

Las facultades de contratar y comprometer a la entidad estatal pueden ser delegadas en funcionarios del nivel directivo o quienes hagan sus veces, siendo necesario para su ejercicio tener presente lo contemplado en el artículo 100 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

2. El representante legal de las entidades descentralizadas por servicios:

Estas entidades pueden ser las siguientes: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, superintendencias con personería jurídica, unidades administrativas especiales con personería jurídica, empresas sociales del Estado, empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, institutos científicos y tecnológicos, sociedades entre entidades públicas, sociedades de economía mixta, las asociaciones y fundaciones creadas para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas y entidades descentralizadas indirectas.

Los jefes y representantes legales podrán delegar total o parcialmente su competencia para celebrar contratos y comprometer a la entidad:

- ◊ A funcionarios del nivel directivo o equivalente (Ley 80 de 1993, artículo 12, y Decreto 111 de 1996, artículo 110)
- ◊ Con sujeción a las cuantías que señalen:
 - ◆ Las juntas o consejos directivos de cada entidad.
 - ◆ Si no se tiene dicho órgano, la delegación podrá realizarse para contratos cuya cuantía no exceda el equivalente a 20 veces los montos fijados por la ley, para que el contrato sea de menor cuantía (literal b, art. 2, Ley 1150 de 2007)

3. El representante legal de la entidad territorial:

Los gobernadores y alcaldes son los representantes legales de los departamentos y municipios respectivamente, y tienen la competencia general para la celebración de contratos.

En algunos casos específicos, principalmente en la aprobación de los planes de inversión, se requerirá de la autorización de las asambleas departamentales y de los consejos municipales.

Podrán delegar la competencia para la celebración de contratos en los funcionarios del nivel directivo y asesor o sus equivalentes (por ejemplo, los secretarios generales del distrito o municipio) en concordancia con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1551 de 2012, expresando en el acto de delegación las funciones específicas cuya competencia se transfiere.

Los delegados no podrán subdelegar.

4. Universidades públicas:

Estas entidades tienen un régimen autónomo. La administración de las mismas se encuentra en cabeza de un Consejo Superior Universitario y un rector designado.

En estos casos es importante analizar los estatutos y el manual de contratación de la universidad, con el fin de establecer la competencia para comprometer a la entidad.

Conclusión

En síntesis, la contragarantía deberá ser suscrita por el jefe del órgano o representante legal.

En caso de delegación, deberá verificarse en el acto administrativo mediante el que se efectúa, el cumplimiento de los requisitos manifestados anteriormente.

Dada la multiplicidad de entidades estatales que pueden ser ejecutoras en los convenios interadministrativos, se recomienda, como una buena práctica de suscripción, solicitar el acto administrativo que soporta la competencia correspondiente de quien suscribirá la contragarantía.

08

RENUNCIA AL EJERCICIO
DEL DERECHO DE SUBROGACIÓN
FRENTE AL TOMADOR DEL SEGURO
DE CUMPLIMIENTO

¿Es jurídica y técnicamente viable la renuncia del asegurador al derecho del ejercicio de la subrogación frente al tomador del seguro de cumplimiento?

Consideraciones

En la práctica de suscripción del contrato de cumplimiento se presentan casos en los cuales los tomadores garantizados de los seguros de cumplimiento solicitan, como parte del proceso de otorgamiento de las garantías, la renuncia al ejercicio del derecho de subrogación por parte de la aseguradora contra ellos.

En concordancia con lo anterior, con la finalidad de abordar el interrogante planteado, corresponde precisar, en relación con la institución de la subrogación, que:

- i) Por ministerio de la ley, el asegurador, una vez pagada la indemnización, se subroga en los derechos del asegurado en contra del causante del siniestro (artículo 1096 y siguientes del Código de Comercio y artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [EOSF], este último artículo de especial y específica aplicación para el seguro de cumplimiento).
- ii) En atención al contenido de los artículos antes mencionados, el derecho de subrogación por parte de las aseguradoras se ejerce a través de un proceso declarativo (verbal) en el cual, en términos generales, se debe probar: i) que se produjo un siniestro (riesgo cubierto bajo el seguro); ii) que

se dio el pago de la indemnización; y iii) que la persona contra la cual ejerce el recobro es la responsable de la ocurrencia del siniestro, pues fue su incumplimiento el que generó la obligación de indemnizar los perjuicios causados al acreedor.

- iii) Tratándose del seguro de cumplimiento, por su naturaleza de garantía, para facilitar el recobro, adicionalmente se solicita al contratista garantizado el otorgamiento de una contragarantía **que facilita el ejercicio de la subrogación**, permitiendo principalmente que pueda seguirse un proceso de ejecución en contra del deudor incumplido, y no necesariamente un proceso declarativo verbal, como hubiera sido necesario si simplemente se subrogara en los mismos derechos y acciones que disponía el acreedor asegurado en contra del contratista garantizado.
- iv) Existen en el universo jurídico incluso otras contragarantías más robustas que pueden ofrecerse en favor del garante, que implican el otorgamiento de derechos reales sobre bienes muebles o inmuebles, y en otros casos la participación de patrimonios de terceros diferentes del deudor caucionado que se afectan también en beneficio del garante.
- v) En todo caso, de no haberse solicitado una contragarantía, o si esta tiene algún defecto que impide que se pueda hacer efectiva por parte de la aseguradora, la compañía puede acudir de todas formas al proceso verbal, con el fin de ejercer su derecho de subrogación.

En lo que atañe a la hipótesis objeto de revisión, esto es, la posibilidad de que el asegurador renuncie al ejercicio del derecho de subrogación frente al tomador del seguro de cumplimiento, se identifican las siguientes posibilidades:

- i) Existe, por regla general, una imposibilidad normativa³² de renunciar de forma general o abstracta a la subrogación, por cuanto la misma opera no por la voluntad de las partes, sino por mandato de la ley y en atención a razones de equidad, así como en procura de evitar un enriquecimiento sin causa³³.
- ii) Sin embargo, es posible, sin que ello implique un beneficio que constituya un enriquecimiento sin causa en favor del asegurado, renunciar al ejercicio del derecho de subrogación en contra de algunas personas determinadas, como en este caso pudiera ser el tomador del seguro, circunstancia en la que podrían observarse dos (2) hipótesis diferentes, a saber:

- ◆ Se renuncia al ejercicio del derecho de subrogación contra el tomador del seguro y no se le solicita la firma de contragarantías por parte de otras personas, escenario en el cual, en caso de siniestro, no habría posibilidad alguna de recobro y, por lo tanto, no se podría adelantar ningún proceso judicial (ni ejecutivo, ni declarativo).

Es importante aclarar que en ese escenario no se infringiría el principio indemnizatorio de los seguros, pues tampoco sería posible que el asegurado pudiera cobrarle al deudor por duplicado aquel importe que ya le fue pagado o indemnizado por el asegurador garante, dado que el asegurador se habría subrogado en los derechos del acreedor por mandato legal. Simplemente se trata de un pacto en detrimento del garante que, aunque es jurídicamente posible,

no contiene ningún soporte técnico que lo justifique, porque le implicará una pérdida patrimonial irrecuperable que solo beneficia al deudor incumplido y que eventualmente, en la medida en que pudiera implicar condonación del dolo futuro, pudiera incluso ser jurídicamente cuestionable, conforme lo explicado por el profesor Ossa.

- ◆ Se renuncia al ejercicio del derecho de subrogación contra el deudor garantizado, pero se solicita la firma de contragarantías por parte de terceros, por ejemplo, de los socios del tomador, caso en el cual la posibilidad de recobro sería únicamente a través del proceso ejecutivo en contra de quien otorga las contragarantías, evento que sería totalmente razonable desde un aspecto técnico y financiero.
- ◆ En concordancia con lo anterior, debe observarse que la citada renuncia al ejercicio del derecho de subrogación en contra de un sujeto determinado, que no a la subrogación en sí misma considerada como una institución jurídica, que, se insiste, opera aún en contra de la voluntad de las partes, trae aparejada la necesidad de considerar, al momento de la tarificación del seguro, la imposibilidad de recobro lo que, de suyo, habrá de conducir al establecimiento de una tasa determinada con un cálculo diferente del que normalmente se utiliza, para factorizar técnicamente el particular, al incidir los recobros en el cálculo de pérdida esperada para este tipo de seguros.

³²Al respecto, indica el profesor Ossa: «Podemos preguntarnos, entonces, para desatar la cuestión formulada, a quién (al asegurado o al responsable) puede favorecer la renuncia a la subrogación. No sin advertir que una vez adquirido, con el pago de la indemnización, el derecho respectivo, puede o no ejercerse. La renuncia misma, pactada como estipulación del contrato de seguro o, en todo caso, con anterioridad al siniestro, es otra cosa. Y podría concebirse, a lo menos teóricamente, en beneficio del asegurado o del eventual responsable del daño. 1. A favor del asegurado.— No es lícita en la medida en que conspira contra uno de los fines de la subrogación. Si el asegurado, una vez percibida la prestación asegurada, conserva su derecho contra el responsable, se hace violencia al principio de la indemnización que, como se dijo, es de orden público. 2. A favor del tercero.— No hay duda de que la subrogación significa la transmisión al asegurador del mismo derecho del asegurado contra el tercero responsable. De donde es fácil inferir que la legalidad de la renuncia a la subrogación depende, a la postre, de la renunciabilidad del derecho del asegurado» (Cfr. Ossa G., J (1991). *Teoría general del seguro*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, p. 199).

³³Cfr. Moreno Bocarejo, M. (2019). La subrogación en el seguro: Análisis para el fortalecimiento de su legitimidad [Tesis de grado], Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia

Conclusión

En síntesis, corresponde manifestar que no es viable renunciar en forma genérica a la subrogación que está prevista a su favor, pues esta opera por mandato de la ley, y aún en contra de la voluntad de las partes, una vez pagado el siniestro amparado bajo la póliza de seguro de cumplimiento. Con ello se protege el principio indemnizatorio de los seguros de daños, al impedir que el asegurado indemnizado pueda perseguir del tercero responsable el pago del mismo importe o perjuicio que ya le fue indemnizado y pueda enriquecerse con ello³⁴.

Sí es posible renunciar al **ejercicio** del derecho de subrogación, con las precisiones previamente realizadas, salvo que se trate de algún derecho irrenunciable o con esa renuncia se exceda el ordenamiento jurídico, como pudiera ocurrir en los eventos en los cuales se condone el dolo futuro. (art. 1521 C. C.).

De otra parte, es posible que, aunque se renuncie el ejercicio de la subrogación en contra del deudor garantizado, se obtengan garantías por parte de terceros, tales como los socios del tomador, las cuales podrían de todas formas ejecutarse y permitirían el recobro de las pérdidas indemnizadas. En estos casos deberá revisarse la suficiencia y permanencia en el tiempo de la contragarantía; así, de tratarse de un pagaré en blanco con carta de instrucciones, lo que se espera es que el patrimonio del tercero tenga iguales o mejores características que el patrimonio del tomador.

Finalmente, como parte de las buenas prácticas de suscripción, no se recomienda la renuncia al ejercicio del derecho de subrogación contra el deudor garantizado, como tampoco la renuncia a la solicitud de contragarantías para la suscripción de seguros de cumplimiento, pues esto no es conveniente desde el punto de vista de la institución y la finalidad de la garantía. Sin embargo, en el evento en que la aseguradora decida, bajo sus propias políticas de suscripción, no solicitar contragarantías al tomador del seguro o a sus socios, lo cierto es que en la nota técnica de la póliza deberá contemplarse esta determinación y la forma en la que la no constitución de contragarantías o la renuncia al ejercicio del derecho de subrogación en contra del garantizado modifica la prima a cobrar.

³⁴Ossa Gómez. J. Efrén. El Contrato. Op. cit. Pág. 198. «La subrogación legal responde, según se dijo, a un doble fundamento jurídico: como instrumento enderezado a preservar la intangibilidad del principio de la indemnización en los seguros de daños, en cuya observancia está interesado el orden público y que se halla consagrado por norma imperativa por su naturaleza y por su texto (c de Co. art 1088). El seguro de daños podría coadyuvar al enriquecimiento del asegurado si este, además de la prestación indemnizatoria derivada del contrato, pudiera recibir, en caso de siniestro causado por un tercero, la indemnización proveniente del hecho ilícito. No quiera la ley propiciar este cúmulo de indemnizaciones vinculadas al mismo daño, aunque sus fuentes jurídicas sean distintas: el contra, en un caso, la ley, en el otro. Ni quiere, y este es el otro fundamento de la subrogación, que el tercero responsable del siniestro derive o pueda derivar beneficio de un acto jurídico (el seguro) que para él es *res inter alios acta*, pues esto daría origen a un enriquecimiento indebido del autor del daño».

09

SEGURO DE CUMPLIMIENTO
PARA LOS CONTRATOS
DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

VIGENCIA Y NECESIDAD DE
LOS AMPAROS DE CUMPLIMIENTO
Y CALIDAD DEL SERVICIO.

¿Cuál debe ser la vigencia de los amparos de cumplimiento y de calidad del servicio que se requieren para amparar un contrato de prestación de servicios? ¿Cuándo se justifica solicitar el amparo de calidad del servicio para este tipo de contratos?

Consideraciones

Para el efecto de abordar los interrogantes planteados, corresponde indicar, preliminarmente, que es práctica común al momento de celebrar un contrato estatal que las entidades públicas requieran que los amparos de cumplimiento y calidad de servicio estén vigentes simultáneamente, sin importar si por la naturaleza del servicio objeto del contrato se requiere o no el otorgamiento del amparo de calidad del servicio.

Estos amparos, si bien son delimitados mediante la póliza correspondiente que sea expedida por cada aseguradora, al ser otorgados en favor de entidades públicas, deberán delimitarse en su alcance de conformidad con los derroteros del artículo 2.2.1.2.3.17. del Decreto 1082 de 2015, según el cual, los mismos deberán extenderse, respectivamente, a:

- i) Cubrir, en el caso del amparo de cumplimiento, a la entidad estatal ante los perjuicios derivados de:
1) el incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al

contratista; 2) el cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el mismo sea imputable al contratista; y 3) los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no las prevé.

- ii) Por su parte, el amparo de calidad del servicio tiene como finalidad el cubrir a la entidad estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado, afectaciones estas que, conforme lo ha sostenido Colombia Compra Eficiente con fundamento en los artículos 2.2.1.2.3.1.7. y 2.2.1.2.3.1.15. del Decreto 1082 de 2015:

«... generalmente se presentan con posterioridad a la terminación del contrato, como por ejemplo los que se generan por la mala calidad o insuficiencia de los entregables en un contrato de consultoría.

... En general, el amparo se debe solicitar en los contratos de prestación de servicios en la medida en que la calidad del servicio no pueda verificarse durante la ejecución del contrato (como sería el caso del contrato de prestación de servicios para realizar los diseños de una obra, dado que su deficiente calidad será evidenciada al momento de la construcción de la obra). En los contratos de prestación de servicios de vigilancia, aseo y cafetería, entre otros, en los que la calidad del servicio objeto del contrato se verifica al momento de su prestación, no es útil requerir el amparo y su prestación tardía o defectuosa estará cubierta bajo el amparo de cumplimiento.³⁵ »

Establecido lo anterior, corresponde indicar que en el seguro de cumplimiento es clara la diferencia entre el alcance de los amparos precontractuales, contractuales y poscontractuales; tal y como lo ha reconocido **Colombia Compra Eficiente**, al sostener que:

³⁵ Colombia Compra Eficiente. *¿Qué es el amparo de calidad del servicio?* Consultado el 01 de junio de 2023. <https://colombiacompra.gov.co/content/que-es-el-amparo-de-calidad-del-servicio>.

1. Los amparos precontractuales son aquellos que se requieren para amparar los riesgos previos a la suscripción del contrato, como por ejemplo el retiro de la oferta o la no suscripción del contrato. El amparo de seriedad de la oferta es el único amparo precontractual al que hace referencia la normativa colombiana.

2. Los amparos contractuales son los que cubren los riesgos de incumplimiento que se surgen en el periodo de ejecución del contrato y hasta su liquidación. Hacen parte de este tipo de amparos: i) buen manejo y correcta inversión del anticipo, ii) devolución de pago anticipado, iii) cumplimiento del contrato, iv) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

3. Los amparos postcontractuales cubren los riesgos de incumplimiento que surgen después del vencimiento del plazo acordado para la ejecución de las actividades propias del contrato. Hacen parte de este tipo de amparos los siguientes: i) estabilidad y calidad de la obra, ii) calidad del servicio, iii) calidad y correcto funcionamiento de los bienes.³⁶

De allí que sea el propio Decreto 1082 de 2015 el que disponga, a partir de esta clasificación esquemática de los riesgos a los que se encuentra sometida la entidad estatal con ocasión de la celebración y ejecución de contratos estatales, el periodo para el cual deberá estar vigente cada uno de los riesgos analizados, así:

- i)** Para la *garantía de cumplimiento* (art. 2.2.1.2.3.1.12.) la vigencia mínima deberá ser hasta la liquidación del contrato..
- ii)** Para la *garantía de calidad del servicio* (art. 2.2.1.2.3.1.15.), específicamente en los contratos de interventoría, la vigencia deberá ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal, en cumplimiento del parágrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

³⁶ Colombia Compra Eficiente. *Seguro de Cumplimiento para Entidades Estatales*. Consultado el 01 de junio de 2023. <https://colombiacompra.gov.co/content/cual-es-la-diferencia-entre-los-amparos-precontractuales-contractuales-y-pos-contractuales>

A partir de lo anterior, es claro que la norma que regula la vigencia del amparo de calidad del servicio establece únicamente que, para los contratos de interventoría, la vigencia «... *debe ser igual al plazo de la garantía de la estabilidad del contrato principal*», con lo cual desde la norma se aclara su naturaleza de amparo *poscontractual*, clasificación que acompaña el criterio técnico con el cual las aseguradoras lo otorgan y que es perfectamente coherente con el alcance de la cobertura en los términos en que ha sido entendida por Colombia Compra Eficiente.

Siendo así, el amparo de cumplimiento tendrá que estar vigente durante la ejecución del contrato y el de calidad del servicio iniciará su vigencia una vez el cumplimiento de las obligaciones del contrato se han verificado: por regla general estos amparos no deben estar vigentes simultáneamente³⁷.

Conclusión

De lo expuesto, es dable colegir que, en los contratos de prestación de servicios, por regla general, el amparo de cumplimiento debe estar vigente durante la ejecución del contrato (al ser un amparo *contractual*) y el amparo de calidad del servicio deberá estarlo una vez el contrato ha sido ejecutado (toda vez que constituye un amparo *poscontractual*). Sin perjuicio de lo anterior, en los contratos de prestación de servicios se justifica exigir el amparo de calidad del servicio, en atención a la naturaleza y características del servicio contratado, para lo cual se debe definir si la entidad contratante puede verificar o comprobar la calidad del servicio prestado durante la ejecución del contrato (circunstancia en la no se requeriría este amparo), o si la deficiente o satisfactoria calidad del servicio prestado solo puede evidenciarse una vez el contrato ha concluido (evento en el que sí se requiere el amparo).

³⁷ Al respecto, es necesario destacar que tal y como lo ha indicado Colombia Compra Eficiente con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015: «Por regla general no deben tener la misma vigencia inicial pues el amparo de cumplimiento cubre eventos que son susceptibles de ocurrir en el periodo de ejecución del contrato, es decir, que este es un amparo aplicable para eventos que se presenten en la etapa contractual. Por su parte, el amparo de calidad del servicio cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado, estos perjuicios generalmente se evidencian una vez el contrato ha sido ejecutado, como por ejemplo los que se generan por la mala calidad o insuficiencia de los entregables en un contrato de consultoría. En atención a lo anterior en este tipo de contratos el amparo de cumplimiento estará vigente durante todo el término de ejecución del contrato y hasta su liquidación, y el amparo de calidad del servicio debe empezar su vigencia inmediatamente después. Esto sin perjuicio del análisis del Riesgo que realicen las Entidades Estatales cada caso en particular, como por ejemplo en los casos en que se pacten entregas parciales lo cual justificaría que el amparo de calidad del servicio estuviera vigente en el periodo contractual, pero estarían vigentes simultáneamente (el amparo de cumplimiento y el de calidad del servicio) amparando obligaciones (entregables) diferentes.» (Colombia Compra Eficiente. ¿En los contratos de prestación de servicio se debe solicitar la vigencia del amparo de calidad del servicio con la misma vigencia del amparo de cumplimiento? Consultado el 01 de junio de 2023. <https://colombiacompra.gov.co/content/en-los-contratos-de-prestacion-de-servicio-se-debe-solicitar-la-vigencia-del-amparo-de>)

10

GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO,
ÚNICO CONTRATO DE SEGUROS

¿La garantía única de cumplimiento, con sus diferentes amparos, debe ser expedida bajo un único contrato de seguro, es decir, mediante un único y exclusivo documento?

Consideraciones

Se indicó en el numeral 19 del art. 25 de la Ley 80 de 1993 que: «El contratista prestará **garantía única** que avalará el cumplimiento de las obligaciones del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado.»

Dicho concepto de garantía única, sin precedentes hasta ese momento en la historia del derecho colombiano, produjo gran inquietud en los tratadistas, quienes intentaron descifrar cuál era el alcance y las consecuencias o implicaciones jurídicas de dicha institución. Al respecto, Juan Manuel Díaz-Granados³⁸ manifestó que, en su criterio, la expresión de garantía única solo podría entenderse o significar una de tres cosas: a) que se trate de un solo garante; b) que la expresión se refiera a una sola suma de dinero garantizada o; c) que se trate de un solo contrato de garantía.

De las tres opciones propuestas, descarta el doctrinante la primera, porque nada impide jurídicamente, ni en la práctica, que existan múltiples garantes. De hecho, gran parte de los mayores seguros de cumplimiento que son expedidos en el país se hacen en coaseguro; incluso, en ocasiones se llegó a tal punto que ciertos amparos o riesgos a los que se veía expuesta la entidad estatal eran cubiertos mediante póliza de seguros y otros mediante garantía bancaria.

Debe igualmente descartarse, según criterio del Dr. Díaz-Granados, la segunda opción, porque tanto la Ley 80 de 1993 como el Decreto reglamentario 674 de 1994 fueron muy claros al establecer que no se calcularía siempre una suma única y fija para garantizar los contratos estatales, sino que, por el contrario, existirían criterios para determinar

³⁸ Díaz-Granados, J. M. (1995). Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa. Colombia Editores. Bogotá D.C., p.56.

la suficiencia de cada garantía, teniendo en cuenta los riesgos a los que se viera expuesta la entidad contratante. Nada más evidente, por ejemplo, que la garantía de anticipo solo se requeriría en aquellos contratos en los que se hiciera el desembolso al contratista por parte de la entidad contratante.

Quedando solo una opción disponible, concluye Díaz-Granados que simplemente por virtud del principio de economía, que nutre la Ley 80 de 1993, lo que se pretendía es que en un mismo negocio jurídico y en un mismo texto se pudieran otorgar todas las garantías que cubriesen los riesgos a los que pudiera verse expuesto el Estado durante el ejercicio de la contratación administrativa. De tal suerte, en un mismo contrato de seguro de cumplimiento se consignaban todos los amparos contractuales y poscontractuales que se requerían para garantizar el contrato estatal.

Sin perjuicio de lo dicho, se considera que la expresión «garantía única» objeto de estudio no reviste ninguna utilidad jurídica, ni mayor trascendencia, por cuanto, salvo el hecho de que exista un solo documento o póliza, en la práctica no se desprende ninguna otra consecuencia de su aplicación y, menos aún, provecho alguno para la entidad contratante a la que se le expide la garantía. Quizás el único impacto que tenía la institución de la garantía única era que se entendiera que la misma tenía que estar vigente durante la totalidad del contrato estatal, con lo cual se consideraba adicionalmente que la garantía debía ser también indivisible temporalmente. Sobre la divisibilidad excepcional de la garantía para contratos estatales de larga duración haremos mención en otro numeral de esta obra.

Curiosamente, la legislación posterior a la Ley 80 de 1993 conservó la enigmática institución de la garantía única, sin tan siquiera hacer un esfuerzo por definirla o explicar cuál era el alcance y efecto de que fuera una garantía única. De tal suerte, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007³⁹ reiteró el concepto y mantuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico la confusa expresión sobre la cual no existe una posición unívoca.

Considerando las normas precitadas, todo parece indicar que, bajo el ordenamiento jurídico patrio, solo es posible expedir la garantía de cumplimiento bajo una única póliza de seguro (contrato de seguro de cumplimiento), esto sin perjuicio de la expedición de certificados anexos a dicha póliza (endosos) para consignar las coberturas correlativas a modificaciones contractuales⁴⁰.

Conclusión

Teniendo en cuenta el concepto de garantía única de cumplimiento y el principio de indivisibilidad de la garantía, es claro que la finalidad de la regulación en la materia es que las garantías consten en un solo contrato de seguro, en un solo patrimonio autónomo o una sola garantía bancaria.

De manera tal que, en relación con el contrato de seguro de cumplimiento, por cada contrato estatal que se quiera amparar deberá expedirse una única póliza, salvo que sean procedentes las excepciones de divisibilidad de la garantía previstas para contratos de largo plazo, contenida en el inciso primero del artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

³⁹ El citado artículo dispone, clara e inequívocamente el concepto de «*garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato*».

⁴⁰ Cfr. Colombia Compra Eficiente. ¿Tratándose del contrato de seguro, la garantía única de cumplimiento debe ser expedida en una sola póliza? Consultado el 28 de mayo de 2023. <https://colombiacompra.gov.co/content/tratandose-del-contrato-de-seguro-la-garantia-unica-de-cumplimiento-debe-ser-expedida-en-una>

11

INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA
Y POSIBILIDAD DE EXPEDIR
UNA NUEVA GARANTÍA EN EVENTOS
DE CESIÓN CONTRACTUAL

¿Es viable que cuando se presenta una cesión contractual se admita por la entidad estatal una nueva garantía constituida por el nuevo contratista cesionario? ¿Se atentaría contra el principio de indivisibilidad de la garantía por aceptar una nueva póliza para el nuevo contratista?

Consideraciones

Para resolver el anterior interrogante, corresponde, en primera medida, hacer mención al marco normativo del seguro de cumplimiento; para, luego plantear algunas situaciones jurídicas que afectan la ejecución de los contratos estatales; analizando a continuación el principio de indivisibilidad de la garantía conforme el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

11.1 Marco normativo del seguro de cumplimiento.

11.1.1 Aspectos generales del seguro de cumplimiento

El seguro de cumplimiento es un seguro patrimonial que se clasifica dentro de los seguros de daños. Este tipo de seguro está consagrado y reconocido en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), norma que recoge la creación de este mecanismo a partir de la Ley 225 de 1938.⁴¹

En concordancia con lo anterior, desde la creación del seguro de cumplimiento la Ley 225 de 1938 en su artículo 7º estableció que a este tipo de seguros le son aplicables las «disposiciones

⁴¹ Al respecto ha indicado la Corte Suprema de Justicia, desde la expedición de la sentencia de casación del 07 de mayo de 2002, (Exp. 6181) con ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez, lo siguiente: «El seguro de cumplimiento fue creado por la Ley 225 de 1938, con la autorización contenida en su artículo segundo para que el seguro de manejo allí instituido se hiciese extensivo al “... cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos”. Esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada [...]. El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato. Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del Código de Comercio, la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada».

legales pertinentes sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y contratos de seguros». Así las cosas, es claro que al seguro de cumplimiento, como a los demás tipos de seguros, le son aplicables no solamente las normas que se establecen en el régimen de la contratación estatal, específicamente las establecidas en el Decreto 1082 de 2015, sino también las contenidas en el Código de Comercio, motivo por el cual comparte las características (art. 1036 C.Co), los elementos esenciales (art. 1045 del C. Co), y, en general, el marco jurídico en materia de delimitación contractual de los riesgos, la acreditación del siniestro, entre otras disposiciones de la legislación mercantil.

11.1.2 Discrecionalidad de la selección de los riesgos. Descripción general de la suscripción de pólizas de cumplimiento.

En consonancia con lo indicado en las líneas precedentes, corresponde indicar, para el tema que nos atañe, que el artículo 1056 del Código de Comercio establece lo siguiente: «Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, **asumir todos o algunos de los riesgos** a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.» (Destacado fuera del texto original)

En virtud de este artículo, se otorga a las aseguradoras la facultad de escoger aquellos riesgos que desea asumir. Con base en este principio, las aseguradoras adelantan sus procesos técnicos de suscripción, los cuales se fundamentan en un exhaustivo análisis, que diseñan con el fin de aceptar o rechazar riesgos, según su apetito, políticas de suscripción y exigencias de contratos de reaseguro.

En efecto, las aseguradoras evalúan factores técnicos, financieros, geográficos, entre otros. Estos análisis se enfocan en dos aspectos generales, a saber: el análisis objetivo y el análisis subjetivo del riesgo.

En el análisis objetivo, las aseguradoras evalúan aquellos aspectos técnicos inherentes al contrato a garantizar, tales como su valor, el objeto contractual, la zona y el plazo de ejecución, los porcentajes de los amparos requeridos, y la existencia de cláusulas contractuales o condiciones inasegurables.

El análisis subjetivo del riesgo, por su parte, consiste en la evaluación que realizan las aseguradoras del contratista a garantizar. En este análisis se evalúan aspectos tales como la capacidad financiera del contratista, la experiencia en objetos contractuales similares, en ejecución de la modalidad del contrato, en la zona geográfica de ejecución del contrato adjudicado, entre otros aspectos que permiten calificar al sujeto que ejecutará la obligación.

La suma de estas evaluaciones proporciona a las aseguradoras los elementos de juicio necesarios para poder determinar si un riesgo es o no asegurable, conforme a sus políticas técnicas, lo que confluye en el ejercicio de la discrecionalidad de selección de los riesgos, consagrado en el artículo 1056 citado.

11.1.3 El contrato de seguro es *intuitu personae*.

Ha reconocido la doctrina especializada en seguros⁴² que este contrato se celebra en consideración a la calidad del tomador y del asegurado, razón por la cual se califica como un contrato personal o *intuitu personae*.

⁴² Al respecto se puede consultar. Ossa Gómez, J Efrén. *Teoría general del seguro*. El contrato. P. 42 y 43. Ordóñez Ordóñez, Andrés E. Lecciones de derecho de seguros N° 1. Cuestiones generales y caracteres del contrato. P. 79

Cualquier cambio en la identidad del tomador o del asegurado requiere de la aceptación de la compañía de seguros para que sea vinculante ante esta.

En materia de seguros de cumplimiento, incluso en aquellos eventos en los cuales el deudor garantizado no sea el tomador del seguro, es claro que, en consideración al especial proceso de suscripción que se surte, en el cual solo se garantiza a un específico deudor para que cumpla las obligaciones a las que se ha comprometido y no a otro diferente, cualquier cambio en la identidad del deudor garantizado debe ser igualmente expresamente aceptado por parte de la compañía de seguros garante, porque implica una modificación sustancial del riesgo asegurado y del objeto del contrato de seguro de cumplimiento.

Por consiguiente, por su calidad de contrato *intuitu personae*, y no obstante tratarse de un negocio de ejecución sucesiva, la cesión de la posición contractual del tomador o cualquier cambio en la identidad del asegurado en el contrato de seguro de cumplimiento requerirá ser aceptado por la compañía de seguros para que surta efectos la correspondiente modificación.

11.2 La cesión contractual y su consecuencia en la garantía de cumplimiento.

La cesión contractual se puede definir como la sustitución de uno de los extremos contractuales, bien sea en contratos de tracto sucesivo o de ejecución instantánea. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado:

«3.1. La cesión del contrato estatal.

Consiste en la sustitución de uno de los extremos de la relación contractual, y se efectúa tanto en negocios de tracto sucesivo como de ejecución instantánea -que no se hayan cumplido total o parcialmente, según dispone el artículo 887 del Código de Comercio (3)-.

Además, cualquiera de las partes —contratante o contratista— puede sustituirse por un tercero —llamado cesionario—, quien en adelante será el titular de los derechos y obligaciones que proceden del contrato, ocupando material y jurídicamente la posición que antes tenía el cedente, lo que implica, para éste, la extinción de su relación jurídica, para ser transferida al cesionario, quien en adelante ostentará la calidad de contratista —toda vez que en materia contractual estatal lo común es la cesión del contratista, aunque ya se dijo que también aplica respecto del contratante(4)— y a quien la administración exigirá el cumplimiento de las obligaciones.

La Sección Tercera se pronunció sobre las características de la cesión del contrato, en la sentencia del 28 de septiembre de 2011 —Exp. 15.476—, así:

Los artículos 887 a 896 del Código de Comercio regulan la cesión del contrato, figura que no se encuentra contemplada en el Código Civil, en tanto en este se consagra la cesión de créditos o derechos (arts. 1959 y ss.). En efecto, de conformidad con el artículo 887 del Código de Comercio, en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, quien en adelante ocupará la posición jurídica que tenía el que cede....

Lo expuesto significa que la sustitución es —como se mencionó— material y jurídica, esto es, que el cesionario —“nuevo” contratista del Estado— ejecuta total o parcialmente el negocio, y responde ante la administración contratante —es decir, la cedida—. En efecto, éste se subroga en los derechos y obligaciones del cedente (5), quien se desvincula del negocio, salvo estipulación en contrario.

Si el cedido —la entidad estatal— hace la reserva de no liberar al cedente —contratista original—, al autorizar o aceptar la cesión, al serle notificada o al conocer el endoso en el caso de que no la haya consentido previamente mediante una estipulación expresa, puede exigirle a éste el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla. Sin embargo, el incumplimiento hay que ponerlo en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del cesionario (6).

En todo caso, para ceder un contrato estatal la ley exige autorización expresa de la entidad estatal —siempre que el cedente sea el contratista—, toda vez que, de conformidad con el inciso 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son intuitu personas, porque “el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son las más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan...”(7). Así mismo se expresó en la sentencia del 28 de septiembre de 2011 —Exp. 15.476—, que señaló que la cesión procede “... sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados intuitu personas, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución”⁴³.

Ahora bien, es importante analizar los efectos que tiene la cesión contractual en la garantía única de cumplimiento, por lo cual consideramos pertinente citar las consideraciones expuestas por la Sección Tercera del Consejo de estado en la sentencia del 6 de julio de 2020, la cual expuso:

«49. A partir del artículo 895 del Código de Comercio, el Tribunal consideró que, al cederse el contrato de obra No. XXXXXXXXX a favor de XXXXXXXX y luego a favor de XXXXXXXXX también se cedió a favor de estos contratistas la garantía de cumplimiento expedida por XXXXXXXXX.

50. La Sala no comparte la conclusión alcanzada por el Tribunal como quiera que, tal y como lo ha establecido esta Corporación, si bien el contrato de seguro de cumplimiento está íntimamente ligado con el contrato garantizado, constituye un negocio jurídico autónomo. **En esa medida, la cesión de un contrato no implica la cesión del contrato de seguro que garantiza su cumplimiento.**

51. El Tribunal también señaló que para ceder una garantía de cumplimiento no es necesario “obtener la anuencia del asegurador”, ya que su naturaleza no lo exige. **Sin embargo, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la cesión de un contrato de seguro de cumplimiento, por tratarse de un contrato intuitu personae, de conformidad con el artículo 887 del Código de Comercio, requiere, además del acuerdo entre cedente y cesionario, de la aceptación del contratante cedido.**

52. Adicionalmente, incluso si se considerara que la garantía de cumplimiento no es un contrato intuitu personae y, por ende, no requiere de la aceptación de la compañía de seguros para cederse, su cesión no sería oponible a la aseguradora sin su aquiescencia previa, como lo prevé el artículo 1051 del Código de Comercio, y hasta tanto no se le notifique la cesión, en los términos del artículo 894 del Código de Comercio⁴⁴» (Resaltado y negrilla fuera de texto)

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 1999-00985. 12 de agosto de 2013. Consejo De Estado (2013). Colección De Jurisprudencia Colombiana. <https://xperta.legis.co>

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alberto Montaña Plata. 6 de julio de 2020. Sentencia 56088 de 2020. Consultada en línea: <https://www.contratacionestatal.com/busqueda/sentencia-56088-de-2020/20755>

Conforme a lo anterior, es claro que la cesión de un contrato a un nuevo contratista no implica *per se* la cesión del contrato de seguro de cumplimiento, pues se trata de un contrato autónomo al contrato garantizado. En este orden de ideas, si se desea reflejar dicha cesión en la garantía, es menester notificarla y solicitar su aprobación a la aseguradora, quien podrá aceptar o rechazar continuar en el riesgo por medio de la cesión, en virtud de lo establecido por el artículo 1051⁴⁵ del Código de Comercio y de la jurisprudencia citada, que reconoce la calidad de contrato personal o *intuitu personae* que ha sido de larga data atribuida al contrato de seguro por la doctrina nacional.

11.3 Principio de indivisibilidad de la garantía, artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082

11.3.1 Generalidades del principio de indivisibilidad de la garantía

Este principio fue consagrado por primera vez en la normatividad colombiana por medio del Decreto 4828 de 2008, el cual reglamentó la Ley 1150 de 2007, y fue incorporado en el Decreto 1082 de 2015.

El principio de indivisibilidad de la garantía se concibe así:

«Artículo 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía. La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

En consecuencia, la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación debe indicar las garantías que exige en cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual 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 título.*

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

⁴⁵La póliza puede ser nominativa o a la orden. La cesión de la póliza nominativa en ningún caso produce efectos contra el asegurador sin su aquiescencia previa. La cesión de la póliza a la orden puede hacerse por simple endoso. El asegurador podrá oponer al cesionario o endosatario las excepciones que tenga contra el tomador, asegurado o beneficiario.

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.»

De la norma citada se destaca, en primer lugar, que la misma establece que las garantías deben estar vigentes durante todo el término de duración del contrato estatal y que por regla general no podrán fraccionarse o dividirse por periodos, salvo cuando se trate de contratos que tengan una vigencia o plazo de duración superior a cinco (5) años, para los cuales, de manera excepcional, se podrá dividir o fraccionar temporalmente la garantía por periodos inferiores al plazo de duración del contrato, esto como una medida para hacer frente a la imposibilidad de obtener en el mercado internacional de seguros y reaseguros pólizas de cumplimiento para vigencias contractuales de cinco (5), diez (10) veinte (20) o más años, como pudiera ser requerido en contratos de concesión de infraestructura pública. Para esos contratos de vigencia superior a cinco (5) años, las garantías podrán dividirse temporalmente por fases o etapas del contrato y no existirá obligación del garante de continuar garantizando la etapa o fase subsiguiente, siempre y cuando dé aviso con la debida antelación tanto a la entidad contratante beneficiaria de la garantía como al contratista garantizado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la norma establece un principio de indivisibilidad y a su vez una excepción, es necesario ahondar en aquellos elementos que, si bien no están

expresamente consagrados en la norma, se desprenden de la interpretación y aplicación técnica de la misma.

11.3.2 Interpretación y aplicación del principio de indivisibilidad de la garantía

Como puede observarse, la exigencia de indivisibilidad temporal de las garantías opera únicamente para contratos con vigencia inferior a cinco años y siempre y cuando en los mismos no haya habido un cambio sustancial del objeto asegurado o en la identidad del asegurado o del contratista garantizado, pues, como ya fue expuesto, esas modificaciones al contrato de seguro de cumplimiento requieren aceptación expresa por parte de la compañía garante y, en ocasiones, pueden incluso requerir el cambio de garante, con lo cual resultaría apenas obvio y necesario que no pueda conservarse la misma garantía originalmente expedida durante toda la vigencia contractual.

De presentarse una cesión del contrato estatal de un contratista a otro diferente, el garante podrá determinar si acepta o no que se realice una cesión de la garantía emitida bajo los mismos términos y condiciones que habían sido originalmente expedidos o si requiere hacer algún ajuste en las condiciones técnicas y económicas del contrato de seguro de cumplimiento. En caso de que el garante considere que el nuevo contratista no es idóneo para ejecutar el contrato, podrá abstenerse de garantizarlo y será responsabilidad del nuevo contratista la consecución de una nueva garantía para poder proseguir con la ejecución del contrato estatal.

En los eventos en los cuales la cesión contractual se dé con ocasión de un incumplimiento del contratista originalmente garantizado, es usual

que el garante acepte la cesión contractual con el propósito de mitigar o aminorar la extensión del siniestro configurado con ocasión del incumplimiento contractual por parte del contratista originalmente garantizado. En esos eventos, el garante estará obligado a expedir las garantías que requiera el nuevo contratista para continuar con la ejecución del contrato estatal y será procedente el cobro de prima adicional, dependiendo de las políticas de suscripción de la aseguradora. Especialmente se requerirá cobro de prima adicional en aquellos eventos en los que se requiera restablecer los valores asegurados de las garantías, pues las primas originalmente cobradas se habrían devengado con ocasión de la verificación de un siniestro, conforme lo dispuesto en el artículo 1070 del C. Co.

La excepción al principio de la indivisibilidad de la garantía no debe analizarse de manera aislada, sino, por el contrario, debe interpretarse en armonía con las normas que rigen el contrato de seguros, específicamente con el artículo 1051 del Código de Comercio, en tanto una cesión contractual, y en especial la del contratista que ejecuta la obligación, representa una modificación sustancial al estado del riesgo, puesto que el contrato de seguro de cumplimiento es un contrato *intuitu personae*, lo que inexorablemente conlleva para el asegurador un nuevo análisis subjetivo del riesgo en caso de una cesión contractual, la cual requiere de su consentimiento o aceptación. De esta manera, el cambio de garantía o de garante, en caso de que ello sea requerido en razón de una cesión de la posición contractual del contrato garantizado, no vulnera el principio de indivisibilidad de la garantía, pues este solo es predicable para aquellos contratos estatales en los cuales se conserve la identidad del contratista originalmente garantizado.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en las líneas precedentes, es posible concluir que:

- i) Aceptar una nueva garantía en eventos de cesión contractual no transgrede el principio de indivisibilidad, pues es apenas lógico que si hay una cesión de la posición contractual, el asegurador no está obligado a aceptarla, y si lo hace, podrá establecer nuevos términos y condiciones técnicas y económicas para garantizar al nuevo contratista, dado que el contrato de seguro de cumplimiento es *intuitu personae*.
- ii) De igual forma, en el caso de una cesión contractual, como se señaló en el numeral 3 del presente análisis, es totalmente viable que se pueda entregar una nueva póliza por parte del nuevo contratista, incluso puede realizarse el cambio de garante, por cuanto el garante original no está obligado a aceptar la cesión del seguro de cumplimiento.
- iii) Lo anterior, conforme lo dispuesto por la legislación mercantil (art. 1051 del C. Co.), la doctrina patria y la jurisprudencia del Consejo de Estado, para quien el contrato de seguro de cumplimiento es, por un lado, un contrato autónomo al contrato cedido y, por otro, un contrato *intuitu personae*, razón por la cual, para que pueda hacerse efectiva la cesión del seguro se requiere la expresa autorización de la aseguradora, de manera que se le permite al asegurador aceptar o rechazar el amparo de una cesión contractual.

12

EMISIÓN DE PÓLIZAS
DE CUMPLIMIENTO PARA
RIESGOS EN CURSO

¿Es posible emitir una nueva póliza de cumplimiento para un riesgo que ya está en curso, cuando el mismo ya está siendo garantizado por un contrato de seguro de cumplimiento?

Consideraciones

Por regla general, en el seguro de cumplimiento el riesgo se encuentra en curso cuando el contrato ya ha iniciado su ejecución, lo que a su vez se traduce, tratándose de contratos regidos por el Estatuto de Contratación Estatal, en que existe una póliza de cumplimiento que ya ha sido aprobada por la entidad contratante, en virtud del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

Para este punto se sugiere tener en cuenta los puntos 8 y 9 de este documento, respecto de los alcances que tienen los conceptos de «garantía única» e «indivisibilidad de la garantía». Con base en lo anterior, se procede a señalar las siguientes consideraciones:

11.1 Marco normativo del seguro de cumplimiento.

Corresponde indicar que si bien no se observa que exista una restricción para que una aseguradora expida una nueva póliza para un riesgo que ya está en curso, cuando este ya está siendo amparado por un contrato de seguro de cumplimiento, sí se presentan una serie de dificultades o requerimientos que deben observarse para que pueda emitirse una nueva garantía, por lo siguiente:

- ◆ La aseguradora que expidió la póliza o garantía original tendrá que contar con la aprobación escrita del asegurado para revocarla, lo anterior en atención a la imposibilidad de revocar el seguro unilateralmente por parte del garante, que es una salvaguarda para el asegurado/beneficiario de la garantía, quien normalmente no es parte del contrato de seguro, pues el tomador de la póliza es el deudor garantizado.

- ◆ La aprobación de la revocación de la garantía originalmente otorgada por parte del asegurado/beneficiario es requerida con independencia de que la entidad contratante hubiere ya aprobado la nueva garantía otorgada por el contratista garantizado, pues la simple aprobación de una nueva garantía no lleva implícita la autorización de revocación de la garantía inicialmente expedida.
- ◆ De no verificarse la revocación de la garantía originalmente otorgada, con la expedición de una nueva garantía podría presentarse una coexistencia de garantías para amparar un mismo riesgo de incumplimiento.
- ◆ Tomando en consideración que la revocación de la garantía normalmente se realiza con efectos a futuro únicamente, podrán presentarse dificultades prácticas derivadas de incumplimientos contractuales que hubieren podido suceder antes de que finalizara la garantía otorgada. En estos eventos de cambios de la garantía original será siempre complejo la delimitación de los riesgos cubiertos por la garantía original y por la nueva garantía, especialmente tratándose de un mismo contratista, pues tendrá que determinarse con precisión la fecha en la que se verificó el incumplimiento de sus obligaciones contractuales para efectos de definir la garantía que deberá afectarse, si la originalmente expedida o la nueva.

Es importante resaltar que, existiendo riesgo de incumplimiento cubierto por parte del garante original, no sería procedente la devolución de la prima no devengada, pues pudiera existir el riesgo de que se siniestrara la garantía a pesar de haber sido revocada.

- ◆ Con la emisión de una nueva garantía podría la nueva garante correr el riesgo de amparar retroactivamente la ejecución de obligaciones o incluso de garantizar hechos ciertos o cumplidos, (es decir, incumplimientos contractuales que ya se hubieren verificado), que reñirían con la noción de riesgo asegurable prevista en nuestra legislación, que dispone que deben ser hechos futuros e inciertos.
- ◆ Quizás la única forma de resolver esas dificultades reseñadas, que podrían presentarse usualmente en estos casos, y de esa forma precaver futuras discusiones jurídicas y técnicas en caso de que se produjeran incumplimientos por parte del contratista garantizado, sería que se celebrara expresamente un acuerdo entre la entidad contratante, el contratista garantizado y los garantes (original y nuevo), en el cual se precisara que se revoca la garantía originalmente expedida desde el inicio y que la nueva garantía otorgada cubrirá cualquier incumplimiento contractual en el que pudiera incurrir el garantizado desde el inicio de la ejecución de sus obligaciones.

12.2 Tratándose de la póliza de cumplimiento entre particulares.

En lo que atañe al contrato de seguro de cumplimiento en favor de particulares, aunque no existe regulación normativa en concreto, es necesario indicar que es factible, pues no se observa restricción alguna para que una compañía aseguradora expida una póliza para un riesgo que ya está en curso, cuando este ya esté siendo amparado por un contrato de cumplimiento.

No obstante, deberá tomarse en consideración que, dada su naturaleza de garantía, tanto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁴⁶, como la Superintendencia Financiera de Colombia⁴⁷, han concluido que no es aplicable a este seguro la revocación unilateral, por lo que la misma solo podrá tener lugar por solicitud del tomador, quien deberá contar con la autorización previa del asegurado, pues solamente con la intervención del tomador y el asegurado es posible proceder a la revocación conjunta, como lo ha establecido recientemente la jurisprudencia al indicar que:

«Como conclusión de los argumentos desarrollados para el caso concreto, el Tribunal apuntó que, con independencia sobre la procedencia o no de la revocación del contrato de seguro de cumplimiento así como de la divisibilidad o no de la prima en esta clase de negocios jurídicos, lo primero que debió acreditarse es la existencia del aviso escrito del tomador y del asegurado con destino a la aseguradora, pero los elementos probatorios dieron cuenta que si bien Almacenes Éxito S.A., por intermedio

de su agente de seguro Willis, manifestó su intención de obtener la revocación, ninguna noticia escrita remitió el Ministerio con igual propósito, siendo ello indispensable para considerar el fenómeno de la revocación conjunta de esta clase de convenciones, y en esas condiciones, la demandante incumplió su carga probatoria, lo que impone confirmar la determinación de primer grado.⁴⁸»

En resumidas cuentas, podemos afirmar que para los seguros de cumplimiento a favor de entidades particular se evidencian las mismas dificultades que se indicaron para los seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales.

Conclusión

Atendiendo a lo expuesto, es viable sostener que es posible jurídicamente expedir una nueva garantía de cumplimiento para un riesgo que ya se encuentra en curso, no obstante, dicha decisión puede tener implicaciones técnicas y jurídicas de delimitación de riesgos difíciles de resolver, tanto al momento de la suscripción como al momento en que se verifique un incumplimiento contractual, considerando los escenarios que fueron expuestos.

⁴⁶Cfr. Corte Suprema de justicia, Sala Civil, Sentencia del 02 de mayo de 2002.

⁴⁷Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2010085690-04 del 08 de febrero de 2001. • «En atención a lo anterior, la aseguradora que ya ha expedido una póliza, para proceder a revocar el contrato de seguro, por solicitud del tomador, deberá contar con la autorización del asegurado. Si no cuenta con tal aval, ocurrirá lo ya expuesto: existirán dos pólizas expedidas amparando un mismo contrato, pudiendo cada una de las aseguradoras exigir el pago de la correspondiente prima.»

⁴⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC296-2021 del 15 de febrero de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

13

ALCANCE DE LA COBERTURA
DEL AMPARO DE SALARIOS
Y PRESTACIONES SOCIALES
FRENTE A APORTES PARAFISCALES
Y DEMÁS OBLIGACIONES A CARGO
DEL CONTRATISTA GARANTIZADO

¿Es posible amparar bajo la cobertura de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales, los aportes parafiscales y el impuesto CREE a cargo del contratista?

Consideraciones

En algunas ocasiones se solicita que a través del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales se ampare expresamente el pago de aportes parafiscales y el impuesto CREE a cargo del contratista, razón por la cual resulta necesario establecer si efectivamente es posible otorgar estas coberturas, para lo cual se deben abordar los conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales, por una parte, y los de aportes parafiscales, contribuciones al Sistema de Seguridad Social Integral y el Impuesto sobre la renta para la equidad (CREE), por otra.

Así las cosas, corresponde observar el siguiente cuadro contentivo de las conceptualizaciones correlativas:

Salarios

«Remuneración en dinero o en especie al trabajador como contraprestación directa del servicio.» (Art. 127 Código Sustantivo del Trabajo).

Aportes parafiscales

«Son aportes que se realizan sobre la nómina, distribuidos para el subsidio familiar, ICBF y SENA.» (Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales [UGPP]) «Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector.» (Art. 29, Estatuto Orgánico del Presupuesto).

Prestaciones sociales

Pagos adicionales al salario que representan un reconocimiento a su contribución en la generación de ingresos de la empresa. Prima de servicios, cesantías, intereses de cesantías, cesantías, dotación, vacaciones. (Título VIII -Comunes- y IX -Especiales- Código Sustantivo del Trabajo).

Contribuciones al Sistema de Seguridad Social Integral

Son pagos que deben hacer los empleadores y los trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral, que incluye salud, pensión y riesgos laborales (Ley 100 de 1993). Por su alcance y finalidad, tales cotizaciones se han reconocido como contribuciones parafiscales.

Indemnizaciones laborales

Penalizaciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo para determinados casos. Por ejemplo: indemnización por despido sin justa causa (art. 64), indemnización por falta de pago (art. 65), indemnización por despido de trabajadora con fuero de maternidad (art. 239).

Impuesto sobre la renta para la equidad (CREE)

Impuesto creado por art. 20 de la Ley 1607/12. Su objetivo es generar recursos para financiar los aportes parafiscales a salud, ICBF y Sena, a cargo de los empleadores y demás sociedades o personas jurídicas que se encontraran obligados. El empleador que resultare obligado no realiza los aportes sobre el valor de la nómina mensual, sino sobre sus utilidades (Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales [UGPP])

Esclarecido lo anterior, resulta necesario hacer mención de la solidaridad patronal, pues es importante determinar cuáles son los conceptos por los que una entidad o empresa que contrata la ejecución de una obra o la prestación de un servicio entra a responder de manera solidaria con el contratista de dicha obra o servicio, frente a las obligaciones laborales que contrae este último con sus empleados:

- i) El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) establece la solidaridad entre el contratante con sus contratistas y subcontratistas, pues se indica que:

«... el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las demás prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.»

- ii) Un requisito para que se configure esa solidaridad es que se trate del giro ordinario de labores de la entidad contratante, teniendo en cuenta que el artículo señala que no se configura la solidaridad cuando «... se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio ...».
- i) El artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, en su numeral 4, establece como una de las coberturas de la garantía única de cumplimiento el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, asignándole para todos los efectos el siguiente alcance:

«4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.»

- iii) En alcance a lo anterior, el **Consejo de Estado** ha señalado expresamente que la responsabilidad solidaria del dueño de una obra con el contratista se configura exclusivamente por los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, pero no está consagrada en relación con los aportes parafiscales o con el pago de tasas, contribuciones o impuestos⁴⁹. De esta manera, se observa que los aportes parafiscales (Sena e ICBF) y el impuesto CREE no se encuentran incluidos en la previsión que nos trae el citado artículo, por lo tanto, no son materia de solidaridad laboral.

Así las cosas, al no estar obligado solidariamente el contratante al pago de los aportes parafiscales (seguridad social, Sena y al ICBF) y del impuesto CREE, no sería posible que se genere un perjuicio patrimonial para este último por el no pago de estos conceptos por parte del contratista.

Lo expuesto, esto es, la no cobertura de los rubros precitados bajo el amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, resulta aún más evidente si se observa el alcance del concepto de prestaciones sociales a la luz de la normatividad y la jurisprudencia actual:

- ii) En relación con el particular, la **Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia** ha sostenido de larga data y pacíficamente lo siguiente:

«Prestación social es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecida en el reglamento interno del trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con

⁴⁹Al respecto, se pueden ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 27 de junio de 2019 (Rad. 08001-23-33-000-2013-00822-02 (22907); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 2008-00650/21448 del 24 de septiembre de 2015 (Rad. 76001-23-31-000-2008-00650-01 [21448]), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; y Consejo de Estado, Sección Cuarta de 19 de abril de 2012, radicación 25000-23-27-000-2007-00152-01 (17585), CP. William Giraldo Giraldo; esta última precisa lo siguiente en relación con la inexistencia de solidaridad respecto del pago de parafiscales: «A ese respecto el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los contratistas independientes son verdaderos patronos, y no representantes ni intermediarios de las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, por un precio determinado. La misma norma consagra a cargo del dueño de la obra una responsabilidad solidaria con el contratista, pero con relación a “los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores”, pero no está consagrada igual responsabilidad en relación con los aportes parafiscales, como son los que corresponden al SENA. Así mismo, nótese que la normativa invocada por la Administración como sustento legal de la obligación exigida, esto es, la Ley 21 de 1982, no establece que el empleador sea responsable o deudor solidario por los aportes parafiscales que se deriven de sus contratistas independientes, precisamente porque los aportes a que se refiere dicha ley se originan en una relación laboral y la base de liquidación de los mismos la constituye el monto de sus respectivas nóminas, como se observa en sus artículos 9º, 12 y 17.»

motivo de la misma. Se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no reparan perjuicios causados por el patrono.⁵⁰»

iii) Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado, en relación con el concepto en cuestión y su alcance, lo siguiente:

«Las prestaciones sociales se encuadran dentro de aquellas sumas destinadas a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral. Estas prestaciones pueden estar a cargo del empleador o ser responsabilidad de las entidades de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familia.⁵¹»

Conforme a lo expuesto, la solidaridad laboral prevista en nuestro ordenamiento jurídico se limita al pago de salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales, entendiéndose por estas la prima, las cesantías, los intereses de cesantías y la dotación personal, entre otros. Por consiguiente, la responsabilidad solidaria laboral no abarcaría rubros correspondientes a los aportes parafiscales que corresponden al empleador, ya sea que estos vayan dirigidos al Sena, a las cajas de compensación familiar o al sistema de seguridad social. Tampoco se extiende la mencionada solidaridad laboral al pago de impuestos, tasas o contribuciones a cargo del empleador, como lo es el CREE.

En lo que respecta a descansos remunerados y, en general, vacaciones, aunque las mismas en materia laboral no son catalogadas ni como salarios ni como indemnizaciones, ni tampoco como prestaciones sociales, sí es usual en la jurisprudencia laboral que se condene a su reconocimiento de forma solidaria, razón por la cual las mismas sí deberían tenerse en cuenta dentro del alcance del amparo otorgado.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto, es dable sostener que al no extenderse la solidaridad laboral al pago de aportes parafiscales (seguridad social, Sena; ICBF y cajas de compensación) y a impuestos o contribuciones como el CREE, dichos conceptos no hacen parte del riesgo cubierto por el amparo de salarios y prestaciones sociales contenido en las pólizas de cumplimiento y garantizado por las compañías de seguros

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 10515 del 18 de julio de 1985 (Exp. No. 10.515), M.P. José Eduardo Gnecco Correa.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia del C-892 del 02 de diciembre de 2009 (Exp. D-7742), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

14

LA CLÁUSULA DE PROPORCIONALIDAD
DE LA INDEMNIZACIÓN Y LA REDUCCIÓN
PROPORCIONAL DE LA CLÁUSULA PENAL
EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO
SON INSTITUCIONES JURÍDICAS
AUTÓNOMAS Y DIFERENTES

¿Se configura una renuncia a la proporcionalidad de la cláusula penal cuando la aseguradora, al momento de expedir la póliza de cumplimiento, no consigna la cláusula de proporcionalidad de la indemnización?

Consideraciones

14.1. La denominada cláusula de proporcionalidad de la indemnización.

En la comercialización de seguros de cumplimiento entre particulares suele pactarse una cláusula de proporcionalidad de la indemnización, que implica que el valor asegurado pactado se reduce en la misma proporción en que se haya ejecutado el contrato garantizado⁵². De tal suerte que, si se ejecutó la mitad del contrato, el valor asegurado se reduce igualmente a la mitad del valor originalmente pactado. Dicha cláusula de proporcionalidad fue expresamente proscrita en seguros de cumplimiento que garantizan contratos estatales, en el Decreto 1082 de 2015⁵³, razón que ha generado en la práctica la incertidumbre sobre si dicha prohibición implica también la imposibilidad de alegar en garantías expedidas a favor de entidades estatales la reducción proporcional de la cláusula penal prevista en el artículo 1596 del Código Civil y en el art 867 del C. Co.

De hecho, esta discusión solo tiene relevancia en materia de garantías en favor de entidades estatales, porque en garantías a favor de particulares, por regla general, no se otorga cobertura para el pago de multas o de cláusulas penales, por lo que ni siquiera existe la posibilidad de debate sobre dicho aspecto.

⁵²Isaza Posse, M. (2007). Seguro de Cumplimiento entre particulares: Cláusula de proporcionalidad, *Revista Foro Derecho Mercantil*, Vol 15, abr.-jun., 183-201.

⁵³Lo anterior en virtud de lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.2.4 del Decreto 1082 de 2015, el cual señala: «Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad. En el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado, pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno.»

No existiendo una prohibición expresa para este tipo de cláusula en materia de garantía de contratos de particulares, debe concluirse que sería una cláusula en principio válida por no contradecir ninguna norma de carácter imperativo. Lo anterior, sin perjuicio de que deba advertirse que la doctrina ha sido siempre crítica de la misma y que existe la posibilidad de que se cuestionara su validez jurídica al calificarla como una cláusula abusiva que pudiera crear una asimetría entre las partes contratantes, pues se estaría pagando prima por toda la vigencia a cambio de un límite asegurado que no estaría igualmente disponible.

14.2. La reducción proporcional del monto de la cláusula penal.

Retornando al debate que surge en materia de garantías estatales, referente a la reducción proporcional de la cláusula penal, es importante mencionar que ella se encuentra regulada en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil⁵⁴, así como en el artículo 867 del Código de Comercio⁵⁵ y demás pautas normativas concordantes, correspondiéndose con una estipulación que cumple múltiples funciones, siendo la más usual la fijación de manera anticipada de los perjuicios que puede reclamar una de las partes del contrato a la otra por su incumplimiento⁵⁶.

La naturaleza de la cláusula penal ha sido ampliamente estudiada y debatida, habiendo relativo consenso en que la misma podrá cumplir una función reparadora; si se pacta como una estimación anticipada de perjuicios podrá servir como una sanción punitiva, cuando con esta se pretende sancionar a la parte que incumple, e, incluso, podrá pactarse como garantía, «... si la pena se estipula a cargo de un tercero, pues entonces, el acreedor tiene la alternativa de hacer efectiva la obligación principal sobre el patrimonio del deudor o de exigirle la pena a dicho garante.»⁵⁷

Tal naturaleza polifuncional resulta palmaria a la luz de la reiterada jurisprudencia de la **Corte Suprema de Justicia**, quien ha indicado de larga data que:

«... en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesorio», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de

⁵⁴ Artículo 1592. Definición de Cláusula Penal. «La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.»

⁵⁵ Artículo 867. Cláusula penal. «Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse ...»

⁵⁶ Respecto de la naturaleza de la cláusula penal, ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, lo siguiente «Entendida pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.» (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de mayo de 1996 (Exp. No. 4607), M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁵⁷ Ospina Fernández, G. (2001). Régimen general de las obligaciones. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.⁵⁸»

No puede dejar de observarse que nuestro ordenamiento civil (artículos 1592 y siguientes del Código Civil), además de reiterada jurisprudencia⁵⁹, reconoce que por regla general la cláusula penal tendrá por finalidad ser una estimación anticipada de perjuicios. No obstante, permite que, mediante pacto expreso e inequívoco de las partes, esta se use como apremio o garantía del contrato, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia anteriormente citada⁶⁰

En este sentido, es claro que, en el derecho colombiano, las cláusulas penales pueden cumplir una función de valoración anticipada de perjuicios, o una función de apremio o una función de garantía, de conformidad con la jurisprudencia y doctrina citada, que interpreta las reglas de los artículos 1592 al 1601 del Código Civil. Particularmente, la cláusula penal de apremio tiene por objeto sancionar o multar, convencionalmente, a la parte que ha incumplido sus obligaciones en un contrato y, en ningún caso, tiene por objeto una función resarcitoria, ni siquiera como estimación anticipada de perjuicios.

De igual forma, atendiendo a las citas precedentes, es importante resaltar que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1596 del Código Civil⁶¹, debe darse aplicación proporcional a la cláusula penal en

aquellos casos en que el deudor acredita la ejecución parcial de la obra, regla esta cuya aplicación es reconocida en materia de contratación estatal, por la jurisprudencia del **Consejo de Estado**, así:

«4.3.3. El incumplimiento fue parcial por lo que deben disminuirse los perjuicios tasados en el acto de declaratoria de siniestro.

44. Respecto del valor de los perjuicios tasados en el acto que declaró el siniestro, la aseguradora adujo que el incumplimiento fue parcial, por tanto, la cuantía debió calcularse sólo de cara al valor de las obligaciones desatendidas y no en consideración al valor de todo el contrato, según lo prevén los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio –agrega la Sala–.

44.1. Pues bien, como se dejó dicho líneas atrás, el municipio estaba habilitado puede [sic] declarar el siniestro, hacer efectiva la póliza y cuantificar el perjuicio. Para esto último, se valió de la cláusula penal pecuniaria que fue pactada, como se puede apreciar en el contrato, como una estimación anticipada de perjuicios, por valor del diez por ciento del contrato.

44.2. Ahora bien, si la entidad se vale de la cláusula penal pecuniaria para tasar el perjuicio del siniestro, ello no significa que deba hacerlo indefectiblemente por la totalidad del valor pactado como estimación anticipada de perjuicios. El ejercicio de esa especial facultad que goza la administración –declaratoria del siniestro– está condicionado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen las competencias administrativas, tal como lo ha precisado la Sala [...]

⁵⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2018 (Rad. 25899-31-03-002-2013-00162-01), M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁵⁹Ver también sentencia de la Sección Tercera de la Sala Administrativa de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00021-01(39702), Concepto 1.748 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

⁶⁰(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de mayo de 1996 (Exp. No. 4607), M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁶¹Artículo 1596. Rebaja de pena por cumplimiento parcial. «Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.»

44.3. Por tanto, la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al sub lite– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual.

44.4. Ahora, como la pretensión gira en torno a la disminución de los perjuicios calculados en la declaratoria de siniestro con base en la cláusula penal pecuniaria. La Sala recuerda que la posibilidad de disminuir o aumentar en sede judicial el monto de la estimación anticipada de perjuicios, se ha explicado, así: [...]

44.5. En ese orden, es claro que la reducción de la estimación anticipada de perjuicios está condicionada al efectivo cumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales.⁶² »

que el límite asegurado pactado se vaya reduciendo a medida que se va ejecutando el contrato garantizado, ello no quiere decir que la entidad estatal no deba observar el principio de la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad sancionatoria administrativa, y específicamente para hacer efectiva la cláusula penal. Sobre este particular, Colombia Compra Eficiente, en concepto del 2 de julio de 2007, señaló:

«...iii) **No existe norma especial en la Ley 80 de 1993 ni en la ley 1150 de 2007 sobre la cláusula penal y por lo tanto deben aplicar las normas del derecho privado.** iv) En la aplicación de la cláusula penal al contratista incumplido, la Entidad Estatal debe aplicar los artículos antes enunciados. Teniendo en cuenta que el bajo el amparo de cumplimiento se otorga cobertura al pago de la cláusula penal (numeral 3.4 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015), al momento de hacer exigible el pago de la cláusula penal a la aseguradora, también debe aplicar tales preceptos. **En atención a lo anterior no es viable que en el seguro de cumplimiento se pacte la cláusula de proporcionalidad, pero si lo es que, al momento de requerir el pago de la cláusula penal a la aseguradora, se tenga en cuenta por parte de la Entidad Estatal el porcentaje ejecutado del contrato.**⁶³»

Nótese que en cualquier momento la Administración puede optar por no hacer efectiva la cláusula penal que cumple una función de tasación anticipada de perjuicios y optar simplemente por demostrar o probar la totalidad de los perjuicios que hubiere sufrido y exigírselos a la aseguradora hasta el tope del límite asegurado pactado, límite que al no reducirse, estará plenamente disponible para indemnizar aquellos perjuicios que la entidad contratante beneficiaria de la garantía logre acreditar.

14.3. ¿La imposibilidad de pactar la denominada cláusula de proporcionalidad de la indemnización implica igualmente la inaplicación de las normas legales atinentes a la reducción proporcional de la cláusula penal?

Volviendo al punto objeto de análisis, es importante indicar que, si bien está prohibido pactar la cláusula de proporcionalidad en la contratación estatal respecto del contrato de seguro de cumplimiento, porque no es aceptable para el Estado colombiano

⁶²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 30 de noviembre de 2017 (Exp. No. 39285), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁶³¿Es posible pactar la cláusula de proporcionalidad en el seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales? (2017, 7 febrero). Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública. <https://colombiacompra.gov.co/content/es-posible-pactar-la-clausula-de-proporcionalidad-en-el-seguro-de-cumplimiento-en-favor-de#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20cl%C3%A1usula%20de%20proporcionalidad,en%20proporci%C3%B3n%20a%20su%20incumplimiento>

Conclusiones

- ◆ En síntesis, corresponde indicar que la cláusula penal es una disposición pactada en un contrato particular o estatal que tiene usualmente como finalidad tasar de manera anticipada los posibles perjuicios que podrían ocasionarse a una de las partes del contrato, si la otra incumple con sus obligaciones.
- ◆ Esta, generalmente, se encuentra contenida dentro de los contratos principales que posteriormente son garantizados a través de pólizas de seguro de cumplimiento; ajustándose o supeditándose su aplicación a lo dispuesto en las normas del Código Civil y del Código de Comercio.
- ◆ Por otro lado, la cláusula de proporcionalidad de la indemnización es una cláusula propia del contrato de seguro de cumplimiento, diferente a la cláusula penal, la cual se puede pactar en pólizas de seguro de cumplimiento entre particulares.
- ◆ En los contratos de seguros de cumplimiento entre particulares, se puede renunciar al pacto de la cláusula de proporcionalidad de la indemnización, decisión que hace parte del fuero individual, autonomía de la voluntad y libertad contractual de cada compañía de seguros.
- ◆ Finalmente, no se debe perder de vista que la cláusula penal y la cláusula de proporcionalidad son cláusulas de naturaleza distinta, por cuanto la cláusula de proporcionalidad es propia del contrato de seguro, mientras que la cláusula penal
- ◆ En este sentido, y como se desarrolló a lo largo del presente concepto, la proporcionalidad de la cláusula penal se da en aplicación de las normas que regulan dicho acuerdo entre las partes. En nuestra interpretación, no es correcto afirmar que, al renunciarse a la suscripción de la cláusula de proporcionalidad del pago de la indemnización, se está renunciando expresa, implícita o tácitamente a la aplicación de la reducción proporcional de la cláusula penal establecida en el artículo 1596 del Código Civil, pues técnicamente constituyen dos figuras diferenciadas.

15

EL RIESGO DE CORRUPCIÓN
EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

¿Cómo afecta el riesgo de corrupción al seguro de cumplimiento?

Consideraciones

Los actos de corrupción en sí mismos considerados **no son objeto de cobertura bajo el seguro de cumplimiento**.

En efecto, no puede dejar de observarse que bajo la garantía única de cumplimiento se cubren única y exclusivamente los riesgos enlistados o predeterminados en el Decreto 1082 de 2015, mismos que, en tratándose de la cobertura de cumplimiento, se limitan, al tenor del numeral 3° del artículo 2.2.1.2.3.1.7, sin que en ninguna circunstancia puedan entenderse cubiertos supuestos diferentes a los allí enlistados, a los de:

«Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento.
La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:
[...] 3. Cumplimiento del contrato.
Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.» (Destacado fuera del texto original)

Nótese que, a partir de la simple lectura de la norma citada, no se otorgó amparo al riesgo de corrupción, por lo que no sería posible sostener que los actos de corrupción en sí mismos puedan considerarse como detonante de la cobertura otorgada bajo el amparo de cumplimiento, pues ello sería contrario a lo dispuesto en las normas imperativas que regulan la materia y disponen el alcance de la citada cobertura, al no ser un riesgo contemplado como supuesto para la activación del contrato de seguro.

Lo anterior, esto es, la ausencia de cobertura del riesgo de corrupción bajo el amparo de cumplimiento, al no constituir un riesgo expresamente listado, resulta tanto o más claro si se observa que el propio **Consejo de Estado** ha indicado en casos de similar naturaleza, como lo fue el análisis de la posibilidad de afectar el amparo de seriedad de la oferta con ocasión de actos de corrupción y fraude en el proceso de selección, que al solo encontrarse cubierto lo expresamente determinado en la Ley, no era posible pretender cobertura bajo el contrato de seguro, así:

«La controversia se circunscribe al control de la legalidad de la decisiones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos por medio de las cuales hizo efectivas las garantías de seriedad de unas ofertas presentadas en el curso de un procedimiento de selección por uno de los proponentes que resultó adjudicatario; la ANH no suscribió el contrato con este por presuntas inconsistencias en los documentos que soportaban la oferta y declaró el siniestro de seriedad; la compañía aseguradora alegó en la demanda que el riesgo no estaba cubierto y que operó la prescripción del contrato de seguro, aspectos en los que se centra la impugnación.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acogerá las súplicas de la demanda porque la administración hizo efectivas las garantías de seriedad con fundamento en un riesgo que la aseguradora no amparó...

... En efecto, se reitera que una vez verificadas en su integridad las condiciones generales aportadas con estas, quedó previsto que las garantías cubrían los siguientes eventos: (i) no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado, (ii) no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta por ampliación del término para la adjudicación hasta por tres meses, (iii) falta de otorgamiento por el adjudicatario de la garantía de cumplimiento, (iv) retiro de la oferta y, (v) falta de pago de los derechos de publicación del contrato, que coinciden con los amparos obligatorios que debían garantizarse de acuerdo con el decreto reglamentario vigente cuando se expidieron las pólizas.

Tal como lo reclama Axa Colpatria SA, en calidad de asegurador, solo está llamado a responder por los riesgos que en virtud del contrato asumió, esto es, aquellos garantizados en la póliza, entre los que no se incluyó la presentación de información falsa por parte del oferente; según consta en los actos administrativos demandados, el contrato dejó de suscribirse por la decisión de la administración y no por reticencia del tomador; aunque, la decisión de la entidad devino de una actuación antijurídica del proponente, esta no quedó asegurada con las pólizas de seriedad de las ofertas, que solo amparaban los riesgos señalados en el párrafo que antecede.⁶⁴»

De esta forma, se insiste, al no encontrarse expresamente incluido el riesgo de corrupción dentro de los supuestos de cobertura del amparo de cumplimiento en los términos ya analizados, no será posible proceder en caso alguno por la simple materialización de conductas correlativas a actos de corrupción a la afectación de la garantía única de cumplimiento, especialmente si con ello no se ha presentado un incumplimiento del contrato que sea imputable al contratista.

Conclusiones

Atendiendo a lo expuesto, es claro que el riesgo de corrupción no se encuentra cubierto bajo la garantía única de cumplimiento y los amparos que de ella se desprenden, situación que no obsta para que, en caso de que se presente o materialice un incumplimiento contractual, aunado con la materialización de actos de corrupción, se estructuren los presupuestos para la afectación de la cobertura como consecuencia de la materialización del riesgo de incumplimiento de las obligaciones contractualmente adquiridas, más no las derivadas del hecho corrupto.

⁶⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B). Sentencia del 10 de junio de 2022 (Rad. 25000-23-36-000-2013-01359-01 (Exp. 55.263)), C.P. Fredy Ibarra Martínez.

16

EL AMPARO DEL PERJUICIO
DEL LUCRO CESANTE DEL ASEGURADO
EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

¿Para que el lucro cesante del asegurado esté amparado, en el seguro de cumplimiento, debe pactarse su cobertura expresamente? ¿Es viable o procedente la cobertura del lucro cesante en la póliza de cumplimiento?

Consideraciones

El seguro de cumplimiento es un seguro de daños y, por lo tanto, le aplica el contenido del artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual, en este tipo de seguros «... la indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el **lucro cesante**, pero éste deberá ser objeto de acuerdo expreso ...».

En materia del seguro de cumplimiento entre particulares, es plenamente dable amparar el perjuicio de lucro cesante, pero para ello es necesario que así se pacte expresamente. Por el contrario, para las pólizas que amparan contratos sometidos al régimen de contratación estatal, la posibilidad de pactar tal amparo no resulta tan clara y, en tal sentido, se debe realizar un análisis en mayor profundidad.

El artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, al referirse a la garantía de cumplimiento, para todos sus amparos (buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento del contrato, pago de salarios, prestaciones legales e indemnizaciones laborales, estabilidad y calidad de la obra, calidad del servicio), al enunciar cuál es el alcance de cada uno de ellos, señala que se encuentran encaminados a cubrir los perjuicios sufridos por la entidad estatal según la expresa delimitación de cada uno realizada en la ley.

La normatividad en comento habla de forma general del amparo de perjuicios, sin hacer referencia al daño emergente o al lucro cesante. Lo anterior obliga a analizar si en las pólizas de cumplimiento ante entidades estatales se aplica la regla según la cual para que el lucro cesante sea objeto de amparo debe así pactarse en el correspondiente contrato.

Al respecto, la jurisprudencia del **Consejo de Estado** ha revisado este tema, indicando mediante sentencia del 12 de febrero de 2015: (Sección Tercera, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 2500023626000200300874-01), lo siguiente:

«Por tratarse de un seguro de daños de carácter patrimonial le es aplicable el artículo 1088 del Código de Comercio y por ello el lucro cesante solo es susceptible de ser indemnizado cuando es objeto de acuerdo expreso. Es importante tener en cuenta que el análisis recayó en una póliza expedida bajo el Decreto 679 de 1994, que al referirse al riesgo cubierto en los seguros de cumplimiento indicaba “La garantía única (...) tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surgen a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. »

Pese a la claridad de este precedente, y siendo claro que bajo nuestro ordenamiento jurídico la indemnización del lucro cesante del asegurado requiere pacto expreso, se debe considerar que, salvo casos puntuales de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta, **las entidades estatales no solo carecen de ánimo de lucro, sino que, adicionalmente, no cuentan con fuentes de ingresos que puedan verse privadas por el incumplimiento de obligaciones a cargo de un deudor garantizado, que ameriten ser compensadas.** En efecto, el Estado, como ente político y administrativo, carece dentro de sus

finalidades consagradas en el artículo 2° constitucional de la vocación o el ánimo de obtener lucro de cualquier naturaleza⁶⁵, por contraposición a los particulares, tal y como ha sido reconocido tanto por la doctrina internacional, al analizar las distinciones inherentes a la prestación de servicios por entidades particulares y estatales⁶⁶, como por la doctrina nacional, al manifestar que la distinción del Estado como persona de derecho público con las personas jurídicas de derecho privado estriba en que:

«Las personas de derecho público tienen por objeto desarrollar y cumplir los fines esenciales del Estado en los términos del artículo 2° de la Constitución Nacional. Por su parte, las personas jurídicas privadas tienen un fin de incremento patrimonial o especulativo. No obstante, debemos destacar que, como se vio en la clasificación de las personas jurídicas de derecho privado, tanto las corporaciones sin ánimo de lucro como las fundaciones tienen por objeto un fin de beneficencia, ciencia, enseñanza o piedad que en muchos casos suplen o complementan la acción del Estado; además, las empresas industriales y comerciales del Estado desarrollan actividades propias de los negocios privados, con la misma finalidad. Sobre éstas últimas es necesario señalar, sin embargo, que no es claro que su objetivo sea la utilidad en sí misma, sino que se constituyen para satisfacer necesidades que los particulares no quieren o no pueden satisfacer, por razones de seguridad o soberanía nacional, o para el suministro de bienes esenciales.»⁶⁷

Conclusiones

En conclusión, puede decirse que en los seguros de cumplimiento, sean estos a favor de particulares o de entidades estatales, debe pactarse expresamente la cobertura de lucro cesante del asegurado para efectos de entenderse dicha tipología de perjuicios amparada bajo la garantía de cumplimiento, por cuanto así lo requiere el artículo 1088 del Código de Comercio.

Adicionalmente, se debe tener presente que, salvo por las denominadas empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta que se consideran entidades públicas, el Estado carece absolutamente de ánimo de lucro y en la mayoría de los casos ni siquiera percibe ingresos que se pudieran ver frustrados por el incumplimiento de obligación alguna en cabeza del deudor garantizado.

En los casos en los cuales se haya dado expresa cobertura a los perjuicios a título de lucro cesante que hubiera podido sufrir el acreedor asegurado, será necesario que se pueda lograr su efectiva tasación y demostración, tarea que por regla general es compleja en la práctica.

⁶⁵En efecto, son fines esenciales del Estado, los siguientes: «Artículo 2. ... 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. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

⁶⁶Cfr. Kresalja, B. (1998). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. Themis Revista de Derecho, (39), 39-98 y Fernandois Vöhringer, A. (1999). Municipalidades, corporaciones sin fines de lucro y estado empresario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, (1) (ene.-mar.), 193-201.

⁶⁷Herrera Robles, A. (2000). La personalidad jurídica del Estado. Revista de Derecho, Universidad del Norte, Vol. 14, 121-137.

17

RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS DIRECTIVOS
Y ADMINISTRADORES
DE LA ASEGURADORA
EN LA CELEBRACIÓN
DE CONTRATOS SIN EL LLENO
DE LOS REQUISITOS LEGALES

(ARTÍCULO 410 DEL CÓDIGO PENAL)

¿Tienen los directivos y administradores de la aseguradora algún tipo de responsabilidad penal en los términos del artículo 410 del Código Penal por no verificar los requisitos de contratación de los convenios interadministrativos o de los contratos que las entidades públicas celebren con las aseguradoras?

Consideraciones

Corresponde recordar, en primera medida, que conforme a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, los procedimientos que debe adelantar la entidad estatal para contratar un seguro de cumplimiento son, según se trate respectivamente de un contrato que supere la menor cuantía o no, la apertura y desarrollo de una licitación pública, o dar aplicación a la selección abreviada, para lo cual deberá determinarse la cuantía en atención al valor de la prima del seguro⁶⁸.

Esclarecido lo anterior, para efectos de abordar la posible responsabilidad penal en que pudieren incurrir los directivos y administradores de la compañía aseguradora al no verificar los requisitos de suscripción del contrato en cuestión, corresponde mencionar que el Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) no prevé obligación para los contratistas de garantizar o acreditar la celebración de los contratos de acuerdo con la modalidad de selección establecida en la ley y, de igual manera, que la escogencia de dicha modalidad es una carga de la Administración y no del contratista.

Esto resulta aún más claro si se acude a lo dispuesto en los artículos 20 y 410 del Código Penal.

⁶⁸Similar situación acontece con la elección del intermediario de seguros, caso en el que, no obstante, deberá tenerse en cuenta que cuando el objeto incluya actividades adicionales a la simple intermediación, será necesario dar aplicación al concurso de méritos; esto, sin perjuicio de destacar que no existe normativa alguna que establezca la obligatoriedad de contratar los seguros a través de intermediarios de seguros. La decisión de hacerlo a través de intermediario o contratar los seguros directamente con la aseguradora corresponde a la entidad estatal y a la necesidad que esta pretenda suplir.

Artículo 20:

«Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.»

El artículo 410 del Código Penal tipifica el delito denominado «contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales», en los siguientes términos:

«El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. (Destacado fuera del texto original). »

Tal y como se desprende de la norma precedente, este tipo penal exige un sujeto activo calificado, que en este caso es aquel funcionario del Estado que, en ejercicio de sus funciones, proceda a tramitar un contrato sin observar los requisitos legales esenciales o a celebrar el mismo sin verificar el cumplimiento de aquellos, con lo cual, se trataría de una conducta que no es susceptible de ser imputada a personas, como serían los directores y administradores de las compañías aseguradoras, que no detentan la calidad específicamente establecida en el tipo penal.

Conclusiones

De conformidad con las consideraciones anteriores, no existe una obligación legal para la aseguradora o sus directivos y administradores de verificar o hacer cumplir los requisitos necesarios para la celebración de un contrato de seguro con la entidad estatal o de esta con un intermediario de seguros. Esto es claro si se observa que no fungen como servidores públicos ni tampoco ejercen funciones públicas al celebrar un contrato de seguros con una entidad estatal. En consecuencia, no podrían verse inmersos sus directivos y administradores en los supuestos fácticos que estructura el tipo penal de «celebración de contratos sin el lleno de requisitos legales».

18

GARANTÍAS FINANCIERAS EN
EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

¿Es técnica y jurídicamente viable garantizar obligaciones financieras bajo el seguro de cumplimiento?

Consideraciones

En el seguro de cumplimiento es usual garantizar obligaciones de dar, hacer y no hacer. Dentro de las obligaciones de dar se incluyen las de pagar una suma de dinero, las cuales son perfectamente asegurables bajo la garantía de cumplimiento, siempre y cuando se haya surtido un cuidadoso proceso de suscripción. En la práctica, muchas de las garantías de disposiciones legales implican garantizar una obligación de pagar dinero.

Aunque históricamente las garantías de pago no han sido un punto controvertido en cuanto a su validez jurídica, el 20 de octubre de 2000 la, en ese entonces, Superintendencia Bancaria de Colombia⁶⁹ profirió un concepto en el que indicó que no era procedente para las aseguradoras expedir garantías de pago, a menos que se tratara de una póliza de disposiciones legales o de una garantía única de cumplimiento en la cual la obligación a cargo del contratista fuera el pago de una suma de dinero. Con dicho concepto se descartaba la posibilidad de garantizar obligaciones de pago que provengan de contratos suscritos entre particulares o de entidades estatales no sometidas el estatuto general de la contratación estatal. Esta posición se entendería hoy en día superada, conforme con lo que se indicará más adelante.

Sí ha existido históricamente gran controversia sobre la posibilidad de garantizar obligaciones de pago de dinero cuando el acreedor es una entidad financiera. Estas garantías de pago de sumas de dinero normalmente surgidas de un contrato de mutuo se denominan normalmente como garantías financieras y durante mucho tiempo en Colombia fueron objeto de expresa regulación mediante la cual se prohibía expresamente que se pudieran garantizar o caucionar las mismas mediante un seguro de cumplimiento.

El doctrinante **Juan Manuel Díaz Granados** — en el Encuentro Nacional de Acodarse del año 2011—, sobre las garantías financieras manifestó lo siguiente:

- ◆ *Mediante Decreto 3233 de 1965 expedido por la Junta Monetaria del Banco de la República se prohibió expresamente la expedición de garantías y avales para caucionar el pago de obligaciones en moneda legal colombiana a favor de entidades del sector financiero (básicamente contratos de mutuo)*
- ◆ *La anterior norma fue repetidamente conservada en las resoluciones de la Junta Monetaria (hoy Junta Directiva del Banco de la República). Dentro de dichas normas se destacó la Resolución 24 de 1990.*
- ◆ *Posteriormente, el Decreto 1516 de 1998 dispuso en su artículo 3 lo siguiente: “Las compañías de seguros debidamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán continuar otorgando todos aquellos amparos que de conformidad con las normas legales y reglamentarias pueden ofrecer las compañías de seguros, en particular otorgar seguros de crédito en sus distintas modalidades”*

⁶⁹Citado por Narváez Bonnet. P. 188 y 189.

- ◆ El Decreto de 1998 fue reproducido literalmente en el Decreto Único Reglamentario 2555 de 2010: “Artículo 2.1.12.1.3. Seguros de crédito. “Las compañías de seguros debidamente autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán continuar otorgando todos aquellos amparos que de conformidad con las normas legales y reglamentarias pueden ofrecer las compañías de seguros, en particular otorgar seguros de crédito en sus distintas modalidades”.
- ◆ La norma en comento, aunque no autorizó de forma expresa la expedición de garantías financieras, tampoco siguió reproduciendo el texto de la prohibición que había sido incluido en 1965.
- ◆ Dada la ambigüedad de la norma vigente que, aunque no autoriza este tipo de operación, tampoco la prohíbe, hay autores que consideran que la prohibición fue removida del ordenamiento y hoy día se pueden expedir ese tipo de garantías financieras.

En punto lo anterior, resulta claro entonces que, además de permitirse la operación del seguro de crédito, se define el ámbito de operación de las aseguradoras en materia de otorgamiento de garantías tomando como referencia el marco legal correspondiente, más concretamente, para el caso que nos atañe, la Ley 225 de 1938, que no restringía en modo alguno el tipo de obligación que puede ser garantizada, ni mucho menos las clases de contrato que le sirven de fuente.

Es cierto que la Superintendencia Financiera ha sido clara al indicar en sus conceptos expresamente la prohibición de emisión de avales por las compañías de seguros⁷⁰, al establecer que:

«En cuanto al alcance de la prohibición de otorgar avales, ha sido criterio reiterado de esta Superintendencia que se traduce en la imposibilidad legal para las aseguradoras de realizar operaciones respecto de obligaciones que se solventen mediante el pago de sumas de dinero, colocándose frente al acreedor en iguales condiciones que la persona obligada al pago, como sería el caso del otorgamiento de un seguro de crédito individual solidario cuyo riesgo consistiera en el no pago de la suma debida una vez vencido el término para el cumplimiento de la prestación. Con todo, se permite a las entidades aseguradoras debidamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, continuar ofreciendo el seguro de crédito en sus distintas modalidades de conformidad con las normas legales y reglamentarias. Una de estas modalidades, la más usada es el seguro de insolvencia, en el que desde la perspectiva propia del asegurador el pago de la prestación asegurada tiene un carácter subsidiario en la medida en que el riesgo asegurado resulta ser la incapacidad para el pago de la deuda. En conclusión, todas aquellas operaciones respecto de obligaciones que se solventen mediante el pago de una suma de dinero que coloquen a la aseguradora en igualdad de condiciones frente al acreedor, que es la persona obligada al pago, se encuentran sujetas a la precitada prohibición, como quiera que el siniestro se configuraría por el no pago voluntario de la suma debida, una vez vencido el término para el cumplimiento de la prestación y, como es bien sabido, la expedición de pólizas de seguro se encuentra delimitada por el concepto de riesgo definido en el artículo 1054 del Código de Comercio. (Destacado fuera del texto original) »

⁷⁰Cfr. Concepto No. 96016361-3 del 25 de julio de 1996 y el No. 19990021031 del 18 de febrero de 1999.

Sin embargo, es menester hacer hincapié en que dichos conceptos hacen referencia a la prohibición expresa de **emitir avales** por parte de las compañías de seguros, para lo que el Código de Comercio define como aval, esto es: «Artículo 633. Garantía mediante aval. Mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título-valor». (Destacado fuera del texto original)

Lo anterior es coherente con lo indicado por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-855 de 2003, al interior de la cual se estableció que:

«La ley considera como avalista a la persona que pone su firma en un título y que no es ni el girador, girado o tenedor del mismo. La razón de ser del avalista es darle una garantía adicional al título, y el avalado puede ser cualquier obligado cambiario. »

De igual manera, el Dr. Jorge Eduardo Narváez Bonnet,⁷¹ en su libro El seguro de cumplimiento: de contratos y obligaciones, sostiene que: «Por su parte, el aval es una figura jurídica propia de los títulos valores, mediante la cual se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título valor (art. 633 del C.Co.). La obligación del avalista es pura y simple, de carácter principal, autónoma y solidaria.» (Destacado fuera del texto original).

Atendiendo a lo expuesto, se puede concluir que las garantías de pago son diferentes de los avales, por cuanto al garantizarse obligaciones de pago a través del seguro de cumplimiento no se garantiza el pago de títulos valores, con lo cual es claro que no se ubica la expedición de garantías en el supuesto de prohibición de los avales, único existente en la normativa actual para el respaldo de obligaciones.

Lo anterior resulta aún más claro si se observa que la **Superintendencia Financiera** se ha pronunciado acerca de la viabilidad para las aseguradoras de emitir garantías de pago dentro del seguro de cumplimiento, indicando, al interior del Concepto No. 2003046122-2 del 04 de febrero de 2004, que:

⁷¹El seguro de cumplimiento: de contratos y obligaciones. Ed. Ibáñez. 2011. P. 26 y 27

«Ahora bien, en relación con la expedición de pólizas de cumplimiento para garantizar las obligaciones de pago derivadas de los contratos a que alude su consulta, conviene puntualizar que el Decreto 1516 de 1998, mediante el cual se dictaron normas sobre otorgamiento de avales y garantías, establece en su artículo 3°:

“Las compañías de seguros debidamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán continuar otorgando todos aquellos amparos que de conformidad con las normas legales y reglamentarias pueden ofrecer las compañías de seguros, en particular otorgar seguros de crédito en sus distintas modalidades”.

Si bien, la norma en comento hace énfasis en el seguro de crédito, debe notarse que no es restrictiva en la medida que permite a las compañías de seguros el otorgamiento de todos aquellos amparos para cuyo ofrecimiento se encuentren legalmente autorizadas, como sería el caso del seguro de cumplimiento, el cual de conformidad con lo establecido por el artículo 203 numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero puede extenderse para garantizar el cumplimiento de obligaciones derivadas de contratos.

Así las cosas, respecto de las obligaciones que consistan en el pago de sumas de dinero en los contratos a que alude su consulta, se puede advertir de acuerdo con la normativa precitada que las mismas podrían ser objeto de aseguramiento bajo un seguro de cumplimiento.

Con todo, será la parte contratante que exige la garantía a quien corresponda evaluar si las obligaciones contenidas en el contrato se encuentran debidamente garantizadas a través de la póliza de cumplimiento respectiva y, en consecuencia, decidir sobre su aceptación.»
(Resaltado fuera de texto)

Conclusiones

Es viable jurídicamente emitir garantías de pago en el seguro de cumplimiento, pues no existe ninguna prohibición específica sobre el particular. De hecho, la Superintendencia Financiera se ha pronunciado favorablemente en los últimos años. Si existe duda sobre la posibilidad de expedir garantías financieras (garantizar obligaciones de pago de dinero a favor de entidades financieras), pues si bien la prohibición expresa que existía en nuestro ordenamiento jurídico se eliminó desde 1998, no existe ninguna norma que autorice expresamente ese tipo de actividad, lo cual ha generado que haya posiciones encontradas en la doctrina.

Sin perjuicio de la tesis que se adopte, lo cierto es que la suscripción de las garantías de pago merece un especial análisis, más exigente y especial que el utilizado para otro tipo de obligaciones. Con mayor razón, lo requieren las denominadas garantías financieras, que normalmente pueden tener un efecto negativo en **la selección de clientes por parte de las entidades financieras, pues ante la existencia de garantías que cubran el pago del crédito tienden a relajarse en sus exigencias para el préstamo de dinero.**

19

EMISIÓN DE PÓLIZAS
CON FECHA DE INICIO

DE VIGENCIA RETROACTIVA

¿Es técnica y jurídicamente viable emitir pólizas con fecha de inicio de vigencia anterior a la fecha de expedición de la póliza?

Consideraciones

Para el interrogante planteado corresponde indicar, al menos preliminarmente, que bajo el ordenamiento jurídico patrio es posible expedir pólizas con fecha de inicio de vigencia anterior a la fecha efectiva de emisión, en la medida en que, tal y como lo establece el artículo 1036 del Código de Comercio: «*El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva*», razón por la cual la celebración del contrato se puede probar a través de la póliza, por cualquier otro documento o por confesión.

En concordancia con la consensualidad del contrato de seguros, la **Superintendencia Financiera**, por medio del **Concepto 2001035029-2 del 08 de marzo de 2002**, estableció que:

«... es factible que en la póliza de seguro la fecha de iniciación de vigencia del seguro sea anterior a la fecha de expedición de esta, toda vez que el acuerdo de voluntades o consentimiento de las partes precede al documento escrito y son las partes las llamadas a determinar cuándo el asegurador comienza a asumir los riesgos trasladados por el tomador ... »

De conformidad con lo anterior, es necesario destacar que, si bien es posible entonces emitir una póliza de seguro con vigencia retroactiva o anterior, la **Superintendencia Financiera** emitió la **Circular 143 de 2002**, con la finalidad de desestimar la emisión de pólizas con vigencias retroactivas, imponiendo una obligación contable al momento de la celebración del contrato de seguros: «*... la producción de primas se debe realizar cuando quiera que se celebre el negocio, independientemente de que la expedición de la póliza o el recaudo de la prima haya sido efectuada o no.*»

Conclusiones

En atención a las consideraciones precedentes, es posible afirmar que existe viabilidad para que la aseguradora emita una póliza con fecha de inicio de vigencia anterior a la fecha de expedición de la póliza o retroactiva, toda vez que la póliza solo prueba el contrato de seguro, mas no lo perfecciona. No obstante, eso no libra al asegurador de la obligación de contabilizar la prima en el momento de celebración del contrato, así no la haya recaudado; en tanto es un mecanismo contable implementado por la **Superintendencia Financiera** para desestimar este tipo de prácticas.

En todo caso, el asegurador debe verificar en el análisis de riesgos la razonabilidad de la retroactividad, no solamente desde el punto de vista contable, sino desde la óptica de la suscripción de riesgos en curso, cuyas implicaciones se analizaron en concepto desarrollado con anterioridad.

20

EMISIÓN DE PÓLIZAS
CON FECHA DE EXPEDICIÓN

RETROACTIVA

¿Es viable emitir pólizas con fecha de expedición retroactiva?

Consideraciones

Sobre este particular debe tenerse en cuenta que el escenario fáctico es diferente del anterior, en la medida en que en este caso se estudia la posibilidad de que la compañía de seguros establezca en una póliza una fecha de emisión diferente a la fecha real de emisión, poniendo una fecha anterior en la misma (es decir, fijando el momento de perfeccionamiento del contrato a una fecha anterior), mientras que en el caso analizado en el numeral anterior se discutía la posibilidad de que la fecha de la vigencia en el documento contentivo del contrato de seguro fuese previa a la emisión.

Para el interrogante planteado corresponde destacar que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este tipo de conductas, indicando que podría configurarse una falsedad ideológica, con lo cual es menester indicar que no es viable proceder en tal sentido, al manifestar que:

«... La falsedad ideológica en documentos se presenta cuando en un escrito genuino se insertan declaraciones contrarias a la verdad, es decir, cuando siendo el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos no habiendo ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente.⁷²»

Lo anterior, atendiendo igualmente a lo establecido en el artículo 289 del Código Penal, el cual indica que: *«El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses.»*

La estructuración de una conducta típica en el caso de incurrir en la práctica analizada resulta aún más claro si se observa que la póliza tiene una finalidad eminentemente probatoria que permite determinar la existencia, extinción o modificación de una relación jurídica sustancial; con lo cual se reúnen los presupuestos del tipo, conforme han sido analizados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al indicar que:

«... el documento contentivo de enunciados en relación con los cuales el creador quebranta su deber legal de veracidad cabe precisar, ha de tener capacidad probatoria, ser utilizado con fines jurídicos y que determine la extinción o modificación de una relación jurídica sustancial con perjuicio de un tercero.⁷³»

Conclusiones

En conclusión, modificar la fecha de emisión de una póliza es incurrir en falsedad ideológica de la póliza o documento contentivo del contrato de seguro, lo que podría llegar a tipificarse en el delito de falsedad en documento privado, no siendo, por lo tanto, una práctica viable en el ordenamiento jurídico patrio.

⁷²Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-637 de 16 de septiembre de 2009. (M.P. Mauricio González Cuervo.)

⁷³Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP1677-2019 (Casación No. 49.312) del 08 de mayo de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuéllar

21

COBERTURA DEL DOLO
EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO
A LA LUZ DEL ARTÍCULO
1055 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

¿Es técnica y jurídicamente acertado amparar el dolo en materia de seguro de cumplimiento? ¿Qué aplicación tiene el artículo 1055 del Código de Comercio en materia del contrato de seguro de cumplimiento?

Consideraciones

Sea lo primero recordar que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico constituyen riesgos inasegurables, en los términos de la norma imperativa consagrada en el artículo 1055 del Código de Comercio, el dolo, la culpa grave y demás actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario. Esta disposición, en tratándose del seguro de cumplimiento, ha suscitado sendos debates jurisprudenciales⁷⁴, al ser precisamente el riesgo respaldado, y que amenaza el patrimonio del asegurado (entidad contratante), el proceder contrario a las obligaciones adquiridas por el contratista garantizado que, por regla general, detenta a su vez la calidad de tomador del contrato de seguro⁷⁵.

Ahora bien, corresponde precisar -en respuesta a los interrogantes planteados, que el artículo 1055 del Código de Comercio, tal y como de larga data lo ha sostenido la **Sala Civil** de la **Corte Suprema de Justicia**, no resulta aplicable en materia del seguro de cumplimiento, en la medida en que:

«... el mandato contenido en el citado artículo 1055 no puede tener una aplicación indiscriminada a los seguros de cumplimiento, porque como ha tenido ocasión de recordarlo la Corte, esa forma contractual especial, prevista desde la ley 225 de 1938, que continuó vigente con la expedición del Código de Comercio, tiene unas reglas especiales para servir de garantía en la observancia de las obligaciones y cargas contractuales, donde el asegurador “no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor”, primero, porque ese negocio tiene una base legal indiscutible, “cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio”; segundo, porque además de desconocer la certeza propia de los pactos ajustados por las personas y dejar sin efecto su propio compromiso, sería muy nociva la conducta de quien a sabiendas, “propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tanta actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño (Corte Suprema de Justicia, SC, 2 may. 2002, Exp. N^o 6785)⁷⁶. (Destacado fuera del texto original). »

⁷⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3898-2021 (Rad. 51168) del 01 de septiembre de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuéllar

⁷⁵Al respecto ha indicado la Superintendencia Financiera de Colombia, entre otros, en el Concepto No. 2003046122-2 del 04 de febrero de 2004, lo siguiente: «Así las cosas, no se remite a duda que es entendido que allí hay una clase de seguro gobernado por normas especiales (el de cumplimiento). Y que, por lo tanto, su genuina naturaleza no la dibujan tanto las reglas generales del seguro como las singulares contenidas en la ley que le dio vida (Ley 225 de 1938). Como corolario de las anteriores consideraciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia, se concluye sobre la naturaleza especial del seguro de cumplimiento, misma que lo releva de la aplicación de algunas normas de los seguros generales, entre ellas el artículo 1055 del Código de Comercio, cuya taxativa interpretación no permitiría su operación dentro del marco general perseguido por el legislador al expedir la Ley 225 de 1938.» (Destacado fuera del texto original)

⁷⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4659-2017 (Rad. 11001-31-03-023-1996-02422-01)

La anterior consideración, en relación con la inaplicabilidad de la norma en comento, ha sido por demás compartida y aceptada por el Consejo de Estado, con precisiones concretas cuando la culpa o dolo proviene del asegurado, esto es, de la entidad contratante, al indicar:

«De conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables”, y cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno. Esta regla encuentra varias excepciones respecto del tomador en algunas tipologías de seguro, como en el seguro de daños y, dentro de esta categoría, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, en los cuales la garantía procede por la concreción del riesgo provocado por el contratista incumplido, al margen de que este haya obrado o no con culpa – dado que así se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para esa clase de garantía.»

Sin embargo, la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativo, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisibles abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares⁷⁷ (Destacado fuera del texto original)

Así las cosas, es menester precisar que la inadmisibilidad de invocar el artículo 1055 del Código de Comercio como causal de objeción en materia del seguro de cumplimiento en razón de actos dolosos, gravemente culposos o meramente potestativos del tomador (contratista garantizado) tiene su razón de ser, en palabras del maestro Efrén Ossa, en el hecho que:

⁷⁷Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia No. 40102 de 2019 (Rad. 85001-23-31-000-2007-00159-01 (40102), C.P. María Adriana Marín.

«... el contratista es la entidad o persona en cuya conducta social, profesional, humana, en cuya organización empresarial se concentran los riesgos a cargo del asegurador: el riesgo moral (la honestidad, la probidad, la prudencia), el riesgo técnico (la idoneidad profesional, la infraestructura operacional) y el riesgo financiero (la capacidad económica para responder de sus compromisos contractuales).

... Mal podría pues, invocarse el dolo o la culpa grave del contratista afianzado, con su nexo causal con el cumplimiento de sus obligaciones, como causa excluyente de la responsabilidad del asegurador. La naturaleza misma del seguro de cumplimiento, la causa que induce a su celebración, están llamadas a prevalecer necesariamente sobre la interpretación acomodaticia de la Ley⁷⁸» (Destacado fuera del texto original)

Conclusiones

Es dable sostener que por la naturaleza misma del seguro de cumplimiento, así como por la finalidad de salvaguarda del patrimonio e interés del contratante que persigue tanto en materia de contratación estatal, como en tratándose de negocios entre particulares, el artículo 1055 del Código de Comercio no tiene aplicación en el seguro de cumplimiento única y exclusivamente respecto del dolo o los actos meramente potestativos del contratista garantizado, aun cuando este detente la calidad de tomador de la póliza en cuestión. Situación distinta ocurre con los actos meramente potestativos o gravemente culposos o dolosos del asegurado, entidad contratante, en la medida en que aceptar lo contrario conllevaría tolerar un abuso del derecho en favor de la administración y un desconocimiento de la uberrimae bonae fidei que rige el contrato de seguro en nuestro ordenamiento jurídico.

⁷⁸Efrén Ossa, J. (1991). Teoría general del seguro: El contrato. Bogotá D.C.: Temis, p. 474 y ss.

22

COBERTURA DE LA FALTA
DE AMORTIZACIÓN EN
EL AMPARO DE **ANTICIPO**

¿Es técnica y jurídicamente viable amparar el riesgo de no amortización dentro del amparo de anticipo?

Consideraciones

Sea lo primero anticipar que la respuesta al interrogante planteado habrá de ser negativa en la medida en que, tal y como lo reconocen tanto la doctrina⁷⁹, como la jurisprudencia⁸⁰, el riesgo de «no amortización» es técnica y jurídicamente diferente del cubierto o respaldado bajo el amparo de «buen manejo y correcta inversión», aun cuando debe admitirse que la:

«... apropiación, la incorrecta inversión y la falta de amortización del anticipo, constituyen riesgos potenciales, que amenazan por sendas distintas el patrimonio del contratante; por consiguiente, este tiene interés en transferirlos lícitamente al asegurador, a través de la contratación de amparos especiales, que pueden incluirse como coberturas accesorias al seguro de cumplimiento.

... Pero no puede obviarse que, en desarrollo de la comentada potestad de individualizar el riesgo asegurado, el asegurador está facultado para decidir si asume los riesgos de apropiación, incorrecta inversión o falta de amortización del anticipo; pero si opta por restringir el aseguramiento brindado a los dos primeros eventos, no podrá reclamársele indemnización alguna si se materializa el tercero, aun cuando –se reitera– por esa vía sufra mengua el patrimonio del contratante.

Téngase en cuenta que, si el asegurador asume las contingencias económicas que pudieran emerger de la ‘apropiación,’ o ‘incorrecta inversión’ del anticipo, solo responderá por las pérdidas derivadas de la realización de esos eventos dañosos, y por lo mismo estará exonerado de cualquier carga indemnizatoria si el desmedro patrimonial deriva de causas distintas, como lo sería sin duda la restitución imperfecta del aludido rubro.⁸¹» (Destacado fuera del texto original)

⁷⁹Pérez Rueda, C. (2012). El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares, 10 de noviembre de 2012. *Revista Ibero-latinoamericana de Derecho de Seguros*, Núm. 37 (21), pp. 191-212. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/viewFile/11469/10001>

⁸⁰Al respecto, se indicó, por la **Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.**, en sentencia del 09 de febrero de 2012, que la amortización es «... la imputación a título de pago en la facturación del contrato, lo que dista del concepto del buen manejo e inversión del anticipo, en tanto que este implica simplemente el uso de los recursos en el objeto contractual».

⁸¹Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. **Sentencia SC3893-2020** (Rad. 11001-31-03-032-2015-00826-01) del 19 de octubre de 2020, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

En punto a lo indicado en las decisiones precitadas, corresponde indicar que en la práctica cotidiana persiste, especialmente en materia de contratación estatal, la duda de si a la luz de la legislación actual no debería entenderse cubierto el riesgo de amortización del anticipo en la medida en que se trata de un dinero entregado en calidad de préstamo al contratista, quien tiene la obligación de invertirlo y amortizarlo, bajo el entendido de que «... las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato»⁸².

Es necesario aclarar que la no amortización tiene la potencialidad de generar un detrimento patrimonial al asegurado, pues se trata de la imputación a título de pago de un dinero entregado en calidad de préstamo al contratista, sin embargo, ello representa un riesgo completamente independiente al de la no inversión del anticipo o su apropiación indebida, conforme lo ha reconocido la doctrina al indicar que:

«... podemos definirlo como el amparo mediante el cual la compañía de seguros se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios que sufra este por causas imputables al contratista garantizado, derivados de manera directa de los distintos riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a este último a título de anticipo, los cuales, no están siempre cubiertos en su totalidad, de tal suerte que solo los que sean explícitamente nombrados estarán

amparados, y los que no lo estén, valga la redundancia estarán excluidos ...

Bien se trate de buen manejo, correcta inversión o uso, se busca indemnizar al asegurado por los perjuicios derivados de la destinación que el contratista haga del anticipo sin hacer honor a las reglas del contrato para tal fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos ...

La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación.

Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido. Lo dicho, puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en

⁸²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001 (Exp. 13436). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante.⁸³»

En concordancia con lo anterior, el propio Consejo de Estado ha manifestado, reconociendo la naturaleza diferenciada de los riesgos, que:

«Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente –como lo hace el tribunal– que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia –de ninguna manera– que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado.

... Para la Sala es claro que lo que cubre el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo son los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones y no de la obligación de amortizar el anticipo, si dicha obligación no fue amparada expresamente por la Compañía de Seguros.

Igualmente es claro que existe una diferencia entre este amparo (buen manejo y correcta inversión del anticipo) y el amparo de cumplimiento, el cual garantiza el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, y que en el caso concreto cubrió el pago de la cláusula penal que asumió la Compañía de Seguros⁸⁴. »

⁸³Pérez Rueda, C. (2012). El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares. [Monografía] Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10002/PerezRuedaChristianEduardo2012.pdf?sequence=3>

⁸⁴ Al respecto, véase la sentencia del Consejo de Estado de fecha 03 de noviembre de 2020 a cuyo tenor es claro que el contratista, en relación con el anticipo, tiene «... la obligación de amortizarlo, devolverlo o pagar la suma que le fue entregada a título de anticipo. Esta obligación no está garantizada por la póliza. En este caso, el amparo de anticipo no cubre el riesgo de no amortización, devolución o pago del anticipo, como quiera que no se pactó así expresamente dentro del alcance de la póliza. Por tal razón no puede condenarse a la compañía por este concepto.» (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 03 de noviembre de 2020 (Rad. 17001-23-31-000-2005-00338-02 (47760)), C.P. Martín Bermúdez Muñoz).

Se insiste entonces, pues de ello no puede caber duda alguna, en que, tanto en materia del seguro de cumplimiento en favor de particulares, como en la garantía única de cumplimiento, ha sido pacífica la jurisprudencia del **Consejo de Estado** y la **Corte Suprema de Justicia**, al indicar que:

«... tratándose del amparo de anticipo en contratos de obra, la falta de amortización es riesgo que difiere de su mal uso o de su apropiación indebida [...] El empleo por el contratista de esos bienes denominados anticipo, por lo general dinero en efectivo, puede presentar distintas anomalías en el desarrollo contractual como: I) su ausencia de amortización o retorno al patrimonio del contratante en la forma convenida; II) su apropiación indebida, que consiste en el direccionamiento ilegítimo de esos bienes hacia otros patrimonios; y III) el mal uso, que alude a la destinación para labores totalmente ajenas a las obras pactadas.⁸⁵»

Conclusiones

En todos los casos o escenarios contractuales el riesgo de no amortización es diferente al riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, conforme se ha reconocido, tanto por la jurisprudencia de la **Sala Civil de Casación** de la **Corte Suprema de Justicia** en materia de Contratos de Cumplimiento en favor de particulares, como por el **Consejo de Estado**, al analizar el alcance de la cobertura de «buen manejo y correcta inversión del anticipo» de las garantías únicas de cumplimiento.

En concordancia con lo anterior, atendiendo a la naturaleza de los citados riesgos, como a la regulación de la mentada cobertura, corresponde indicar que la no amortización del anticipo no constituye un riesgo debidamente respaldado, salvo que se pacte expresa e inequívocamente, por cuanto se corresponde con un procedimiento contable, según el cual en la medida en que se ejecuta la obra, se descuenta, de los saldos a favor del contratista, un porcentaje para cubrir el préstamo que se le entregó al inicio de la obra para su ejecución, esto es una situación completamente independiente de los riesgos de apropiación o indebida inversión que se amparan bajo la cobertura revisada y que se encuentra regulada, en materia de la garantía única de cumplimiento en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015.

Las anteriores consideraciones, en el ámbito específico de la garantía única de cumplimiento, resultan aún más evidentes si se observa que el riesgo de no amortización del anticipo no hace parte de aquellos cubiertos en materia de contratación estatal bajo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Decreto 1082 de 2015, pues el artículo 2.2.1.2.3.1.7. solo menciona lo siguiente: «Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.»

⁸⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2840-2022 (Rad. 11001-31-03-001-2015-01057-01) del 01 de septiembre de 2022, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

BIBLIOGRAFÍA

Bedoya Chavarriaga, J. (2020). La prescripción extintiva en el contrato de seguro: una aproximación a su incidencia y configuración en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, (53), Págs. 181-222

Bonivento Jiménez, J. (2017). *Obligaciones*. Bogotá: Ed. Legis

Colombia Compra Eficiente. ¿En los contratos de prestación de servicio se debe solicitar la vigencia del amparo de calidad del servicio con la misma vigencia del amparo de cumplimiento? Consultado el 01 de junio de 2023. <https://colombiacompra.gov.co/content/en-los-contratos-de-prestacion-de-servicio-se-debe-solicitar-la-vigencia-del-amparo-de>

Colombia Compra Eficiente. ¿Qué es el amparo de calidad del servicio? Consultado el 01 de junio de 2023. <https://colombiacompra.gov.co/content/que-es-el-amparo-de-calidad-del-servicio>

Colombia Compra Eficiente. ¿Tratándose del contrato de seguro, la garantía única de cumplimiento debe ser expedida en una sola póliza? Consultado el 28 de mayo de 2023. <https://colombiacompra.gov.co/content/tratandose-del-contrato-de-seguro-la-garantia-unica-de-cumplimiento-debe-ser-expedida-en-una>

Colombia Compra Eficiente. *Seguro de Cumplimiento para Entidades Estatales*. Consultado el 01 de junio de 2023. <https://colombiacompra.gov.co/content/cual-es-la-diferencia-entre-los-amparos-precontractuales-contractuales-y-pos-contractuales>

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2012 (Radicado No. 11001-03-06-000-2012-00016-00 (2092)), C.P. William Zambrano Cetina.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de marzo de 2014, Exp. 25.750, C.P. Enrique Gil Botero

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 26 de noviembre de 2014, Exp. 31.297, C.P. Ramiro Pazos Guerrero

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 27 de junio de 2019 (Rad. 08001-23-33-000-2013-00822-02 (22907))

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 2008-00650/21448 del 24 de septiembre de 2015 (Rad. 76001-23-31-000-2008-00650-01 [21448]), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 30 de noviembre de 2017 (Exp. No. 39285), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B). Sentencia del 10 de junio de 2022 (Rad. 25000-23-36-000-2013-01359-01 (Exp. 55.263)), C.P. Fredy Ibarra Martínez

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 12 de febrero de 2015 (Rad. 2500023626000200300874-01), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001 (Exp. 13436). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 03 de noviembre de 2020 (Rad. 17001-23-31-000-2005-00338-02 (47760)), C.P. Martín Bermúdez Muñoz

Consejo de Estado, Sección Cuarta de 19 de abril de 2012 (Rad. 25000-23-27-000-2007-00152-01 (17585)), CP. William Giraldo Giraldo

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 01 de marzo de 2023 (Rad. 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276), C.P. Fredy Ibarra Martínez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 27 de enero de 2016 (Rad. 08001-23-31-000-2002-02810-01 (45943), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2021 (Rad. 57454), MP Alberto Montaña Plata

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 2020 (Rad. 25000 23 24 000 2003 00054 01), C.P. Hernando Sánchez Sánchez
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 06 de julio de 2020 (Exp. 56088). C.P. Alberto Montaña Plata.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia No. 40102 de 2019 (Rad. 85001-23-31-000-2007-00159-01 (40102), C.P. María Adriana Marín.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2013. (Rad. 1999-00985). C.P. Enrique Gil Botero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-658 del 11 de noviembre de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)
- Corte Constitucional. Sentencia del C-892 del 02 de diciembre de 2009 (Exp. D-7742), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia T-855 de 2003 (Exp. T-748419). M.P. Alfredo Beltrán Sierra
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de mayo de 1996 (Exp. No. 4607), M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 07 de mayo de 2002 (Exp. 6181), M.P. José Fernando Ramírez Gómez
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2018 (Rad. 25899-31-03-002-2013-00162-01), M.P. Luis Alonso Rico Puerta.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2840-2022 (Rad. 11001-31-03-001-2015-01057-01) del 01 de septiembre de 2022, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC296-2021 del 15 de febrero de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4659-2017 (Rad. 11001-31-03-023-1996-02422-01), M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 10515 del 18 de julio de 1985 (Exp. No. 10.515), M.P. José Eduardo Gnecco Correa.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP1677-2019 (Casación No. 49.312) del 08 de mayo de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3898-2021 (Rad. 51168) del 01 de septiembre de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuéllar
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 04 de marzo de 1989, M.P. Alberto Ospina Botero.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de febrero de 2007 (Exp. 68001310300119990074901), MP. Edgardo Villamil Portilla.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia **SC3893-2020** (Rad. 11001-31-03-032-2015-00826-01) del 19 de octubre de 2020, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.
- Covilla Martínez, J. (2019) La revocación del acto de apertura del procedimiento de selección de contratistas y la responsabilidad del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/d848e124-f612-4279-9040-be7ea-3f56bd6>.
- Díaz-Granados, J. M. (1995). *Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa*. Colombia Editores. Bogotá D.C.
- Díaz-Granados, J. M. (2011). La eficacia del seguro de cumplimiento en Colombia. Memorias del XVI Encuentro Nacional de Acoldece
- Diccionario de Seguros de la Fundación Mapfre. Prima (Premium). Consultado el 26 de mayo de 2023. <https://www.fundacionmapfre.org/publicaciones/diccionario-mapfre-seguros/prima/>

- Fernandois Vöhringer, A. (1999). Municipalidades, corporaciones sin fines de lucro y estado empresario. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, (1) (ene.-mar.), 193-201.
- Gómez Lee, I. (2014). El proceso de responsabilidad fiscal y sus procedimientos ordinario y verbal. Bogotá. Ed. Legis.
- Herrera Robles, A. (2000). La personalidad jurídica del Estado. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Vol. 14, 121-137.
- Isaza Posse, M. (2007). Seguro de Cumplimiento entre particulares: Cláusula de proporcionalidad, *Revista Foro Derecho Mercantil*, Vol 15, abr.-jun., 183-201.
- Kresalja, B. (1998). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Themis Revista de Derecho*, (39), 39-98
- López Blanco, H. (2004) Comentarios al contrato de seguro. Ed. Dupré. Bogotá D.C.
- López Blanco, H. (2014) Comentarios al contrato de seguros. Ed. Dupré. Bogotá D.C.
- Moreno Bocarejo, M. (2019). La subrogación en el seguro: Análisis para el fortalecimiento de su legitimidad [Tesis de grado], Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia
- Narváez Bonnet, J. (2011). *El seguro de cumplimiento: de contratos y obligaciones*. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez.
- Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Documento con Radicado No. 2013EE0001508 del 14 de enero de 2013. http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/cgr_ee1508_13.pdf Consultado en línea el 26 de abril de 2023.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés E. (2001) Lecciones de derecho de seguros N° 1. Cuestiones generales y caracteres del contrato. Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-637 de 16 de septiembre de 2009. (M.P. Mauricio González Cuervo.)
- Ordoñez, A. (2011). *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*. Ed. Externado. Bogotá D.C.
- Ospina Fernández, G. (2001). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Ossa Gómez, J. Efrén. (1991). *Teoría general del seguro*. El contrato. Ed. Temis. Bogotá D.C.
- Pérez Rueda, C. (2012). El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares, 10 de noviembre de 2012 *Revista Ibero-latinoamericana de Derecho de Seguros*, Núm. 37 (21), pp. 191-212. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view-File/11469/10001>
- Robledo Vallejo, L. (2015). La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia. RIS Bogotá. Enero-junio de 2015, Págs. 91-109
- Superintendencia Financiera de Colombia, Conceptos No. 2003006390-0 y No. 2003008867-0. Tomados de la Sentencia SC296-2021 del 15 de febrero de 2021 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 05001-31-03-013-2010-00006-01), M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2003046122-2 del 04 de febrero de 2004,
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2010085690-04 del 08 de febrero de 2001.
- Superintendencia Financiera, Concepto 2013093735, Diciembre 9 de 2013, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil/financiero-cambiario-y-seguros/cancelacion-total-de-credito-da-lugar-devolucion>, En línea, octubre 4 de 2022.
- Superintendencia Financiera, Concepto No. 2010054304, Diciembre 21 de septiembre de 2010
- Superintendencia Financiera. Concepto No. 19990021031 del 18 de febrero de 1999.
- Superintendencia Financiera. Concepto No. 96016361-3 del 25 de julio de 1996



COM
BUEN
DE
DE C

ENDIO DE
PRÁCTICAS
RAMO
PLIMIENTO

fasecolda
Federación de Aseguradores Colombianos

Cra. 7 N° 26-20 Pisos 11 y 12
Bogotá, Colombia
www.fasecolda.com