

REPUBLICA DE COLOMBIA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

# SEGUROS DE GARANTIA

LEONORA MARGARITA ROSSI BUENAVENTURA

TESIS DE GRADO PRESENTADA  
PARA OPTAR AL TITULO DE  
DOCTOR EN CIENCIAS JURÍDICAS

Bogotá, D. C.- 2003

REPUBLICA DE COLOMBIA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
\_\_\_\_\_0\_\_\_\_\_

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD:  
R.P. ROBERTO CARO MENDOZA, S.J.

DECANO ACADEMICO DE LA FACULTAD:  
DR. JUAN BENAVIDES PATRON

DECANO DEL MEDIO UNIVERSITARIO  
Y SECRETARIO DE LA FACULTAD  
R.P. GABRIEL GIRALDO ZULUAGA, S.J.

SECRETARIO AUXILIAR:  
DR. RAFAEL EDUARDO CORREAL TALERO

PRESIDENTE HONORARIO:  
DR. CESARE A. ROSSI MARTINEZ

PRESIDENTE DE TESIS:  
DR. J. EFRÉN OSSA GOMEZ

CONSEJO DE EXAMINADORES:  
DR. RAMON EDUARDO MADRIÑAN DE LA TORRE  
DR. LUIS HELO KATTAH

ARTICULO 23 DE LA RESOLUCIÓN  
NUMERO 13 DE JULIO DE 1946

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Puede publicarse,

JUAN BENAVIDES PATRON  
Decano Académico

# INDICE GENERAL

Págs

## INTRODUCCIÓN

## CAPITULO I

### 1. CONCEPTO DE OBLIGACION

1.1	Derechos reales y personales	14
	1.1.1 Teoría Romana	14
	1.1.2 Teoría Clásica	15
	1.1.3 Teoría Moderna	15
	1.1.4 Definiciones	16
1.2	Concepto de Obligación	17
	1.2.1 Noción	17
	1.2.2 Elementos	18
	1.2.3 Clasificaciones	19
1.3	Fuente de Obligaciones	20
1.4	Obligaciones Condicionales y a Plazo	22
	1.4.1 Obligaciones Condicionales	22
	a) Noción	22
	b) Clases	23
	1.1 Positivas y Negativas	23
	1.2 Suspensivas o Resolutorias	23
	1.3 Posibles o Imposibles	23
	1.4 Casuales, Potestativas y mixtas	23
	c) Efectos	23
	1.4.2 Obligaciones a Plazo	25
1.5	Obligaciones Alternativas y Facultativas	26
1.6	La garantía de las obligaciones	27
	1.6.1 Noción	27
	1.6.2 Clases de Garantías y Efectos	28
	1.6.3 Régimen del Código Civil y de Comercio	31
1.7	La indemnización de perjuicios	32
	1.7.1 Concepto y Clasificaciones	32
	1.7.2 Precisiones y Efectos	34

## CAPITULO II

### 2. LA FIANZA

2.1	Noción	38
2.2	Naturaleza Jurídica	39
2.3	Caracteres y Efectos Principales de la Fianza	41
2.4	Legislación Civil, Mercantil y Procesal	43
2.5	Función Económica	44

## CAPITULO III

### 3. CONTRATO DE SEGURO

3.1	Importancia y Necesidad del Seguro	49
	3.1.1 Valor Social	50
	3.1.2 Valor Económico	50
3.2	Noción	51
	3.2.1 Legislación Colombiana	55
3.3.	Elementos	55
	3.3.1 Elementos de los Contratos	55
	3.3.2 El Asegurador	56
	3.3.3 El Tomador	57
3.4	Elementos esenciales del Contrato de Seguro	60
	3.4.1 El Interés Asegurable	60
	3.4.2 El Riesgo Asegurable	63
	3.4.2.1 Riesgo Objetivo y Riesgo Subjetivo	65
	3.4.2.2 La actuación del Asegurado como Riesgo	65
	3.4.2.3 Riesgo y Vicio Propio o Intrínseco de la Cosa	66
	3.4.2.4 Lucro Cesante y Riesgo	66
	3.4.2.5 El Riesgo en los Seguros de Personas	67
	3.4.2.6 Consentimiento del Asegurado	67
	3.4.2.7 Suicidio del Asegurado	68
	3.4.2.8 Momento en que empiezan a correr los Riesgos	69
	3.4.3 La prima	69
	3.4.4 La Obligación Condicional del Asegurador	71
3.5	Características	72
3.6	Efectos del Contrato de Seguro	76

3.6.1	Traslación del Riesgo	76
3.6.2	Obligaciones del Asegurado – del Tomador – del Beneficiario	76
3.6.3	Obligaciones de la Aseguradora	77
3.7	Valor Asegurado	78
3.8	Valor Asegurable	78
3.9	Obligación Alternativa	78
3.10	La Regla Proporcional	79
3.10.1	Infraseguro	79
3.10.2	Supraseguro	79
3.10.3	Factores Excluyentes de la Obligación de Indemnizar a cargo del Asegurador	79
3.11	Personas que intervienen en el Contrato de Seguro	81
3.11.1	Asegurador	81
3.11.2	El Tomador	81
3.11.3	El Asegurado	81
3.11.4	El Beneficiario	81
3.12	Clasificación del Seguro	81
3.12.1	Seguros de Personas	82
3.12.2	Seguros de Daños.	82

## CAPITULO IV

### 4. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

4.1	Noción	83
4.2	Naturaleza Jurídica	90
4.3	Clasificaciones	96
4.4	Marco Legal	102
4.5	Objeto del Seguro de Cumplimiento	104
4.5.1	Interés y Riesgo	105
4.5.2	Siniestro	105
4.5.3	Amparos	105
4.5.4	Valor Asegurado	106
4.6	Normas Legales Aplicables	107
4.7	El Seguro de Cumplimiento como Garantía	108
4.8	Función Económica	109
4.9	Aspectos Técnicos	113
4.10	La Contragarantía	115
4.11	Especies de Seguros de Cumplimiento	118
4.12	Seguro de Cumplimiento de Obligaciones de Dar	119
4.13	Obligaciones de Hacer	120

4.13.1	Contratos de Obra	121
4.13.2	Garantía de Licitaciones	123
4.13.3	Garantía de Estabilidad y buen Funcionamiento	126
4.13.4	Garantías de Cumplimiento de Disposiciones Legales	127
4.14	Obligaciones Varias	128

## CAPITULO V

### 5. SEGURO DE MANEJO

5.1	Definición y Características	130
5.2	Naturaleza Jurídica y Características	131
5.3	Función Económica	135
5.4	Estructura Técnica	136
5.4.1	Especies	136

## CAPITULO VI

### 6. SEGURO DE CAUCION JUDICIAL 142

## CAPITULO VII 146

### 7. EL SEGURO DE CREDITO

7.1	Origen, Evolución del Seguro de Crédito	147
7.2	Noción	148
7.3	Naturaleza Jurídica	148
7.4	Elementos	151
7.4.1	Interés Asegurado	151
7.4.1	Riesgo Asegurable	153
7.4.1.1	Insolvencia del Deudor	154
7.4.1.2	Falta de pago al Vencimiento del Término	155
7.5	Aspecto Técnico	156
7.6	Clases de Pólizas	157
7.7	Seguro de Crédito Interior	158
7.8	Seguro de Crédito a las Exportaciones	159

CONCLUSIONES	162
--------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	175
--------------	-----

Bogotá, D. E., octubre 1 de 1.980

Rvdo Padre  
GABRIEL GIRALDO  
Decano de Disciplina de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y  
Socio-Económicas de la  
Pontificia Universidad Javeriana  
BOGOTA

Señor Decano:

En ejercicio del honroso encargo que han tenido a bien conferirme los jóvenes abogados Giovanni y Eleonora Rossi, distinguidos exalumnos de esa Facultad, al designarme su presidente de Tesis, me es grato rendir a Ud. un breve informe sobre la monografía intitulada “Seguros de Garantía” con que ellos sustentan la aspiración a su doctorado en Derecho.

Tuve oportunidad de supervigilar la tarea de investigación y análisis que se impusieron mis comitentes, de participar en la depuración de sus interpretaciones y soluciones jurídicas de seguir paso a paso la gestación de su laborioso ensayo y la de revisarlo, una vez concluido. Todo lo cual aquilata, en cierto modo, la autoridad de mi testimonio y me permite, en conciencia, dar fe de la responsabilidad que ha presidido tan meritorio esfuerzo.



La formación jurídica de los graduandos, vale decir, la asimilación de los grandes principios que informan el Derecho Civil, aparece de relieve en el Capítulo I, que recoge un examen panorámico de la Teoría General de las Obligaciones, y en el Capítulo II, que condensa, en breves páginas, las normas vertebrales del contrato de Fianza, en tanto que elementos básicos del tema medular de la monografía de grado.

El Capítulo III, por su parte, denota la familiaridad de los autores con los elementos orgánicos del Contrato de Seguro, al par que su conocimiento de los preceptos legales que rigen la institución en nuestro Derecho Positivo.

Los Capítulos IV, V, VI y VII consagrados al tema específico de la tesis de grado, o sea a los “Seguros de Garantía”, versan, en su orden, sobre el “Seguro de Cumplimiento”, los “Seguros de Manejo”, el “Seguro de Caución Judicial” y “El Seguro de Crédito”. Es donde aparecen reflejadas la seriedad de la investigación, la claridad del análisis, la densidad del raciocinio jurídico, la originalidad de algunas interpretaciones, todo ello en un campo que no ha sido suficientemente explorado por la doctrina nacional.

Son capítulos fundamentales en que los autores logran identificar aquellas entidades, subrayar los atributos que las integran a su género próximo y definir los perfiles que las distinguen. Y en que, además, revelan, con ejemplar propiedad, su función económica y algunos atisbos técnicos que condicionan su operación empresarial. Todos ellos, debidamente ensamblados, constituyen un documentado ensayo jurídico, inspirado en la doctrina de reputados expositores extranjeros, en la muy escasa bibliografía nacional, en la personal exégesis de nuestros textos legales y en el clausulado de las pólizas que suelen expedirse en Colombia. De ahí su utilidad práctica en un mercado asegurador como el nuestro, tan pobre aún en este género de investigaciones.

Hay, sin duda, soluciones discutibles entre las muchas que afirman los graduandos. Todas ellas son, con todo, dignas de desprevenido

análisis dado que fluyen de razonamientos serios y honestos. Y que, en todo caso, señalan caminos al intérprete de nuestros estatutos legales.

Un capítulo final del trabajo en mención reviste singular importancia, a juicio del suscrito. Porque, en síntesis afortunada, reúne –metódicamente expuestas– las tesis sobresalientes a que la investigación del tema dio origen. Es una visión de conjunto, diáfana, severa, un breve manual de los denominados “Seguros de Garantía” que cubre los aspectos esenciales de tan significativa expresión de la actividad aseguradora.

Básteme lo expuesto para concluir que la Tesis de grado presentada por los Señores Giovanni y Eleonora Rossi para optar al título de Doctores en Derecho de esa ilustre Facultad cumple, con creces, las exigencias académicas y es digna, por tanto, de la aprobación de la Universidad.

Dios guarde a Ud.

**J. EFRÉN OSSA G.**

## INTRODUCCION

La función económica de gran relieve que cumple el seguro tanto a nivel nacional como internacional coloca en sitio de preponderancia a este tipo de contrato comercial demandando cada día mayores progresos dentro de sus coberturas y exigiendo cada vez más técnicamente la comprensión de vastos sectores propios de la actividad económica de una nación.

El seguro protege de muy diversas maneras y con muy distintas facetas el patrimonio de las personas individuales y el patrimonio industrial y comercial de cada país, vinculándose en veces a pulverizar los riesgos propios de las cosas en sí mismas consideradas y en otras asumiendo los heterogéneos que afectan a un conjunto patrimonial, provengan éstos de hechos de la naturaleza o tengan su causa en el proceder de una o más personas o incluso en circunstancias distintas que excluyen los conceptos anteriores.

Los seguros patrimoniales que nuestro código engloba dentro de la denominación de terrestres, presentan importantes caracteres distintivos que los erigen como un género especial de seguro cuya extensión comprende una amplia gama de riesgos no referidos a determinado bien.

El seguro patrimonial aún cuando se rige por las normas generales que consagra el Código de Comercio presenta excepciones importantes en cuanto a la no aplicación del concepto de infraseguro y a los alcances de la suma asegurada en relación con el siniestro parcial. Igualmente presenta distinciones importantes en cuanto a la individualización del riesgo asegurable y a la distintas causas del siniestro.

El seguro patrimonial constituye un amparo complementario para aquel que otorgan los seguros reales, llegándose con este conjunto a la protección más adecuada para los patrimonios particulares, ya que de esta manera se conservará indemne, en caso que se presente una pérdida que los afecte y que de otra manera significaría una merma importante.

Los seguros de Cumplimiento, Manejo, Crédito y Caucción Judicial que corresponden al género de los seguros patrimoniales y a los cuales les es aplicable la función de garantía o seguridad de otra relación jurídica, serán el objeto de este estudio con el cual pretendemos llevar alguna claridad sobre los mismos.

Sobre los criterios de la naturaleza jurídica, la estructura técnica y la función económica, trataremos de llegar a las distintas especies de estos seguros, cuya importancia actual es indiscutible dado que están presentes en un sinnúmero de relaciones personales y patrimoniales, que de otra manera se dificultarían o gravarían de tal forma que su frecuencia y beneficios se reducirían considerablemente.

En relación con estas especies de Contrato de Seguro que hemos considerado necesario denominar SEGUROS DE GARANTIA tiene gran importancia precisar el régimen legal que los gobierna y delimitar con claridad las distintas normas que en ellos inciden y el carácter de su ingerencia en cada caso, habida cuenta que los efectos de la aplicación de las normas del Código Civil sobre fianzas y garantías difieren de los propios del estatuto mercantil, que regula el seguro en general y sus especies.

Importantes sectores de la doctrina ven en estas formas contractuales una típica fianza en la cual el fiador es una persona jurídica con un importante respaldo económico que le brinda una mayor seguridad al acreedor. En apoyo de este criterio se pronuncian la mayor parte de las legislaciones americanas entre las cuales destacaremos, la Mexicana, la Argentina y la Brasileira cuyos textos autorizan el otorgamiento de fianzas de empresa bien por

compañías aseguradoras o a través de instituciones especializadas que a través del sistema técnico del seguro que cubren de manera eficiente los riesgos propios del fiador.

Las disposiciones consagradas por nuestra legislación mercantil en materia de Seguros de Garantía, que datan de 1938 siempre han dado a estos contratos denominación de seguros, lo que fue consagrado en igual forma en nuestro Código de Comercio vigente y que si bien constituye parámetro de obligatoria observancia para quien pretenda definir su naturaleza jurídica no por ello deja de merecer reparos dadas las diferencias que presentan con las normas del seguro tanto en su estructura técnico-financiera como jurídica.

Las conclusiones que sobre esta materia se obtengan deberán ceñirse a las disposiciones generales sobre el derecho de las obligaciones y en particular a aquellas que rigen el contrato comercial de seguro, consultando la naturaleza de garantía que particulariza a estos seguros y el carácter de accesoriedad que les es propio.

## Capítulo I

### 1. CONCEPTO DE OBLIGACION

#### 1.1. Derechos Reales y Personales

Tradicionalmente han considerado las legislaciones que el principio fundamental de las relaciones individuales coincide, o al menos da origen a la idea de obligación, identificando ésta, y extendiéndola a distintas clases según la variedad de las relaciones que de alguna manera signifiquen o atienden a un interés particular y en veces general.

Este concepto de interés es el que termina que ciertas relaciones tengan un carácter de jurídicas en cuando demanden atención del derecho y su ejercicio suponga la observancia de ciertos cánones esenciales para la vida en sociedad.

Algunos tratadistas entre ellos el Profesor Valencia Zea clasifican estas relaciones en dos grandes grupos según versen sobre una cosa en particular o vinculen a personas entre sí.

La anterior consideración da origen a la clasificación entre derechos reales y derechos personales cuyas distinciones y apreciaciones trataremos a continuación.

##### 1.1.1. Teoría Romana

El primitivo Derecho Romano consagraba las relaciones obligacionales como un concepto muy concreto que recaía sobre las cosas para ser utilizadas por las personas o versaba sobre una

persona obligada (obligatus) tratada como una cosa al servicio de otro.

Esta concepción se revaluó con el advenimiento de la Ley-Paetelia Periria (año 457), la cual al abolir esta forma de esclavitud, vincula la noción de obligación a un contenido patrimonial dándose lugar a un concepto abstracto de obligación.

Los jurisconsultos romanos clásicos esbozaron el concepto abstracto de vínculo jurídico por cuya virtud una persona debe ejecutar una prestación a favor de otra, denominándose estas debitor y creditor respectivamente.

### **1.1.2. Teoría Clásica**

Con base en los planteamientos del Derecho Romano los pandectistas alemanes, los comentaristas del Derecho Romano elaboraron la teoría clásica de los derechos reales y personales mencionando que los primeros son aquellos que tenemos directamente sobre una cosa y en virtud del cual dicha cosa nos pertenece totalmente o bajo ciertos aspectos, entendiéndose la cosa como objeto del derecho, concepción ésta que adoptó nuestro estatuto civil; y que los segundos son aquellos que se tienen respecto de una determinada persona por cuya virtud el acreedor puede exigir del deudor la ejecución de una determinada conducta, teoría defendida con especial interés por Luis Josserand.

### **1.1.3 Teoría Moderna**

- a) El Jurista Francés Planiol vincula el derecho real al concepto de relación entre las personas, distinguiéndose del derecho de crédito en cuanto que el sujeto pasivo es indeterminado en el derecho real y se identifica con todo el mundo para lo cual hace un análisis respecto de la relación o vinculación de la

cosa, objeto del derecho real y su titular, concluyendo que sería absurdo pretender una obligación a cargo de una cosa.

Luego de presentar y defender su teoría, Marcel Planiol revisó su posición y retomó la teoría que combatía para llegar a afirmar que en el derecho real si existe una relación Titular-Cosa la cual trasciende el concepto de posesión – hechos – para traducirse en un derecho.

- b) En igual forma pero considerando el derecho crediticio como un derecho real, que en últimas recae sobre los bienes del deudor y que se diferencia de estos en cuanto que su objeto no es claramente determinado, pero que llega a determinarse al momento de su ejecución, se expresa el también tratadista Francés Candemet.
- c) Bonencase elabora una teoría económica que vincula la noción de derecho real a la de riqueza y la de derecho personal a la de servicio, aceptando la distinción clara entre estas dos clases de derecho.

#### **1.1.4. Definiciones**

Por razón de las dificultades que comporta la identificación de la diferencia entre estas dos especies del género derechos patrimoniales y principalmente en relación con el derecho real, varios autores han ensayado diversas definiciones del derecho real con el ánimo de ubicarlo atendiendo tanto a los principios de la filosofía del derecho como a la finalidad económico-jurídico del mismo.

Algunos han expresado que consiste en el poder jurídico total o parcial, sobre una cosa determinada con cargo de ser respetado por todos.

Otros han afirmado que el derecho real es una relación jurídica en virtud de la cual la cosa se encuentra de manera



inmediata y exclusiva, total o parcialmente sometida al poder de apropiación de una persona

Alfonso Barragán en su obra “Derechos de Bienes” anota que “derecho real es la facultad jurídica de que una persona es titular, en cuya virtud se le reconoce un poder inmediato, directo y exclusivo, total o parcial, sobre una cosa individualizada sin consideración a persona alguna determinada”.

El Profesor Guillermo Ospina en su tratado del Régimen General de las Obligaciones enumera las notas distintivas de los derechos reales en los siguientes términos: 1) Se trata de un derecho patrimonial absoluto o erga omnes, 2) Siempre tiene como exigencia universal implícita una abstención, 3) La abstención coincide con un estado normal de cosas, por lo tanto pasa inadvertida para el sujeto pasivo, 4) Garantiza al titular la utilización de una cosa, 5) Gozan del atributo del derecho de preferencia, y 6) Suponen consagración legal expresa por cuanto significan un deber universal.

Cabe mencionar que la definición de derecho personal o de crédito aún cuando no ofrece las dificultades que comporta la anterior ha dado lugar a diversas apreciaciones las cuales coinciden en afirmar que se trata de una relación jurídica que vincula a dos personas por cuya virtud una, denominada acreedor, puede exigir de otra llamada deudor, el cumplimiento de una determinada conducta.

## **1.2 Concepto de obligación**

### **1.2.1 Noción**

El maestro Francisco Messineo en su manual de Derecho Civil y Comercial advierte que por obligación debe entenderse una relación entre dos sujetos en virtud de la cual uno de ellos (deudor o promitente) queda obligado o sometido a un deber frente al otro (acreedor o estipulante) a cumplir una prestación o sea a desarrollar una actividad determinada patrimonialmente valorable.

Menciona el Profesor de Milán que esta figura implica una restricción voluntaria a la libertad de las personas que tienen poder vinculante en cuanto tenga origen en la voluntad del obligado.

Corrientemente se ha definido la obligación como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra.

El concepto de obligación coincide con el derecho de crédito ya que se trata del mismo vínculo jurídico expresado en relación con el deudor y el acreedor en cada caso.

Nuestro Código Civil da una noción de la que se entiende por obligación al definir el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La noción de obligación presenta diversas acepciones según se exprese como vínculo jurídico, como derecho de crédito o como deuda.

La doctrina italiana influida por los tratadistas alemanes distingue dos momentos lógicos dentro del concepto de obligación ubicando un primer momento como el deber jurídico y un segundo momento constituido por la responsabilidad patrimonial del deudor en caso de incumplimiento, momentos que se expresan por la teoría alemana como Schuld-Debito y Haftung-Responsabilidad.

### **1.2.2 Elementos**

Tradicionalmente se han distinguido tres elementos dentro del vínculo obligatorio:

- 1.- Sujeto activo o acreedor
- 2.- Sujeto pasivo o deudor
- 3.- Prestación

Los sujetos de las obligaciones pueden ser singulares o plurales y admiten un tercer sujeto vinculado como garante del sujeto pasivo. Generalmente los sujetos son determinados y por excepción existen sujetos indeterminados como en las obligaciones propter rem, en las nacidas de título de crédito al portador, en las derivadas de oferta al público y en los contratos por cuenta de otro.

La prestación se subdivide en positiva o negativa correspondiendo a la primera la de dar y hacer y a la segunda la de no hacer. Esta distinción se predica de las obligaciones al clasificarlas según su objeto, pero con ánimo puramente académico puede tratarse al referirse a la prestación para llegar a una mejor comprensión de su alcance.

Finalmente hay que advertir que la doctrina distingue entre contenido y objeto de la obligación según se mire a la prestación o a la cosa o bien sobre el cual se exterioriza el derecho del acreedor.

Como corolario debe mencionarse que la prestación debe ser posible física y jurídicamente, debe ser lícita, determinada o determinable y debe corresponder a un interés del acreedor valorable pecuniariamente.

### **1.2.3. Clasificaciones**

Aun cuando se han elaborado diversas clasificaciones de las obligaciones atendiendo también a distintos criterios, nos remitiremos tan solo a una clasificación que no por parcial es insuficiente, pues confiere los distintos puntos de interés para el presente estudio:

- a) La distinción entre obligaciones civiles y naturales según tengan o no acción para su exigibilidad.

- b) La clasificación entre puras y simples, y condicionales o a plazo según estén o no sujetas a una modalidad especial.
- c) Principales y accesorias según que dependan o no de otra.
- d) Atendiendo al carácter de la prestación se dividen en: de dar, de hacer, de no hacer.
- e) Según el carácter de la vinculación las obligaciones de sujeto plural se dividen en conjuntas y solidarias.
- f) Según el objeto se dividen en: de objeto simple, en alternativas y facultativas.
- g) Finalmente cabe mencionar la clasificación de las obligaciones en: de medios y de resultados según el alcance de la prestación a cargo del deudor.
- h) Existen otras clasificaciones que atienden al objeto de la obligación y así las clasifican en: de género o de cuerpo cierto y divisibles o indivisibles.  
Sobre las distintas notas características de estas clasificaciones volveremos más adelante al tratar otros temas propios de este Capítulo.

### **1.3 Fuente de las Obligaciones**

La doctrina se ha expresado de muy distintas maneras sobre cual debe ser la clasificación de las fuentes de las obligaciones que comprende todas aquellas circunstancias de las cuales, se generan las obligaciones procurando distinguir entre unas y otras atendiendo a la naturaleza de ese origen, tenemos así que quienes interpretaron el Derecho Romano consideraron que para dicho ordenamiento las obligaciones nacían de los acuerdos de voluntades o contratos, de los

cuasicontratos, de los delitos, cuasidelitos y de la ley, clasificación que adoptó nuestro Código Civil y que la doctrina francesa ha precisado que no corresponde al concepto exacto que tuvieron los romanos. Advirtiéndose que estos denominaron obligaciones ex maleficio a aquellas nacidas de los delitos y que a las generadoras de conductas similares pero no delictivas las denominaron cuasidelitos, para darles un tratamiento especial sin que esa denominación significara fuente.

El Código Civil Italiano agrupa las fuentes de las obligaciones en tres grandes grupos compuestos por los contratos, los actos ilícitos y cualquier otro acto o hecho idóneo para generar obligaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Categoría esta última que recoge el enriquecimiento sin causa, el pago de lo no debido y la agencia oficiosa.

Comentando esta clasificación, manifiesta con acertado criterio Messineo, que la remisión a la ley como fuente de las obligaciones carece de relevancia. Ya que ésta la constituye de todas las obligaciones y en general de toda la vida jurídica ya que toda obligación o derecho supone su reconocimiento por la ley ya sea de manera expresa o implícita o por aplicación de sus principios, sin que pueda llegar a pensarse que existe acto o hecho alguno que pueda de manera autónoma y excluyente generar obligaciones al margen de la ley.

Continua Messineo su análisis de las fuentes de las obligaciones diciendo que estas pueden distinguirse según emanen de la voluntad de la persona o de la voluntad de la ley.

La doctrina francesa presentó distintas clasificaciones entre las cuales cabe destacar la ensayada por Planiol que restringe las fuentes al contrato y a la ley; la de Colin y Capitant que distingue entre el contrato, el acto unilateral, el acto ilícito, el enriquecimiento injusto y la agencia oficiosa; la de Demogue que trae el contrato, el acto unilateral, el delito, el cuasidelito y el simple hecho que genera

la obligación; y la de Luis Josserand que menciona el acto jurídico, el acto ilícito, el enriquecimiento sin causa y la ley.

La doctrina italiana, fundándose en los estudios de los juristas alemanes expresó su formulación de las fuentes de las obligaciones según provengan del acto jurídico, del negocio jurídico o del hecho jurídico, clasificación que ha tenido grande aceptación dentro de la doctrina del derecho en occidente y que el Doctor Ospina Fernández aplica al Código Civil Colombiano restringiéndola al acto jurídico y al hecho jurídico incorporando dentro del primer género al negocio jurídico. Esta clasificación bipartita fue adoptada por los redactores del Código de Comercio de 1971 quienes entendieron que esta comporta una mayor claridad y reúne los supuestos que exige la lógica y la filosofía jurídica.

Para nuestro análisis revestirá gran importancia el negocio jurídico, por lo cual lo definiremos como el acto cuyos efectos son los queridos por la voluntad de las partes que en él intervienen.

## **1.4 Obligaciones Condicionales y a Plazo**

### **1.4.1. Obligaciones Condicionales**

#### **a) Noción**

El Artículo 1530 del Código Civil expresa que “la condición es un hecho futuro e incierto del que pende el nacimiento o la extinción de un derecho” definición que no demanda mayor análisis por ser bastante clara y precisa.

A continuación de este Artículo trae nuestro Estatuto Civil las distintas clasificaciones de las condiciones según su naturaleza así:

## b) Clases

- 1.1 **Positivas y Negativas:** según se ocurra o no determinada cosa.
- 1.2 **Suspensivas o resolutorias:** según que de ella penda el nacimiento o la extinción de un derecho, teniendo como efecto la primera que el derecho no nace y la segunda que el derecho nace puro y simple y se resuelve por su acontecer.
- 1.3 **Posibles o Imposibles:** la mención a posibilidad hace relación tanto al concepto físico como al moral reduciéndose en este último a ilícitas las condiciones moralmente imposibles.
- 1.4 **Casuales, Potestativas y Mixtas:** esta distinción obedece a la dependencia de la condición según esté supeditada al acaso o a la voluntad de un tercero, la voluntad del acreedor o deudor o si a la vez combina estos dos factores.

## c) Efectos

Para precisar los efectos de las condiciones es importante mencionar la diferencia entre condición pendiente y cumplida agregando que se tiene por cumplida aquella cuyo término de no ocurrencia ha expirado y aquella que el deudor por medios ilícitos evita que se cumpla. Igual precisión debe hacerse respecto de la condición fallida.

Prescribe nuestro Código Civil que las condiciones deben cumplirse de la manera que las han entendido las partes, lo cual se presume lo más racional; y atendiendo al tenor literal de su convención.

En razón a que las dos clases más importantes las constituyan las condiciones suspensivas y resolutorias miraremos respecto de estas los efectos que producen en cada una de las hipótesis que plantearemos.

### Condición Suspensiva

1. **Pendiente:** existe un principio de obligación, aún cuando esta no ha nacido todavía, que tan solo significa que el deudor debe observar una conducta que no impida el nacimiento de la obligación, debe conservar la cosa prometida, estando el acreedor legitimado para impetrar las medidas conservativas.
2. **Fallida:** se entiende que nunca existió obligación alguna.
3. **Cumplida:** nace el derecho e incluso se entiende retroactivo al momento de su origen condicionado.
4. **Positiva:** solamente produce efectos aquella que sea lícita y físicamente posible.
5. **Negativa:** si es físicamente imposible la obligación se tendrá por pura y simple y si implica abstenerse de un acto moralmente imposible se tiene por nula la obligación.
6. **Potestativa:** si la condición depende únicamente de la voluntad del deudor se tiene por nula, lo que no se predica de las condiciones potestativas que suponen además la comisión de un acto.
7. **Potestativa Negativa:** por tratarse de una condición que supone una abstención voluntaria, se trata como resolutoria.



### Condición Resolutoria:

1. **Pendiente:** como quiera que lo que se ha sometido a la condición es la extinción del derecho, esta condición implica que el derecho nace puro y simple, y subsiste mientras se halle pendiente.
2. **Fallida:** al entenderse fallida, la condición no produce efecto alguno y la obligación se consolida y produce normalmente sus efectos.
3. **Cumplida:** extingue la obligación o derecho a ella supeditado y borra los efectos que esta haya producido.
4. **Positiva o Negativa:** para que sea reconocida por el derecho y produzca efectos se exige que la condición ya se positiva o negativa, sea física o moralmente posible, de lo contrario se tendrá por no escrita.
5. **Potestativa:** esta clase de obligación establecida por la condición resolutoria potestativa es válida y se entiende que nace pura y simple, sometida a que por la voluntad del deudor puede resolverse.

#### 1.4.2 Obligaciones a Plazo

Tradicionalmente el plazo ha sido defendido como el hecho futuro y cierto del cual pende el goce de un derecho o su extinción.

Nótese que a diferencia de la condición, en el plazo suspensivo no se somete el nacimiento del derecho a su acontecer, sino que se difiere el goce del mismo ya que éste se reputa nacido desde el acto o hecho que le da origen.

La diferencia entre el plazo y la condición se reduce a la certeza de que aquel ocurrirá, lo que no acompaña a esta última.

Atendiendo a distintos criterios el plazo se clasifica en extintivo o suspensivo según se extinga el derecho o suspenda su ejercicio; según su origen será, convencional, legal o judicial; según la certeza de su acontecer será determinado o indeterminado; según los términos en que se señale será expreso o tácito.

La distinción entre plazo extintivo o suspensivo cobra relevancia en cuanto a la mora del deudor, a la prescripción y a las medidas conservativas.

Sobre el plazo debe destacarse que se extingue por vencimiento que se presenta cuando acaece el hecho futuro y cierto; por renuncia del deudor cuya única restricción opera cuando el plazo se ha concedido a favor del acreedor y por caducidad, que consiste en la reducción o extinción del plazo cuando el deudor se encuentra en un caso especial que reduzca las posibilidades de efectividad del derecho del acreedor, tales como la quiebra, la disminución o extinción de las cauciones o la notoria insolvencia.

Cabe anotar que el pago efectuado por el deudor cuando está pendiente el plazo se reputa válido y no da lugar a repetición como si sucede en la condición.

## **1.5 Obligaciones Alternativas y Facultativas**

Estas obligaciones deben mencionarse ya que su noción tiene especial importancia en relación con el contrato de seguro y en particular respecto de la obligación condicional del asegurador, la cual en principio, por expresa disposición legal, es facultativa.

Entiende la doctrina que la obligación alternativa, de objeto plural, es aquella por la cual el deudor está obligado a dos o más prestaciones pero se libera entregando una cualquiera de ellas, advirtiéndose que todas las cosas debidas se encuentran sometidas al vínculo obligatorio.

Las obligaciones facultativas por el contrario significan una obligación de objeto simple en la cual existe una prestación In Obligatione, y otra In Facultatis Solutionem con cuya entrega queda igualmente liberado el deudor.

Esta clasificación cobra mayores alcances al mirarse los efectos de cada tipo, frente al incumplimiento de la obligación, imputable o no al deudor y frente a la pérdida de la cosa debida.

Nuestro Código Civil (Artículos 1556 a 1564) consagra las reglas aplicables frente a estas obligaciones estableciendo dos normas de gran trascendencia en cuanto toca con la elección de la prestación en la obligación alternativa y el carácter de la obligación cuando no sea clara su naturaleza. Al mirar la obligación condicional del asegurador volveremos sobre esta materia.

## **1.6. La Garantía de las Obligaciones**

### **1.6.1 Noción**

El concepto de garantía hace relación a una seguridad otorgada en beneficio de quien tiene una prestación o derecho cuyo cumplimiento efectivo supone una conducta del deudor o si es del caso, del aparato jurisdiccional del estado.

Esta seguridad que debe rodear a toda obligación es esencial para el buen desarrollo de la vida comercial y tiene su fuente en el derecho romano antiguo, el cual luego de desvincular a la persona del deudor del cumplimiento de sus obligaciones, desarrolla una teoría de vinculación directa entre el patrimonio de aquel y sus obligaciones. Este principio doctrinario al pasar por las escuelas Alemana, Francesa e Italiana logró mayores avances que le permitieron concretarse en las distintas disposiciones que hoy regulan esta materia y cuya mención tuvo eco en el derecho moderno consagrándose particularmente en nuestro Código Civil en el

Artículo 2488. Este principio enunciado como: el patrimonio del deudor constituye la prenda (sic) general de sus acreedores, ha dado lugar a muy diversos enfrentamientos entre los autores en cuanto se refiere al concepto de patrimonio y a la expresión prenda.

En este punto coincidimos con la doctrina italiana que expresa que el término “prenda” debe entenderse como expresión genérica sinónimo de garantía y el concepto de patrimonio está compuesto, en su parte activa, por los derechos, bienes y prestaciones valuables en dinero, cuya manifestación práctica sea la característica de embargabilidad.

Igualmente la noción de garantía vincula el concepto de afectación subsidiaria al cumplimiento de las obligaciones del deudor, lo que, como ya vimos, en abstracto mira al patrimonio del deudor, pero que en concreto es predicable de obligación y garantías particulares.

### **1.6.2. Clases de Garantías y Efectos**

Una primera distinción entre garantía en general y en particular tiene su origen en la antedicha noción y no merece mayor análisis por cuanto sus efectos son relevantes en cuanto a las particulares propiamente dichas.

Cabe anotar que los privilegios de que gozan algunas obligaciones especiales guardan estrecha relación con este punto en razón a la prelación que en concurrencia contra otras obligaciones, les da el legislador.

Estos privilegios tal como lo advierte Messineo gozan de especial favor frente a la ley y le son atribuidos a la obligación en consideración a su naturaleza misma, a su origen o a la calidad del acreedor.

Esta teoría la recoge nuestro Código Civil en su Libro 4º, Título 40 (artículos 2488 y siguientes) al tratar de la prelación de créditos.

El concepto de garantía según que incorpore un elemento objetivo de seguridad o un elemento subjetivo puede clasificarse en garantía real o específica y garantía personal o general.

La garantía personal corresponde al concepto de garantía de los acreedores en relación con el patrimonio del deudor y supone un estado de confianza en el deudor.

La garantía específica a su turno significa la afectación directa de un bien o derecho total o parcialmente a la satisfacción de una obligación en caso de incumplimiento.

La garantía por sí misma puede trascender la esfera del patrimonio del deudor para vincular el patrimonio de un tercero, en todo o parte, para efectos de la solución de la obligación, la que supone relaciones jurídicas particulares respecto del deudor y su garante.

Esta última figura coincide con la noción de garantía general desde el punto de vista del patrimonio del garante pero a su vez constituye garantía específica, respecto de la obligación del deudor.

Tradicionalmente han sido reconocidas como especies de las garantías reales la prenda y la hipoteca las cuales por su naturaleza de derechos reales gozan de los atributos propios de éstos. Sobre este punto nos limitaremos a enunciar que por su gran importancia estas figuras han sido objeto de reglamentación legal expresa tanto en el Código Civil como en el Estatuto Mercantil cuyas previsiones se verán más adelante.

Como corolario de este análisis debe resaltarse la distinción entre obligaciones conjuntas y solidarias y su relación con el

concepto de fiador y deudor solidario ya que según cada caso los efectos y las relaciones son distintas.

El efecto principal de las garantías de las obligaciones consiste en la seguridad que dan el acreedor respecto de su cumplimiento y la virtual vinculación subsidiaria en la satisfacción de la misma.

Las garantías reales, a su turno, por razón de los privilegios que le son propios traen como consecuencia importante el que el bien o derecho dado en garantía, para efectos de la ejecución forzosa de la obligación garantizada, se encuentra vinculado directamente a esta y que en tratándose de obligaciones de otros acreedores, aquel se sustrae del patrimonio del deudor reduciéndose la prenda (sic) general de los acreedores correlativamente.

Ahora bien, debe expresarse que en principio son susceptibles de garantizarse toda clase de obligaciones, advirtiéndose que en tratándose de obligaciones *intuitu personae* o de prestaciones de no hacer, su ejecución coactiva se resuelve en indemnización de perjuicios lo que demanda que la garantía sea en dinero, por concepto de perjuicios, al paso que respecto de las obligaciones de dar o entregar y de hacer su ejecución coactiva pueda tender a su cumplimiento coactivo por el deudor, el juez o un tercero.

La garantía por si misma se refiere al cumplimiento de la obligación, pero dado que la expresión implica que esta se realice dentro del término establecido para tal efecto, la afectación de la garantía forzosamente debe ser posterior al incumplimiento, lo que traduce que esta las más de las veces garantiza el pago de los perjuicios por incumplimiento comprendiendo los géneros de indemnización compensatoria y moratoria.

La función de la garantía fundamentalmente se explica en la agilidad y ventajas que permite dentro del comercio jurídico, al consultar el patrimonio del deudor como sinónimo de capacidad de adquirir bienes y servicios analizando plazos y perspectivas, en cada caso esta función está vinculada directamente con el desarrollo y

progreso, en particular respecto de un individuo y en general respecto de una comunidad, pudiendo llegar a definirse esta como un multiplicador de las relaciones jurídico-económicas de los individuos que impulsa simultáneamente sendas operaciones que de otra manera se dificultarían por razón de los innumerables riesgos que incorporan.

### **1.6.3. Régimen del Código Civil y de Comercio**

Ninguna de nuestras codificaciones de normas y principios de derecho privado recoge o regula como acápite el tratamiento de la garantía de las obligaciones debiéndose llegar a él por deducción de las previsiones en ellas consignadas.

El otorgamiento de una garantía por su carácter de declaración de voluntad, demanda el cumplimiento de todos los requisitos esenciales para su existencia y validez cuyo estudio no es materia de este análisis, por ellos los enumeramos: 1: Capacidad, 2.Consentimiento, 3.Objeto y Causa Lícitos, 4. Cumplimiento de las formalidades legales esenciales.

Ahora bien, el Código Civil y el de Comercio prevén distintas normas para el otorgamiento de garantías reales y su régimen en relación con sus efectos frente a terceros, exigiendo su publicidad y su tratamiento en caso de incumplimiento de la obligación caucionada.

Paralelas con estas figuras existen convenciones adicionales que aun cuando no se entienden propiamente como garantías cumplen en la práctica tales efectos, entre otras se conocen los pactos accesorios de la compra-venta.

Sobre el Estatuto Mercantil debe advertirse que por su naturaleza misma adiciona la lista de los bienes y efectos susceptibles de afectarse como garantías específicas tales como los títulos valores, los títulos de acciones o cuotas de interés en

sociedades de capital, los establecimientos de comercio, la prestación del contrato de seguro, las naves y aeronaves (hipoteca) y muchos otros. Llegándose a pensar que son susceptibles de afectarse como garantías de una obligación todos aquellos bienes que tengan el carácter de negociables.

En cuanto toca con la garantía personal tanto el régimen civil como el mercantil establecen sistemas similares adoptándose en este último algunas características especiales en cuanto al carácter de la vinculación del garante y el tipo de contrato, presumiéndose en toda operación la solidaridad del garante a diferencia del régimen civil cuyo establecimiento de la solidaridad es excepcional.

## **1.7 La Indemnización de Perjuicios**

### **1.7.1 Concepto y Clasificaciones**

La noción de indemnización de perjuicios se identifica con la determinación de una suma de dinero que equivale a la obligación incumplida, a la mora en el cumplimiento de la obligación o a las dos anteriores.

La indemnización de perjuicios se funda en el principio de la equidad por cuya virtud toda persona debe quedar indemne cuando medie incumplimiento del deudor.

La indemnización de perjuicios se clasifica en compensatoria y moratoria según atienda el equivalente de la prestación debida o a mora del deudor, advirtiéndose que la primera debe tasarse según se trate de incumplimiento total o parcial.

Estas dos clases de indemnización son acumulables puesto que se causa es distinta y obedecen a dos nociones de perjuicios diversas, igualmente la indemnización moratoria es predicable a continuación de la ejecución coactiva de la obligación.



La indemnización de perjuicios supone varios elementos así: el incumplimiento del deudor, el perjuicio correlativo del acreedor y que el incumplimiento sea imputable al deudor. No sobra advertir que varios sectores de la doctrina consideraron como hecho autónomo que el deudor se encuentre en mora, entendiendo que este elemento no se halla implícito en el primero de los nombrados, presupuesto que cobra relevancia frente al derecho civil, pero que no lo es tanto dentro de la obligación mercantil.

La teoría de la indemnización de perjuicios se estructura sobre la culpa del deudor, traducida en nuestro ordenamiento en la clasificación tripartita que de la misma hizo el derecho medieval, transmitida a través del derecho español.

Cabe advertir en este punto el criterio de compensación de culpas que informa todo nuestro derecho de responsabilidad civil.

Como nota importante traemos a colación las clasificaciones de los perjuicios adoptadas por nuestra doctrina, en relación con la determinación de su monto y con los efectos propios y límites de la indemnización de perjuicios, son ellas las que distinguen entre perjuicios materiales y morales, directos o indirectos, previsibles e imprevisibles, actuales y futuros, y ciertos y eventuales; conceptos estos que tienen aplicación mayor o menor según que el deudor responda a título de dolo o culpa, los grados de ésta y según la clase de obligación incumplida.

Como apéndice llaman la atención los criterios de estimación de perjuicios que se aceptan en nuestra legislación, tratándose como principalísimo el de la estimación judicial presentándose luego el de la estimación legal cuyo típico ejemplos el de los intereses en las obligaciones de pagar una suma de dinero y finalmente el del criterio de la estimación convencional o sistema de cláusula penal compensatoria o moratoria cuyos efectos y características regula ampliamente nuestro Código Civil. (Artículos 1592 a 1601).

### 1.7.2. Precisiones y Efectos

El efecto propio de las obligaciones consiste en su cumplimiento en los términos en que se pactó, vale decir en las condiciones de objeto, modo, tiempo y lugar que se establecieron en su fuente.

Sin embargo y en razón a la posibilidad de incumplimiento o cumplimiento defectuoso que en menor o mayor grado cada obligación incorpora, existen previsiones legales o simplemente de derecho que están llamadas a regir en los casos de incumplimiento total o parcial.

Para el adecuado desarrollo de esta figura debe distinguirse su desenvolvimiento y alcance según la clase de obligación que se incumpla y según se cuente o no con el mecanismo de la ejecución coactiva.

Igualmente debe advertirse sobre las consecuencias de la fuerza mayor y el caso fortuito en consonancia con la institución de los riesgos de la cosa debida.

Por considerarlas como las únicas clasificaciones relevantes frente al concepto de la ejecución coactiva y la indemnización de perjuicios tomaremos las clasificaciones de las obligaciones que a continuación se enuncian desarrollando cada una de ellas una vez se incumplen:

- 1.- Obligaciones:     - de dar  
                              - de hacer  
                              . de no hacer
  
2. - Obligaciones:   - de género  
                              - de cuerpo cierto

- 3.- Obligaciones:    - divisibles  
                          - indivisibles
- 4.- Obligaciones:    - de medios  
                          - de resultados
- 5.- Obligaciones:    - principales  
                          - accesorias

Con ánimo de presentar un análisis ágil sentaremos algunos principios propios del derecho de las obligaciones, de reconocida validez dentro de nuestra jurisprudencia y doctrina y cuyo estudio ya ha sido objeto de muchísimas presentaciones coincidentes.

El caso fortuito o fuerza mayor exonera de responsabilidad al deudor a menos que se haya pactado en contrario.

El género no perece.

La cosa perece para el acreedor.

El deudor moroso responde aún por el caso fortuito.

Sobre los riesgos de la cosa debida se puede pactar.

Examinaremos ahora cada uno de los tipos de obligaciones enunciados.

El incumplimiento de una obligación de dar o entregar una cosa sea de género o especie admite la ejecución coactiva para obtener, a través del juez, la entrega de la cosa o cosas debidas y la indemnización por la mora en el pago de la obligación.

Si la obligación consiste en el pago de una suma cierta de dinero se deberá ésta y los intereses moratorios correspondientes. En esta materia se establece una excepción frente a la prueba de los

perjuicios ya que nuestra legislación civil y comercial consagra la obligación de pagar los intereses por el solo hecho de la mora, en tanto que en los restantes casos de indemnización de perjuicios moratorios el acreedor está obligado a probar su ocurrencia y cuantía.

Si la cosa debida, como cuerpo cierto, perece por causa imputable al deudor, la ejecución se resuelve en indemnización en dinero compensatoria y moratoria.

Si se deben cosas de género el deudor mal puede alegar su perecimiento y en consecuencia el acreedor puede demandar o el cumplimiento de la obligación o la indemnización correspondiente, a su elección.

En cada caso los perjuicios se valoran judicial, legal o convencionalmente según el tipo de prestación y los términos pactados.

En el supuesto que se trate de una obligación de hacer incumplida debe distinguirse si se trata de una obligación intuitu personae o de una susceptible de ser cumplida por el acreedor, el juez o un tercero caso éste último en el cual puede pretenderse la ejecución coactiva y la indemnización moratoria.

Parece improcedente que se pretenda la ejecución coactiva de una obligación de hacer intuitu personae por la naturaleza misma de esta y por la dificultad de obligar a su cumplimiento y de garantizar este, por ello afirma la doctrina que en estos casos la acción se adelanta por indemnización de perjuicios compensatorios y moratorios.

Finalmente tratándose de obligaciones de no hacer, claramente se concluye que su incumplimiento se traduce en indemnización de perjuicios, pues se torna imposible el objeto de la ejecución coactiva.

En segundo término distinguimos entre obligaciones divisibles e indivisibles ya que estas cobran vigencia ante el incumplimiento parcial de las obligaciones y la consecuente tasación de los perjuicios puesto que como ya se vio, la equidad es la noción que caracteriza a esta institución.

La clasificación entre obligaciones de medios y de resultados la traemos a colación en este punto por su importancia para la determinación del incumplimiento del deudor y por las luces que arroja para la interpretación de la prestación que le correspondía al deudor, la forma como debe entenderse su cumplimiento y los efectos del incumplimiento. De gran importancia en materia probatoria ha sido esta noción y su aplicación frente a la indemnización de perjuicios trascendiendo en veces el límite estricto de la responsabilidad contractual.

Para concluir resaltamos la distinción de las obligaciones según sean principales o accesorias haciendo dos anotaciones, la primera de ellas en cuanto al alcance del incumplimiento de una obligación accesoria frente al de la obligación principal, el cual en nuestro sistema con mucho tino ha sido dejado al criterio de los jueces, y la segunda respecto de la posibilidad de deslindar una y otra para exigir coactivamente su cumplimiento o para demandar perjuicios.

Cualquier otra distinción o análisis sobre otra clase de obligaciones y prestaciones concluye en algunos de los tipos mencionados debiéndose en consecuencia, su definición, someterse a los principios aquí enunciados los cuales en cada caso concreto admitirán modalidades o variaciones menores que serán más consecuencias formales o procesales que de la naturaleza sustantiva de la obligación.

## Capítulo II

### 2. LA FIANZA

#### 2.1. Noción

Se propone este estudio analizar y definir las principales notas distintivas de la fianza, continuando con los ángulos de examen que trae el Capítulo anterior y tomando como punto de partida las premisas establecidas en dicha presentación.

El Artículo 2361 del Código Civil Colombiano define la fianza como una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse no solo a favor del deudor principal sino de otro fiador.

La anterior definición legal presenta varios puntos de demandan un análisis pormenorizado de su naturaleza y que son:

En primer término el vocablo obligación que allí se utiliza debe entenderse como contrato o como acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador por cuya virtud este último garantiza al primero el cumplimiento de una obligación a cargo de un tercero deudor.

No supone mayor estudio el carácter de accesoria que se predica de esta obligación (sic), baste decir que se halla sometida en

un todo a la obligación afianzada en su existencia, validez y extinción sin perjuicio de sus presupuestos propios.

En segundo término debe entenderse que la fianza cumple una función, en relación con la seguridad del acreedor frente a las obligaciones en su favor y otra, en cuanto el fiador está subsidiariamente afecto al cumplimiento de la obligación en caso que el deudor incumpla.

Finalmente anotamos que la fianza puede acceder a una obligación igualmente subsidiaria, dándose lugar a una cadena de fiadores vinculados en beneficio del acreedor de la obligación principal.

## **2.2. Naturaleza Jurídica**

Nuestra doctrina coincide en señalar como característica de la fianza su consensualidad, unilateralidad, accesoriedad y gratuidad, aún cuando este último carácter no significa que el servicio que preste el fiador no pueda remunerarse (artículo 2367), lo que dentro de nuestra legislación mercantil se admite a través de diversas formas tales como el aval, las garantías bancarias, etc., materia que trataremos al hablar de la función económica de esta especie contractual.

La fianza exige pues, todos los requisitos propios de la existencia y validez de los contratos, pero además la existencia y validez de la obligación principal.

Es importante anotar que la fianza que accede a una obligación natural no se beneficia del carácter de tal y en consecuencia el acreedor puede exigir el cumplimiento coactivo de la primera aún cuando no de la segunda.

Por virtud de los incisos 3 y 4 del artículo 2369 del Código Civil se concluye que la fianza siempre tiene por objeto una

obligación dineraria. Esto se explica con mayor claridad si analizamos, como advierte el mismo Código, que en las obligaciones positivas siempre debe tener por objeto una suma de dinero, y en las negativas, la ejecución coactiva que se resuelve en la obligación de indemnizar, la cual es la afianzada.

Como contrato accesorio la fianza debe restringirse a los términos de la obligación principal, sin que pueda ser más gravosa, y admite restricciones en relación con la cuantía, el plazo o término y la condición o modo de pago, llegándose a establecer fianzas parciales o restringidas en relación con la obligación garantizada.

En concordancia con la función de la fianza, nuestra legislación consagra dos importantes instituciones que persiguen proteger el patrimonio del fiador y evitar multiplicidad de relaciones jurídicas sucedáneas que lleven al mismo resultado. Tales instituciones son el beneficio de excusión, por cuya virtud el fiador requerido puede exigir del acreedor, que persiga la satisfacción de la obligación sobre el patrimonio del deudor y en subsidio contra el suyo; y el de división, con cuyo ejercicio, el fiador solicita que la obligación demandada, lo sea sobre el patrimonio de todos los fiadores vinculados y en proporción a su número.

El beneficio de excusión es renunciable por el fiador y no tiene aplicación cuando la obligación principal carece de acción o cuando el deudor carece de bienes, igualmente es improcedente cuando el fiador se obliga solidariamente.

Por su parte el beneficio de división no parece admitir renuncia y tan solo se ve restringido en aquellos casos en que un fiador se haya obligado expresa y unívocamente con una fianza limitada o restringida, menos gravosa que la obligación afianzada.

La fianza, en conclusión, es un contrato consensual accesorio, por el cual una parte se obliga a pagar una suma de dinero, menor o igual al valor de la prestación de la obligación afianzada, en caso que el deudor de esta incumpla.



Por su carácter accesorio la fianza subsiste durante la vida de la obligación principal, desde el momento que se contrae y hasta cuando se extinga de acuerdo con las previsiones legales.

La Legislación Civil, artículos 2406 a 2408 establece como causales propias de extinción de la obligación del fiador, el relevo que le haga el acreedor, la culpa del acreedor que ocasione la pérdida de las acciones contra el deudor, la dación en pago aceptada por el acreedor al deudor, la confusión de las calidades de acreedor y fiador y la extinción de la obligación principal, admitiendo que por los medios comunes de extinción de las obligaciones también puede extinguirse esta.

### **2.3 Caracteres y Efectos Principales de la Fianza**

En este punto debe tenerse en cuenta las clases de fianza que consagra nuestro derecho positivo, atendiendo a su origen y que son: convencionales, legales o judiciales, según provengan del acuerdo de las partes, de la ley o de orden de juez.

Tanto la fianza legal como la judicial emanan de la ley, ya que el juez solamente puede exigir el otorgamiento de la misma cuando una norma legal así lo exprese.

Los efectos de la fianza los regla el legislador distinguiendo según se miren las relaciones del fiador con el acreedor, con el deudor principal o con otros cofiadores.

En relación con los efectos frente al acreedor baste anotar que el fiador puede interponer, si es del caso, los beneficios de excusión y de división y cumplir con la totalidad o parte de la obligación no satisfecha, subrogándose en las acciones del acreedor contra el deudor. Igualmente puede oponer las excepciones reales (sic) pertinentes, que sean de fondo, en relación con la obligación principal. No sobra mencionar que las fianzas limitadas o

restringidas que se otorgan, solamente autorizan al acreedor a demandar el pago de la prestación correspondiente a la parte de la obligación garantizada, o atendiendo a las restricciones condicionales o modales impuestas.

Por virtud de la subrogación legal por activa, que se opera cuando el fiador atiende la obligación afianzada, el deudor queda vinculado directamente a éste y obligado a satisfacerle la prestación que aquel sufrague al acreedor.

Las excepciones que el deudor podría interponer al acreedor son igualmente oponibles al fiador subrogado si éste no le ha notificado antes de realizar el pago.

El fiador subrogado puede perseguir el pago de lo desembolsado más sus intereses, gastos y aún la indemnización de perjuicios, incluso la parte de la deuda condonada si el acreedor le cede las acciones correspondientes.

Cuando la obligación afianzada es puramente natural, es claro, que el acreedor no le trasmite el fiador acción alguna, ya que nadie puede transferir lo que no tiene.

En caso que existan varios fiadores, aquel que realice el pago puede perseguir de cada uno la cuota correspondiente y exigir del deudor la parte no recuperada de la misma.

Cuando el pago realizado por el fiador perjudica al deudor, en términos de las excepciones o derechos que aquel habría podido aducir en el proceso, o cuando el deudor que no ha sido informado por aquel, paga la obligación ya satisfecha, en los términos de la ley el fiador podrá repetir contra el acreedor por el pago inválido realizado.

## **2.4 legislación Civil, Mercantil y Procesal**

El Título XXXV del Libro 4 del Código Civil, artículos 2361 a 2408 consagra las reglas aplicables al contrato de fianza, cuya estructura se asimila por algunos autores a la del mandato, o agencia oficiosa, según que el deudor conozca o no del otorgamiento de la misma.

Este Título establece las previsiones relativas a la constitución, clases, efectos y extinción de la fianza, reglas que son aplicables a la fianza mercantil por carecer ésta de consagración en tal estatuto.

Es importante precisar que nuestro derecho comercial dispone que en aquellos casos en que una persona se obligue para garantizar obligaciones de otra, se presume el carácter de deudor solidario al paso que en el Régimen Civil la presunción es a la inversa y por tanto la solidaridad debe pactarse expresamente.

Dentro del derecho privado nacional se admiten muy diversas formas de garantías, tanto reales como personales, e incluso abandonando el criterio de los albores del Código Civil, que en esta materia, prefiere las garantías reales inmobiliarias, el Código de Comercio, plasmó las distintas especies nacidas con la disciplina mercantilista.

La practica comercial ha colocado un poco en desuso esta figura de la fianza, al considerar que la institución del deudor solidario, de mayores beneficios, incrementa la seguridad para el acreedor, al vincularse a éste último de manera directa a la solución de la obligación.

Para analizar esta parte agregamos que el carácter de Civil o Mercantil de un contrato, tiene especial trascendencia en los contratos de adhesión, ante cuya presencia debe interpretarse que el garante sea fiador o deudor solidario respectivamente.

Nuestra legislación procesal consagra diversos casos de fianzas judiciales cuya naturaleza, objeto y fines son idénticos a los de la fianza convencional, justificándose su establecimiento en el hecho de que su otorgamiento es requisito sine qua non para la declaración o ejecución de un derecho, o para la obtención de una autorización, cargo o de un beneficio, en casos especiales.

Con alguna frecuencia se confunde esta especie contractual con la de caución, predicándose de esta última el carácter, naturaleza y efectos de la fianza, sinónimo que a todas luces es improcedente puesto que la caución consiste en la obligación contraída frente a otro, de ponerlo a salvo de las consecuencias patrimoniales dañosas derivadas de un determinado evento, o del hecho de quien otorga la caución; o de terceros y que podrá verificarse o no<sup>1</sup>

Como se deduce de la anterior definición la caución es una obligación condicional, vinculada directamente al hecho caucionado que puede ser o no otra obligación y cuya ocurrencia o transgresión, genera la obligación de indemnizar el daño causado, por cuya satisfacción se otorgó la caución misma.

Esta, pues, en manera alguna, puede entenderse como obligación accesoria ni tampoco subsidiaria, admitiéndose la asimilación formulada en cuanto a que la fianza y la caución corresponden al género de garantías siendo, como ya se vio, figuras bien distintas.

## **2.5 Función Económica**

Gran importancia ha venido adquiriendo el sistema de las garantías de las obligaciones, el cual, por la multiplicidad de las relaciones jurídicas, civiles y mercantiles, ha ido tomando manifestaciones específicas diversas, que consultan el principio general de garantías de maneras disímiles, dentro de las cuales

---

<sup>1</sup> FRANCESCO NESSINEO, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo iv, pág 140.

debemos considerar la fianza como mecanismo económico de garantía en particular y en general como función dentro de un sistema.

La fianza, como especie de garantía personal, ha tenido gran importancia en el desarrollo y crecimiento ordenado de las relaciones comerciales, y constituyó durante mucho tiempo, la forma de respaldo más usada, para la seguridad de las obligaciones; el auge del comercio y la apertura de las naciones al intercambio, generó la necesidad de vincular bienes del deudor al cumplimiento de las obligaciones, popularizándose así el otorgamiento de garantías reales y restringiéndose notablemente el intercambio.

El sistema mercantilista y el desarrollo industrial y comercial de los países, obligó a la adopción de un régimen legal aplicable a las nascentes relaciones comerciales, surgiendo así las primeras normas de derecho comercial adoptadas por los círculos de comerciantes y, que rápidamente se extendieron a las naciones de ese entonces, creándose la necesidad de agilizar los presupuestos contractuales del derecho civil rígido, dándose paso a nuevas clases de documentos, tales como la letra de cambio, y originándose el sistema bancario, lo que robusteció en cierta medida el uso de la fianza en las operaciones a corto plazo, e incrementó el otorgamiento de créditos.

Posteriormente se llegó al fortalecimiento de ciertas actividades consideradas de mayor trascendencia para la vida social, a las cuales se les dotó de especial tratamiento crediticio, garantizando los préstamos correspondientes con garantías reales, en consideración al valor de la transacción y al plazo para su cubrimiento.

Se concentró entonces la institución de la fianza como una garantía de las obligaciones para cuyo cumplimiento el deudor contaba con un corto plazo.

Esta restricción, si así quiere llamársele, se explica por la naturaleza misma de la garantía, habida cuenta que el acreedor tomaba en cuenta los riesgos de la situación patrimonial actual del deudor y del fiador, cuya mutabilidad podría dejarlo desprotegido en un caso de largo plazo. Ahora bien, es importante connotar que las nociones de largo plazo o corto plazo, aún cuando en técnica económica se hallan precisadas de manera clara, conservan ciertas notas subjetivas que miran a la condición de las partes y de la operación misma encontrándonos en algunos casos con que la duración en el tiempo, pueda entenderse como plazo corto para un determinado contratante al paso que para otro sería un plazo mayor.

Cabe anotar en este punto que, como ya se expresó, la fianza en si misma es una obligación dineraria y no puede tener por objeto cosas distinta de una suma de dinero, aun cuando la obligación principal tenga objeto distinto, lo que nos permite llegar a la conclusión que, en caso de incumplimiento, único evento en que se hace efectiva la garantía, la obligación se resuelve siempre en el pago del dinero pactado, cuya repetición perseguirá el fiador a través de los mecanismos legales pertinentes.

En segundo término tratamos el concepto económico comercial, de capacidad de crédito personal, que corresponde al volumen total de endeudamiento a que puede llegar una persona natural o jurídica, de acuerdo con su situación patrimonial, concepto que tiene especial aplicación en materia financiera.

Esta noción de capacidad de crédito individual, vinculada íntimamente a la seguridad de las obligaciones, tiene especial importancia frente al tema de la fianza, toda vez que a través de esta el deudor vincula subsidiariamente otro patrimonio a la satisfacción de su obligación, perdiendo en veces trascendencia su patrimonio mismo y permitiéndole al deudor incrementar su patrimonio sin afectarlo total o parcialmente, con garantías reales.

Esta forma de participación en las obligaciones, multiplica las posibilidades de intercambio comercial y amplía la capacidad individual de adquisición, consultando los sanos principios de seguridad.

Como corolario de lo anterior, se erige el sistema del estudio subjetivo del deudor y del fiador, participando así la figura de la fianza, dentro del sistema económico, como un mecanismo, mas o menos permanente, dentro de la evolución comercial.

En estricto sentido la fianza de las obligaciones crediticias derivadas de contratos de enajenación, o simples créditos, significa un importante apoyo para las relaciones de intercambio, sin embargo el afianzamiento de obligaciones distintas, tales como las de hacer o de aquellas que suponen una abstención, es quizás una forma de mayor utilización, por consultar de manera precisa la naturaleza misma de la obligación accesoria. En efecto, las modernas legislaciones y con antelación a éstas las prácticas y costumbres civiles y comerciales, fueron desplazando el carácter de deudor subsidiario que asistía al fiador, consagrando previsiones en torno al deudor solidario, en particular frente a las obligaciones positivas de dar, máxime cuando el objeto consistía en una suma de dinero, lo que no trascendió al campo de las obligaciones de hacer y de no hacer, por virtud de la importancia del sujeto pasivo de las mismas y del interés del acreedor vinculado principalmente al cumplimiento por parte del deudor. Por lo anterior el fiador vinculado en segunda instancia al cumplimiento de la obligación, prácticamente se obliga a sufragar una suma de dinero, a título indemnizatorio en favor del acreedor incumplido. Al subrogarse el fiador en las acciones del acreedor y en los términos de la obligación por él satisfecha, precluía la oportunidad de cumplir la obligación principal por parte del deudor, resolviéndose la obligación, en una forma indirecta, en indemnización compensatoria. Con la apertura del derecho societario y el auge del sector financiero dentro de las economías capitalistas, se inició la prestación remunerada del servicio de garantías, por parte de las instituciones financieras y a través de entidades especializadas, que aplicaban su vasta red de

informaciones y servicios para establecerse, con el tiempo, un sistema de garantías caracterizado por su explotación profesional y altamente tecnificada, adoptándose por las entidades crediticias los sistemas propios de la disciplina mercantil en materia de garantías.

Podemos afirmar que la creciente necesidad de aumentar las actividades de una sociedad, derivada del incremento poblacional y de los avances tecnológicos, genera de manera necesaria una multiplicidad de relaciones, y consecuentemente amplía la gama de posibles contratantes, dificultando el conocimiento personal o comercial de los mismos, lo que exige el otorgamiento permanente de garantías que consulten la naturaleza de cada obligación en particular: criterio este que cobró especial vigencia para todas las operaciones en las cuales participe la nación o se vinculen, aún de manera indirecta, intereses estatales, cumpliendo la fianza una función económica, social y aún política de gran trascendencia.

Respondiendo a todas estas necesidades el sector empresarial inició la prestación profesional de fianzas, creándose empresas especializadas en tal actividad, que a través de una remuneración garantizaban el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los particulares, o por entidades de derecho público o privado, o adscribiéndole tal función a compañías aseguradoras que explotaran el ramo de manejo y cumplimiento, las cuales a través de sus expedientes técnicos y estadísticos, lograban prestar de manera eficiente tal servicio y contribuir muy eficazmente a la seguridad del tráfico comercial.

Para concluir baste advertir que frente a cada modalidad de contrato de seguro de manejo y cumplimiento, cuya análisis haremos más adelante, presentaremos las características y funciones que le son propias, tratando particularmente su función económico-social.



## Capítulo III

### 3. EL CONTRATO DE SEGURO

#### 3.1. Importancia y Necesidad del Seguro

Es la seguridad uno de los anhelos comunes a todos los hombres, seguridad en su vida y en sus intereses. El riesgo como posibilidad de pérdida o desembolso ha afectado a la humanidad desde sus comienzos y el problema que plantea es tan antiguo como la sociedad misma; en su intensidad y los medios de hacerle frente lo que ha variado. El constante desarrollo social importa mayor trascendencia al problema y urge el establecimiento de correctivos. De los ideados por la humanidad en su evolución unos tienden a prevenir los riesgos y otros a contrarrestar sus consecuencias económicas.

**Correctivos Preventivos:** son las medidas de prevención unas ordinarias y otras extraordinarias producto de la ciencia y la técnica modernas.

**Correctivos Compensatorios:** son los medios utilizados para atacar el peligro en sus efectos, dada la insuficiencia e inoperancia frente a él de las medidas preventivas, entre estos pueden citarse el ahorro, la asistencia social y el seguro.

El seguro constituye la expresión jurídica de la defensa común, ideada por el hombre contra los riesgos que le amenazan a él y a sus obras. El seguro es la más alta expresión de la lucha del hombre contra la fatalidad; ello es la aplicación jurídica más extendida y segura de la solidaridad humana. Ello protege al hombre contra las

consecuencias dañosas del azar y de la acción de las fuerzas ciegas de la naturaleza. Ello no suprime el daño pero repartiéndolo entre una gran número de personas lo limita a proporciones mínimas”. (Pandectas Belgas, Juan Fernando Cobo, Seguro y Reaseguros. - Parte General - Tomo I, pág.30).

La vida actual, la organización comercial, la agilidad en las negociaciones hacían importante la necesidad del seguro y es ella la que ha contribuido a su vertiginoso desarrollo. El seguro es la respuesta más adecuada a la necesidad de seguridad, de tranquilidad, su ausencia habría implicado un estancamiento en el desarrollo social y comercial. Las grandes empresas entrañan grandes riesgos que de no ser posible eliminarlos en sus consecuencias a través de este instituto jamás se iniciarían.

### **3.1.1. Valor Social**

El valor social del seguro, su contribución al desarrollo es innegable. Contribuye a la fraternidad humana, al logro de un interés por el bienestar social, a la tutela de intereses privados y públicos.

Son claras formas de ello el estímulo a la prevención a través de sus campañas que tienden a evitar los peligros o a atenuar sus consecuencias; la producción de estímulos psicológicos que proporcionan tranquilidad, la garantía de subsistencia a la familia y la estabilidad patrimonial.

### **3.1.2. Valor Económico**

El seguro influye de manera preponderante en todos los factores de la economía.

La producción entraña riesgos que al ser trasladados mediante el seguro hacen posible su desarrollo. Sin su existencia, criterios de

seguridad lograrían el estancamiento. La intermediación y el comercio encuentran fundamento en su creciente desarrollo en el seguro al igual que el perfeccionamiento de los medios de transporte.

El seguro influye en la fijación de los costos, en la regulación de los precios; es igualmente de trascendental importancia como garantía de las diarias transacciones comerciales las cuales se verían entorpecidas por su ausencia.

### 3.2. Noción

La formulación de una definición de seguro ha sido siempre asunto de gran dificultad por la doctrina y la jurisprudencia y es que no resulta fácil determinar claramente y con exactitud en una fórmula el significado, contenido y naturaleza de una institución tan compleja. Se tropieza en tal empeño con inconvenientes que surgen de la diversidad de los riesgos, de la naturaleza de los bienes asegurables, de las diferentes organizaciones de las cuales son trasladados los riesgos, y en últimas de la evolución siempre constante de la institución, impuesta por el progreso y las necesidades crecientes y cambiantes de la sociedad.

Tales inconvenientes aconsejan la no incorporación de definiciones a la ley, dejando tal función a la doctrina y a la jurisprudencia que si bien encuentran iguales tropiezos, tienen a su mano elementos correctivos emanados de su movilidad, los cuales le permiten ir a la par de las evoluciones de la institución y las necesidades sociales, lo que por razones de seguridad no le está permitido a la ley. Algunas legislaciones extranjeras adoptan definiciones legales del Contrato de Seguro, entre las cuales pueden citarse las siguientes:

**España:** el Contrato de Seguro es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes, muebles o inmuebles asegurados mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes.

**Bélgica:** El Seguro es un Contrato por medio del cual el asegurador se obliga mediante una prima a indemnizar al asegurado de las pérdidas o daños que experimente como consecuencia de ciertos hechos fortuitos o de fuerza mayor.

**Suecia:** El asegurador es aquel que se obliga por medio del Contrato de Seguro a satisfacer una indemnización por los daños ocasionados con motivo de la producción del evento asegurado, o la suma seguro convenido cuando se trate de un seguro relativo a la vida o a otro seguro personal.

**México:** Por el Contrato de Seguro la empresa aseguradora se obliga mediante una prima a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.

**Italia:** El seguro es un contrato por medio del cual el asegurador, contra el pago de una prima se obliga a reembolsar al asegurado dentro de los límites convenidos, el daño que le haya ocasionado un siniestro o a satisfacerle en capital al verificarse un suceso relativo a la vida humana.

**Argentina:** El seguro es un Contrato por el cual una de las partes se obliga mediante cierta prima a indemnizar a la otra de una pérdida o de un daño o de la privación de un juicio esperado que pudiera surgir por un acontecimiento incierto.

**Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas:** por el Contrato de Seguro, una parte (el asegurado) se obliga a pagar la cantidad convenida (prima) y la otra (Asegurador) para el caso de que se produzca el acontecimiento previsto en el contrato (riesgo), se obliga tratándose del seguro de bienes, a indemnizar al asegurado o a la tercera persona (beneficiario) por los daños sufridos dentro de los límites de la cantidad estipulada en el contrato (suma asegurada) y tratándose de seguro de personas, a pagar la suma garantizada por el seguro.

**Brasil:** Considerase Contrato de Seguro aquel por el cual una de las partes se obliga para con otro, mediante el pago de una prima a indemnizarlo de los perjuicios resultantes del riesgo futuro previsto en el contrato.

**Venezuela:** El seguro es un contrato por el cual una parte se obliga mediante una prima a indemnizar la pérdida o los perjuicios que puedan sobrevenir a la otra parte en casos determinados, fortuitos o de fuerza mayor, o bien a pagar una suma determinada de dinero según la duración o las eventualidades de la vida o de la libertad de una persona.

Las anteriores definiciones han sido traídas con un mero carácter ilustrativo sin pretender hacer crítica alguna a ninguna de ellas.

Varios son los tratadistas que han propuesto definiciones de esta institución, algunas de las cuales a continuación mencionamos:

**Josserand:** Es un contrato por el cual el asegurador toma a su cargo, mediante el pago por el asegurado, de primas o cotizaciones, un riesgo cuya realización contemplen las partes y cuya incidencia definitiva no quiere el asegurado soportar por sí solo y personalmente.

**Alfredo Manes:** El recurso por medio del cual un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos se organiza para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero.

**Planiol:** El contrato de Seguro es aquel por el cual una persona denominada asegurador promete a otra, el asegurado, una prestación subordinada a la realización de un riesgo determinado mediante una suma denominada prima o cuota.

**Benitez de Lugo:** Es una institución de previsión por la que mediante el pago de una prima o cuota única o periódica, se

adquiere el derecho de ser indemnizados los menoscabos sufridos en nuestra persona o bienes o a la entrega de un capital o disfrute de una renta en época y tiempo determinados.

**A. H. Willet:** Instrumento social por el cual se hacen acumulaciones que sirven para enfrentarse a pérdidas inciertas de capital, lo que se lleva a cabo transfiriendo los riesgos de muchos individuos sobre una persona o sobre un grupo de personas. Siempre que haya una acumulación para pérdidas inciertas, o una transferencia de riesgos, tendremos uno de los elementos del seguro; solamente cuando estos dos elementos se han reunido, al cambiarse los riesgos de un grupo, tendremos completo el seguro.

**Garrido y Comas:** por el Contrato de Seguro el asegurador se obliga, mediante la percepción de una cuota o prima, a realizar la prestación convenida, al asegurado o a los beneficiarios por él designados, de producirse la eventualidad prevista en el contrato, relativa a la persona o bienes del asegurado.

**Cesar Vivante:** El seguro es un contrato por el que una empresa se obliga a pagar una suma determinada cuando ocurre un evento fortuito, mediante una prima calculada sobre las posibilidades de que el evento suceda, si bien es necesario una empresa aseguradora técnicamente organizada que asuma los riesgos de terceros mediante primas previamente determinadas.

**Picard y Besson:** Lo definen como una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por la otra parte, el asegurador, mediante una suma llamada prima o cotización.

Las definiciones anotadas no difieren substancialmente y han sido formuladas, algunas atendiendo a la necesidad otras a la función y las mas al funcionamiento de esta institución.

### **3.2.1. Legislación Colombiana**

El Código de Comercio Terrestre en su artículo 634 incluía la siguiente definición:

El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona natural o jurídica, toma sobre sí por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose mediante una retribución convenida a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados.

Tal definición abarca solamente un tipo de riesgos, los reales, sin tener en cuenta los patrimoniales ni los seguros de personas. Igualmente parece limitar la contratación al propietario del bien, diferencia que es subsanada por otra norma que permite la contratación a quien tenga un interés real en la conservación del bien.

El nuevo Código de Comercio, acorde con las teorías que trasladaron a la doctrina y la jurisprudencia, la formulación de definiciones, trae una mera fórmula enunciativa de los elementos necesarios al Contrato de Seguro.

Artículo 1036: “El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”.

### **3.3. Elementos**

#### **3.3.1. Elementos de los Contratos**

Al contrato de seguro como tal, le son esenciales para su existencia, los elementos de todo contrato cuales son capacidad, consentimiento, objeto y causa.

Frente a la capacidad es de anotar la diversa calidad de las partes intervinientes en el contrato, asegurador y tomador. (Artículo 1037 Código de Comercio).

### **3.3.2. El Asegurador**

Lo define el artículo 1037 del Código de Comercio como “La persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello, con arreglo a las leyes y a los reglamentos”.

Solo pueden contratar como aseguradores las personas jurídicas. Tal norma constituye una limitación a las personas naturales para contratar, lo que ha sido tema de controversia en la doctrina. Es así como el Doctor Emilio Robledo expresaba “al negarse a las personas naturales el derecho de realizar un contrato perfectamente lícito y legal como lo es el seguro, se está atentando contra la libertad y autonomía contractuales pues si se somete la valides de un convenio legítimo a la autorización del gobierno, se vulnera la autonomía de la voluntad”. (Comisión Redactora del Código de Comercio, Acta No. 5 de mayo 6 de 1969).

Hoy, no se discute la conveniencia y necesidad de la teoría del Asegurador-Empresa original del Profesor Vivante, como lo anota Messineo, éste elemento de la empresa es “requerido por exigencias técnicas de organización y funcionamiento del seguro” y agrega, “no puede ser un empresario singular dado lo imponente de los compromisos que se contraen con el ejercicio de la industria asegurada”. (Messineo, Manual del Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, pág 159).

Es de aclarar que no todas las personas jurídicas pueden actuar como aseguradoras. El seguro es un contrato mercantil por lo cual la sociedad que pretenda actuar como aseguradora ha de tener tal carácter.



La práctica comercial indica que a la categoría de las anónimas a las que pertenecen las sociedades aseguradoras sin que tal práctica responda a una limitación legal. Ya que la ley admitiría otro tipo de sociedad por acciones.

El ser persona jurídica y del tipo de las anónimas son presupuestos para la capacidad de la Aseguradora, la cual se la delimitará el objeto social. Pero todo ello no basta, es necesaria la obtención previa de la respectiva autorización o licencia oficial para el ejercicio de la actividad. Este es el sentido del artículo 1037 del Código de Comercio al expresar "... debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos".

### **3.3.3. El Tomador**

Es la persona que actuando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos. (Artículo 1037, numeral 2° C. de Co.).

Para tratar de la actuación del tomador por cuenta propia o ajena, cabe anotar que el concepto de asegurado se identifica con el de titular de un interés que de verse afectado por la ocurrencia de un siniestro puede sufrir un perjuicio patrimonial y el de beneficiario con el de aquel a quien corresponde el derecho a recibir la indemnización. Tomador, beneficiario y asegurado pueden ser la misma persona o bien, personas diferentes.

Cuando el tomador actúa por cuenta propia, es el titular del interés que en el evento de un siniestro puede verse afectado, y participa entonces de las calidades de tomador y asegurado y nada obsta para que sea, así mismo, beneficiario. Así ocurre generalmente en los seguros de daños.

El seguro por cuenta ajena excluye la presencia del apoderamiento pues si quien contrata obra en ejercicio de un apoderamiento no es el estipulante el apoderado sino el poderdante y estaríamos en presencia de la estipulación por otro.

Cuando el interés que constituye el objeto del contrato existe en la persona de un tercero, diferente al estipulante el seguro será por cuenta ajena. (Estipulación para otro. Artículo 1506 C. C.)

El Artículo 1038 del C. de Co., establece que el contrato así celebrado será válido en tanto aquel manifieste su voluntad de aceptación o rechazo, teniendo el tomador a su cargo el cumplimiento de todas las obligaciones inherentes al mismo. El rechazo del tercero produce la terminación de todos los efectos del contrato.

El Artículo 1042 del C. de Co. prevé el carácter mixto del estipulante como tomador - asegurado - al establecer “salvo estipulación en contrario”, el seguro por cuenta valdrá como seguro en favor del tomador hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato, y en lo demás, con la misma limitación como estipulación en provecho de tercero.

Frente al consentimiento podemos anotar sin analizarlo, pues será tema de otro aparte de este Capítulo, el carácter de contrato de adhesión que revista el seguro, tema que ha suscitado innumerables discusiones, arguyéndose por alguno autores entre ellos Hauriou y Duguit, que allí no existe contrato alguno, y por otros como Josserand, que sí lo hay puesto que la ley no exige igualdad verbal de las partes ni discusiones que precedan el acuerdo de voluntad, sino una igualdad jurídica, que existe al consentir en el contrato.

La adhesión no puede mirarse como una negación de la voluntad del adherente, ella solo la limita (Antonio Mejía, Apuntes sobre el Contrato de Seguro, pág. 186).

Las diversas posiciones doctrinarias aludidas que pretenden encasillar en uno u otro tipo el Contrato de Seguro, generalizándose aquella que lo reduce a contrato por adhesión. Predicándole las normas interpretativas de tal género, que tendiendo a proteger a la

parte menos favorecida, colocan en situación desventajosa a la parte que propuso el acuerdo e impuso las condiciones.

En frente de los contratos de seguro no puede generalizarse el carácter de contratos por adhesión puesto que en riesgos de alguna consideración las condiciones del contrato se sujetan a lo demandado por el tomador.

De otra parte la mayoría de las estipulaciones que comprende el contrato de seguro, desarrollan los mandatos del Código de Comercio. (Artículos 1036 y s.s.), cuyas regulaciones cobijan gran parte de los criterios que informan el contrato de seguro y tutelan los derechos de los asegurados impidiendo que la parte empresarial imponga disposiciones más gravosas.

En particular, en lo tocante a los seguros de garantía no puede entenderse que el contrato se califique como por adhesión, ya que el asegurador a través de la póliza asume, con arreglo a la ley, los riesgos que el asegurado esté interesado en trasladar, ciñéndose las condiciones generales a lo estrictamente ordenado por la ley, siendo discutidas y acordadas por las partes las condiciones que en particular rigen los amparos.

Finalmente advertimos que en líneas generales el seguro de daños presenta consentimiento adhesivo del tomador cuando se pretende amparar pocos bienes o uno en particular, sin perjuicio que en consideración al volumen de los riesgos se discutan las condiciones del contrato.

Afecta el consentimiento de la parte aseguradora el incumplimiento del primero de los deberes del tomador, cual es el declarar sinceramente todas las circunstancias inherentes al riesgo. Dispone el artículo 1058 del C. de Co., “el tomador esta obligado a declarar sinceramente los hechos circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador”.

La reticencia, el ocultamiento de hechos y la inexactitud en la declaración de los mismos cuando son de tal entidad, que de haberlos conocido la aseguradora, la hubiese llevado a contratar en condiciones bien diferentes a aquellas en las cuales pactó, o la hubiera retraído de la celebración del contrato, producen la nulidad del contrato, si el error proviene de culpa del tomador. Si tal error proviene de un error inculpable del tomador, no habrá lugar a la anulación del contrato, más se reducirá el monto de la indemnización debida por el asegurador. (Artículo 1058 del C. de Co.).

La misma norma señala las circunstancias en que dado el error de la aseguradora, no opera la sanción de nulidad. Al efecto establece: “las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre las que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.

### **3.4. Elementos esenciales del Contrato de Seguro**

#### **3.4.1. El interés Asegurable**

“Es el objeto del contrato de seguro y por lo mismo uno de sus elementos esenciales”. (Ossa Efrén, Tratado Elemental de Seguros, pág. 151).

La define el Doctor Ossa como “la relación económica amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular”.

“Ese interés es la relación entre la persona y la cosa amenazada por determinado riesgo”. Anota el Profesor Messineo. (Tratado de derecho Civil y Comercial pág. 161).

Joaquín Rodríguez Rodríguez lo define como: “el vínculo económico en virtud del cual la necesidad económica que provoca la producción del riesgo repercute desfavorablemente en un determinado patrimonio”.

El interés asegurado mira a la relación entre el asegurado y el menoscabo patrimonial que éste pueda sufrir por el acaecimiento de un determinado evento, menoscabo que está preocupado en prevenir, impidiendo si es posible, la realización del riesgo o trasladándole con miras a no sufrir sus efectos patrimoniales.

El interés asegurable hace posible la diferenciación del seguro con el juego y la apuesta, evita la obtención de ganancias o enriquecimientos indebidos al asegurado e imposibilita la utilización de la institución como instrumento de propósitos delictuales.

La protección contratada por una persona a quien la ejecución del riesgo no le reporte daño patrimonial no puede considerarse como seguro.

**Son presupuestos del interés asegurable los siguientes:**

- Que verse sobre cosas asegurables. Serán asegurables las cosas tanto corporales como incorporeales, susceptibles de ser objetos de derechos, y de comercio lícito. (Artículo 1083 C. de Co.), y que se encuentran expuestas a un riesgo.
- Que exista el interés asegurable al momento de la celebración del contrato durante su duración y en el momento de la ocurrencia del siniestro, pues una vez desaparezca el interés “el seguro se habrá extinguido por carencia de objeto” (Artículo 1086 C. de Co.), (Artículo 1109 C. de Co. ).

Modificaciones a este principio las constituyen la autorización de la contratación con obligación de

indemnización de utilidades dejadas de percibir por causa de un siniestro. (Artículo 1088 C. de Co.), los intereses asegurables en los seguros de pólizas flotantes donde la individualización de los bienes asegurados se efectúa con posterioridad a la contratación y durante la vigencia del Contrato (Artículo 1050 C. de Co.); la disposición del artículo 1085 C. de Co. permite amparar bienes que al momento de celebrarse el contrato no existen o sobre los cuales no hay interés en su conservación. Igualmente en el seguro de transportes se entiende incluido, en la suma asegurada, si así se pacta, no solo el valor de las mercancías sino el lucro cesante, elemento fortuito (Artículo 1122 C. de Co).

No obstante, en todos los casos, al tiempo de la ocurrencia del siniestro el asegurado ha de comprobar la existencia del interés asegurado.

- El interés debe ser susceptible de estimación en dinero. No se comprendería de otra forma la obligación de indemnización de la aseguradora. La estimación pecuniaria del interés es diversa en los seguros de daños y en los seguros de personas. En estos últimos, no se encuentra limitación aunque en la práctica lo limita la capacidad económica de la persona. Es la estimación del asegurado la que determina el contenido patrimonial de su interés asegurable, si bien se ha discutido la afectación de la relación de contenido patrimonial en los seguros de vida es la protección de las personas que puedan verse afectadas, desde el punto de vista económico, por la muerte del asegurado.

La estimación pecuniaria del interés asegurado en los seguros de daños es diversa según se trate de seguros reales o patrimoniales. En los primeros, el valor del bien será la base para la estimación del interés, en su contenido pecuniario; en los segundos, es generalmente,

objeto de una estimación más o menos arbitraria de los contratantes generalmente, delimitada por la práctica aseguradora.

### **3.4.2. El Riesgo Asegurable**

El riesgo puro, como lo anota el Doctor Ossa. (Tratado Elemental de Seguros, pág.3), puede definirse como la posibilidad de pérdida o desembolso.

En tanto desaparezca esa posibilidad o se de la certeza, desaparece el riesgo; son pues los límites del riesgo la imposibilidad y la certeza.

Es el riesgo un elemento esencial al contrato de seguro, cuya ausencia afecta la existencia del mismo.

Algunos autores encuentran en él la causa del contrato (Messineo ob. Cit. pág.160). “Puede verse en ellos, mejor, en el hecho de que los efectos económicos vayan a recaer sobre el asegurado, la causa del contrato” anota el ilustre tratadista.

Es necesario que el asegurado se vea amenazado por un riesgo en su vida, su integridad personal, sobre su patrimonio o sobre un determinado bien, para que en procura de su seguridad pueda válidamente trasladarlo al asegurador mediante la celebración de un contrato de seguro.

La vida y los bienes están constantemente amenazados, lo que ha impulsado al hombre a buscar constantemente sistemas de prevención y de compensación económica de los daños. Uno de tales sistemas es el seguro que si bien no elimina ni disminuye los riesgos, protege contra las consecuencias de los mismos, transfiriendo los daños por él ocasionados a otra persona de especial organización y capacidad financiera suficientemente sólida para soportarlos.

En la doctrina encontramos diversas concepciones del riesgo, para Planiol y Ripet “es la eventualidad del suceso cuya realización ha de obligar al asegurador a efectuar la prestación que le corresponde”.

Halperin lo define como “la eventualidad que hace nacer una necesidad”.

Para Picard y Besson es “un acontecimiento incierto que no depende exclusivamente de la voluntad de las partes”.

Luis Benitez de Lugo lo considera como “El acontecimiento fortuito, todavía no realizado, el peligro que presenta un objeto designado especialmente y también el máximo de perjuicio garantizado que puede producir un solo y mismo siniestro”.

Es la incertidumbre el fundamento del concepto del riesgo, incertidumbre que puede referirse al acaecimiento del evento o al momento de su ocurrencia (muerte).

### **Características del Riesgo**

- **Posible:** el acaecimiento del riesgo ha de ser posible, lo imposible sobrepasa sus límites.
- **Incierto:** de su acaecimiento o el momento de éste ha de predicarse tal incertidumbre.
- **Fortuito:** la realización no ha de depender de la voluntad de aquel que ha de soportar sus efectos.
- **Perjudicial:** todo riesgo entraña un peligro, su realización ha de producir destrucción, deterioro, daño.

Los riesgos han sido clasificados en relación con la mutabilidad del peligro en: constantes, progresivos y decrecientes;



en atención a los intereses que afectan, en : personales, reales y patrimoniales.

El artículo 1054 del C. de Co. Establece: “los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos”.

#### **3.4.2.1 Riesgo Objetivo y Riesgo Subjetivo**

El riesgo objetivo es aquel que puede ser apreciado mediante el análisis de factores externos, como físicamente posible o incierto.

El riesgo putativo es apreciado como incierto y posible por el asegurador o por el tomador, en su concepto mental, más el acontecimiento se ha realizado en el pasado, ignorándose tal hecho. Se caracteriza por una incertidumbre ya no material sino mental.

El riesgo putativo no puede ser asegurado por expresa prohibición legal. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Excepción a estas normas, la constituye la disposición relativa al seguro de transporte marítimo. El Artículo 1706 del C. de Co. Dispone; “Será válido el seguro marítimo sobre el riesgo putativo esto es, el que solo existe en la conciencia del tomador o del asegurado y del asegurador bien sea porque ya haya ocurrido el siniestro o bien porque se haya registrado el feliz arribo de la nave en el momento de celebrarse el contrato”.

El riesgo subjetivo o moral hace relación a la persona del tomador o asegurado vinculada al riesgo asegurable y corresponde a un principio de selección de riesgo por cuya virtud hacen parte de tal riesgo asegurable las calidades de la persona (tomador o asegurado) y su conducta comercial o particular.

#### **3.4.2.2 La Actuación del Asegurado como Riesgo**

La noción legal de riesgo: “Suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o el beneficiario...”, nos hace concluir que la intervención de la conducta de alguno de ellos en una forma parcial en el acontecimiento que constituye el riesgo asegurado es asegurable.

No puede discutirse la legalidad del seguro que impone al asegurado la obligación de indemnizar los perjuicios que sufra el asegurado con ocasión de la responsabilidad contractual o extracontractual (Artículo 1127 C. de Co.)

Esta norma ha de coordinarse con la contenida en el artículo 1055 del C. de Co., que dispone. “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco la producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

La culpa, como acto humano, integra pues riesgos asegurables pero solamente en sus grados de leve y levísimo.

#### **3.4.2.3 Riesgo y Vicio Propio o Intrínseco de la Cosa**

La norma contenida en el Artículo 1104 del C. de Co., define el vicio propio y establece la exclusión del mismo del riesgo asumido por la aseguradora. El fundamento de tal disposición se encuentra en que la avería o pérdida de una cosa, proveniente de su vicio propio constituye un hecho cierto. En virtud del principio de la autonomía contractual, las partes por acuerdo expreso, pueden derogar esta norma.

#### **3.4.2.4 Lucro Cesante y Riesgo**

El lucro cesante, consecuente da la realización del siniestro participa de las características de posible e incierto. Constituye riesgo asegurable, al tenor del artículo 1088. El riesgo de lucro cesante ha de ser objeto de un acuerdo expreso lo cual hace pensar en que es considerado como autónomo.

### **3.4.2.5 El Riesgo en los Seguros de Personas**

Al tenor del artículo 1137 del C. de Co. “Toda persona tiene interés asegurable.

- 1.- En su propia vida
- 2.- En la de las personas a las que legalmente pueda reclamar alimentos, y
- 3.- En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta...”

Constituyen pues riesgo no solamente los hechos que amenazan la existencia propia o la de un tercero sino también aquellos que amenazan la integridad corporal como son las lesiones personales provenientes de accidentes o enfermedades.

El Código de 1887 no contenía norma expresa que reglamentara el concepto de riesgo en los seguros de accidentes o enfermedad encontrando éstos su validez en la autonomía de los contratantes y en la aplicación supletoria de las normas que identificaban el riesgo con el caso fortuito.

### **3.4.2.6 Consentimiento del Asegurado**

A diferencia del Código anterior, el nuevo Código de Comercio (Artículo 1137) exige el consentimiento, además escrito, del asegurado, para la validez del seguro sobre la vida de un tercero. Ya no es pues suficiente el interés porque además el asegurado debe

consentir en el contrato lo que representa indudablemente una garantía para su vida.

La vida de un tercero “constituye riesgo asegurable únicamente para dos grupos de personas. La de los alimentantes para sus respectivos alimentarios y la de aquellas personas cuya muerte o incapacidad pueden aparejar a otros un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta”. (Antonio Mejía ob. Cit. Pág. 337).

#### **3.4.2.7 Suicidio del Asegurado**

El proyecto del nuevo Código de Comercio establecía que “ en los seguros de vida contra el riesgo de muerte solo podrá excluirse el suicidio del asegurado, ocurrido durante los dos primeros años de vigencia del contrato...”

(Artículo 976 del C. de Co.), norma que no aparece contenida en el texto final de la codificación.

Las pólizas actuales amparan contra el riesgo de suicidio ocurrido con posterioridad a los dos primeros años de vigencia del contrato.

Algunos autores, basados en la sicología jurídica que distingue la autodeterminación consciente de la inconsciente sostiene que la primera no constituye riesgo asegurable puesto que depende exclusivamente de la voluntad del asegurado y en consecuencia, pugna con la concepción legal del riesgos siendo un acto meramente potestativo, que de conformidad con el artículo 1055 es inasegurable, sin que pueda ser tal norma derogada por una cláusula contractual toda vez que la misma disposición prevé que “cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno” La autodeterminación inconsciente para estos autores, entre los que se cuenta Antonio Mejía, que es la producida en un estado en que el asegurado no posee cabal juicio del alcance de su acto es compatible con el seguro

y constituye riesgo asegurable, por la no intervención exclusiva de la voluntad del asegurado al darse muerte.

De otra parte, se sostiene que aún en el suicidio consciente concurren factores que son imposibles de controlar por el asegurado, lo cual haría del acto del suicidio un suceso que no depende exclusivamente de la voluntad del asegurado, constituyéndose un riesgo asegurable.

#### **3.4.2.8 Momento en que Empiezan a Correr los Riesgos**

El artículo 1057 C de Co. Establece “en defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfecciona el Contrato”.

#### **3.4.3. La Prima**

Elemento esencial del contrato de seguro cuya falta hace que el contrato no produzca efecto alguno. Constituye el objeto de la obligación del asegurado, es el correlativo del riesgo asumido por el asegurador, el costo del seguro, el precio del riesgo.

“Es una pequeña suma cierta que se exige a cambio de una considerable suma eventual e incierta” anota el Doctor Efrén Ossa (ob. Cit., pág 33) y agrega “es el valor de una mercancía que, no por ser intangible, es menos real”. La protección amén de su valor psicológico, o precisamente gracias a él, tiene también un alcance económico como tal, se traduce en mayor impulso creador, más atildada administración del negocio y, en una palabra, mas pingues ganancias”.

La distinción entre la prima pura o neta y la prima comercial o de tarifa es necesaria. La primera es el valor del riesgo calculado según las hipótesis estadísticas de pérdida. La suma de las primas

netas sirva para proporcionar el fondo necesario para el pago de los siniestros.

A la prima pura habrá de sumársele otra serie de erogaciones en que incurre el asegurador a objeto de obtener la prima bruta. Son los gastos de adquisición, los de administración, los impuestos y la utilidad del asegurador.

Requisitos de la Prima:

1. Determinada o determinable
2. Real
3. De carácter general
4. Seria

Debe distinguirse entre la prima como elemento esencial al contrato y el pago de la misma cuyo incumplimiento solo faculta al asegurador a dar por terminado el contrato a partir del envío de la respectiva comunicación al asegurado, a la ultima dirección conocida (Artículo 1068 C de Co).

El artículo 1070 consagra la divisibilidad de la prima, se formulan cuatro reglas partiendo de su texto (Antonio Mejía ob. Cit. Pág 407).

- a) Si el contrato termina antes del plazo estipulado y sin que presente siniestro, el asegurador solo puede retener la prima devengada.
- b) Si el contrato termina por siniestro total la prima se entiende totalmente devengada.
- c) Si el siniestro es parcial se entenderá devengada la prima correspondiente al valor de la indemnización
- d) En el contrato en que se ampara a más de una persona o más de in interés, sean colectivos o múltiples, se aplican

las mismas normas pero respecto de cada persona o interés, con independencia de los demás.

Excepciones a la divisibilidad de la prima las constituyen:

- a) El siniestro que produce la destrucción total del bien. En tal evento la prima tiene un carácter indivisible ya que no hay lugar a la devolución de la suma correspondiente al tiempo no corrido.
- b) En el contrato de transporte “El asegurador ganara irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta”. (Artículo 1119 C de Co.)

#### **3.4.4. La Obligación Condicional del Asegurador**

Constituye el cuarto elemento esencial del contrato de seguro, al tenor del artículo 1045 del C. de Co.

La obligación de indemnización a cargo del asegurador está sujeta a una condición suspensiva cual es la realización del riesgo amparado.

Tal obligación solo es exigible una vez realizada la condición de la cual pende.

El asegurador desde que se obliga a tomar sobre sí el riesgo, está dispuesto a responder de una prestación que viene a concretarse con el siniestro; el deber de reparar los daños eventuales se adquiere al perfeccionamiento mismo del contrato, pero su exigibilidad depende de la ocurrencia y gravedad del hecho contemplado en la póliza.

La condición a la que está sujeta la obligación del asegurador y

la definición legal del riesgo asegurable son concordantes, por lo cual no parece éste un elemento adicional necesario al contrato de seguro.

### 3.5. Características

- 1.- Es un contrato comercial. (Artículo 20, numeral 19 C. de Co.)
- 2.- Es bilateral. Atributo que es reconocido expresamente el artículo 1036 del C de Co. Las partes adquieren obligaciones y correlativos derechos en forma recíproca.
- 3.- Es oneroso. El asegurado sufre el gravamen de pagar la prima y el asegurador el de cubrir la indemnización. Recuérdese que la falta de la prima deja sin efecto alguno el contrato.
- 4.- Es aleatorio. Conforme al Código Civil, artículo 1498. “Un contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

En el contrato de seguro, las obligaciones de una y otra parte no son equivalentes. La del asegurado es cierta y conocida a la par que la del asegurador entraña una posibilidad de ganancia o pérdida cuya cuantía y extensión son reguladas por hechos posteriores.

Doctrinariamente se ha discutido el carácter aleatorio de este contrato. Se ha sostenido que el desarrollo sistematizado de la industria, ajustada a la ley de los grandes números y al cálculo de las probabilidades, permite a la empresa reunir un fondo suficiente para



pagar los capitales asegurados eliminando el carácter aleatorio. Tal concepto confunde el carácter del contrato con los de la industria misma.

Se ha sostenido también que el seguro es para el asegurado la antítesis de lo aleatorio, puesto que recurre a él para ponerse a cubierto de un riesgo, tesis que en nada afecta el carácter aleatorio del contrato.

- 5.- No es condicional, el acuerdo de las partes cumplida la formalidad de la póliza hace surgir el contrato puro y simple, generador de obligaciones y derechos. Lo condicional, es el nacimiento de la obligación del asegurador.
- 6.- Puede ser principal o accesorio. Ostenta esta última nota no porque acceda a otra relación contractual sino porque garantiza la efectividad de una obligación preexistente procedente no necesariamente de otro contrato, sino de cualquiera de las fuentes de las obligaciones.
- 7.- Es solemne. El contrato de seguro no produce los efectos jurídicos que le son propios sin la observancia de la formalidad exigida por la ley. Artículo 1046 C de Co. “El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmado por el asegurador...”
- 8.- Es indivisible. “Es un contrato único a todo lo largo de su duración, aunque esté dividido en plazos periódicos”. Anotan los Profesores Bolafio-Rocco y Vivante (ob. Cit. T.14 pág.37).

Las adiciones amplían el contrato más no constituyen uno nuevo; las modificaciones lo aclaran o reforman; las

renovaciones prorrogan su vigencia; las cesiones sustituyen el titular del bien asegurado.

Los anexos hacen parte de la póliza (artículo 1048), el pago fraccionado no afecta la unidad del contrato (artículo 1069).

Sobre el carácter de la renovación han surgido algunas inquietudes, en particular sobre si ésta constituye un nuevo contrato como parece concluirse de su análisis eminentemente etimológico, o si por el contrario tan solo prorroga su vigencia conservándose la unidad del contrato que comprende varios períodos.

En nuestro sentir el certificado de renovación no constituye un nuevo contrato sino que prórroga su duración en el tiempo, tratándose de uno mismo, que por fraccionar sus períodos de vigencia no por ello pierde su unidad.

La anterior apreciación se fundamenta en el texto del artículo 1048 del Código de Comercio, en particular en el numeral 2, cuando advierte que hacen parte del contrato de seguro, los anexos que se emitan para renovar su vigencia. Al decir el estatuto comercial, que el certificado de renovación hace parte del contrato, mencionando una relación de todo o parte, excluye el que éste signifique uno nuevo ya que no se dan elementos propios del contrato, sino que tan solo hay concurso de voluntades en cuanto a la prórroga del período de vigencia, conservándose en su integridad el contrato suscrito por las partes.

- 9.- Es de ejecución sucesiva. Las obligaciones a cargo de las partes son de ejecución sucesiva. El asegurado fuera del pago de la prima, adquiere otras obligaciones que solo puede ejecutar en forma escalonada. El asegurador

asume el riesgo y continua obligado durante la vigencia a responde por las pérdidas ocasionadas por el siniestro, y devenga la prima a medida que transcurre el riesgo.

- 10.- Es contrato de adhesión. Tal carácter se le atribuye en cuanto al asegurado no le es dable discutir sus condiciones libremente, se limita a aceptar la oferta formulada por el asegurador. En principio carece de la oportunidad de formular contra propuesta.

La tutela del asegurado no desaparece, el estado protege sus derechos a través de la Superintendencia Bancaria, entre cuyas facultades se encuentra la de revisar, objetar y aprobar el clausulado del contrato de seguros, salvaguardando la equidad en la relación contractual.

“Dada la complejidad técnica y jurídica de las pólizas, cuyo significado hoy, hasta su mera lectura, no son fácilmente comprensibles para todo asegurado, la posición de éste recibe mejor respaldo al aceptar cláusulas previamente aprobadas por organismos competentes del estado, en lugar de entregarse al ejercicio de su libertad contractual”. (A. Jorge Mejía, ob. Cit. Pág 186).

Como consecuencia de la adhesión, dispone el artículo 1624 C. C. “Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella misma siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

Toda imprevisión o ambigüedad que exista en el contrato de seguro habrá de interpretarse en favor del asegurado.

- 11.- Es de buena fe. El postulado de la buena fe que gobierna todos los contratos, por mandato del artículo 1603 C. C. tienen su mayor aplicación en el de seguros.

Las declaraciones del asegurado previas a la celebración del contrato, durante su ejecución y ocurrido el siniestro han de basarse en sinceridad y lealtad para con el asegurador. La conducta de este último ha de ser igualmente leal, estando en la obligación de poner de presente el alcance de la protección, sus beneficios y limitaciones, abstenerse de utilizar métodos excluyentes o dilatorios de sus compromisos.

### **3.6. Efectos del Contrato de Seguro**

#### **3.6.1. Traslación del Riesgo**

El efecto de todos los contratos, es la producción de obligaciones a cargo de las partes. En este, bilateral, se producen obligaciones a cargo del asegurado y a cargo del asegurador.

De la traslación del riesgo que afecta al interés en cabeza del asegurado, al asegurador, surgen un sinnúmero de obligaciones:

#### **3.6.2. Obligaciones del Asegurado - del Tomador - del Beneficiario**

Anteriores a la ocurrencia del siniestro:

- a) Declarar sinceramente todas las circunstancias inherentes al riesgo. (Artículo 1085 C. de Co.).
- b) Mantener el estado del riesgo. (Artículo 1060 C. de Co.).
- c) Dar cumplimiento estricto a las garantías. (Artículo 1061 C. de Co.).

- d) Pagar la prima. (Artículo 1066 C. de Co.).
- e) Dar aviso de la coexistencia de otro seguro sobre el mismo objeto asegurado. (Artículo 1093 C. de Co.).
- f) No asegurar el descubierto cuando ha sido impuesto un coaseguro obligatorio. (Artículo 1103 C. de Co.).

Posteriores a la Ocurrencia del Siniestro:

- a) Evitar la extensión del siniestro. (Artículo 1074 C. de Co.).
- b) Dar aviso del siniestro. (Artículo 1075 C. de Co.).
- c) Informar de la existencia de otros seguros. (Artículo 1075 C. de Co.).
- d) Demostrar la existencia del siniestro y su cuantía. Formular la reclamación. (Artículo 1077 C. de Co.).
- e) No impedir o limitar el ejercicio de los derechos en que se subroga la aseguradora. (Artículo 1097 C. de Co.).

### **3.6.3. Obligaciones de la Aseguradora**

- a) Entrega de la póliza. (Artículo 1046 C de Co.). Copias de la solicitud, de los anexos. (Artículo 1048 C de Co.).
- b) Pago de la suma asegurada. Indemnización pactada en los seguros de daños y el capital fijado en los seguros de personas. La obligación del asegurador es condicionada a la realización del riesgo. El siniestro entraña un hecho fundamental en la ejecución del contrato. Con él adquiere el asegurado el derecho a percibir la

indemnización; su derecho de protección se materializa en una compensación del daño efectivamente sufrido.

Tal obligación esta delimitada legalmente, en efecto, “el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1074 C de Co. (Dispone el artículo 1079 C de Co.). El contrato de seguro jamás podrá constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado (Artículo 1088 C de Co.).

### **3.7. Valor Asegurado**

Es el límite máximo de la obligación a cargo del asegurador y que el asegurado consigna en la póliza con una doble finalidad, de un lado para fijar convencionalmente el importe máximo de la indemnización que el asegurador puede verse compelido a pagar si el siniestro se produce y de otro la determinación de la prima.

### **3.8. Valor Asegurable**

Acepción utilizada para indicar el valor estimado por el asegurado atribuible al objeto del contrato. Se identifica con el valor real y ésta es la acepción que se le da en el artículo 1084 C de Co. al indicar que la indemnización no podrá exceder del valor total de la cosa en el momento del siniestro. El valor asegurable y el asegurado se identifican cuando al momento del siniestro el valor real del bien coincide con la suma asegurada, cuando es mayor, se establecen las bases para aplicación de la regla proporcional.

### **3.9. Obligación Alternativa**

El artículo 1110 del C de Co. establece: “La indemnización será pagada en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador”.

A nuestro juicio la obligación del asegurador es facultativa y no alternativa toda vez que en ella existe un solo vínculo, un solo objeto de la prestación pudiendo el asegurado pagar con un objeto diferente previamente determinado.

### **3.10. La Regla Proporcional**

Puede enunciarse como la proporción matemática en que asegurado y asegurador soportan el siniestro como consecuencia de la diferencia entre el valor asegurable y la suma asegurada, límite de la obligación del asegurador.

#### **3.10.1. Infraseguro**

El valor asegurado es inferior al valor real del objeto asegurado.

#### **3.10.2. Supraseguro**

La suma asegurada excede el valor real del bien asegurado.

#### **3.10.3. Factores Excluyentes de la Obligación de Indemnizar a Cargo del Asegurador**

- 1.- Las exclusiones. Hechos o circunstancias que pueden ser origen del siniestro o consecuencia del mismo y que no comprometen la responsabilidad del asegurador. Pueden ser de origen legal o contractual.
- 2.- La inexistencia del contrato, que se produce por la falta de alguno de los elementos esenciales al contrato o por la falta de solemnidad en la expedición de la póliza.

- 3.- La nulidad absoluta del contrato de seguro proveniente de la mala fe del asegurado, o del seguro que ampara la responsabilidad profesional cuando la profesión no goza de la tutela del estado o cuando el asegurado se haya inhabilitado para ejercerla al momento de la celebración del contrato, sin perjuicio de las disposiciones generales sobre nulidad absoluta de los negocios jurídicos, de acuerdo con las previsiones del Derecho Civil sobre capacidad y consentimiento y sobre la licitud y posibilidad el objeto y de la causa.
- 4.- La nulidad relativa del contrato impuesta como sanción a la reticencia o inexactitud en las declaraciones del tomador.
- 5.- Ineficacia del contrato, que se produce en los seguros sobre la vida de un incapaz, en los contratos en que se ampara el dolo, la culpa grave o los actos meramente potestativos del asegurado y cuando se ampara contra las sanciones de tipo penal o policivo.
- 6.- Terminación del contrato. Como sanción a hechos u omisiones imputables al tomador o asegurado; como consecuencia de hechos o circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, como cuando desaparece el interés asegurado; por revocación de una de las partes o por mutuo acuerdo.
- 7.- Caducidad. El Contrato subsiste pero el derecho a la indemnización se pierde como consecuencia de la inobservancia de obligaciones a cargo del asegurado.
- 8.- Prescripción. La inactividad del asegurado en la demostración de la ocurrencia y cuantía del siniestro es sancionada con la extinción de la obligación a cargo del asegurador por el transcurso del tiempo.



### **3.11. Personas que intervienen en el Contrato de Seguros**

#### **3.11.1. Asegurador**

Asegurador es la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos. (Artículo 1037 del C. del Co.).

#### **3.11.2. El Tomador**

Es la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos. (Artículo 1037 del C. de Co.).

#### **3.11.3. El Asegurado**

Es la persona en cuya cabeza se radica el interés protegido. Es la persona que le libera del riesgo.

#### **3.11.4. El Beneficiario**

Es la persona llamada a beneficiarse del contrato, a percibir la indemnización derivada del mismo.

### **3.12. Clasificación del Seguro**

El seguro en atención a la naturaleza de los bienes protegidos se deriva en dos clases; de persona y de daños.

El Código de Comercio consagra esta división en el Artículo 1082 que reza: “Los seguros podrán ser de daños o de personas, aquellos a su vez podrán ser reales o patrimoniales”.

### **3.12.1.Seguros de Personas**

Han sido definidos como “aquellos que amparan a la persona del asegurado contra los riesgos que lo amenazan en su existencia, integridad corporal, salud y vigor”. ( Antonio Mejía. Ob. Cit. Pág 207).

### **3.12.2. Seguros de Daños**

Tienen por objeto trasladadas total o parcialmente las consecuencias dañinas que pueden producirse en el patrimonio del asegurado por la destrucción o el deterioro de sus bienes.

Cuando el seguro recae sobre un determinado objeto o sobre el derecho radicado en él, se denomina Seguro Real.

Cuando recae sobre los intereses de que es titular una persona considerados en su unidad, se denomina Seguro patrimonial.

## Capítulo IV

### 4. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

#### 4.1. Noción

Abocar el tema de la noción jurídica y económica propia del Seguro de Cumplimiento conlleva enormes dificultades desde su iniciación, en razón a la disparidad de conceptos que se presentan en esta materia, máxime si se tiene en cuenta que algunos lo asimilan más al género de fianza que al de contrato de seguro.

Consideramos como factor de gran valía para este análisis el antecedente legislativo plasmado en la ley 225 de 1938, Artículos 1 y 2 cuyos textos dar origen, en nuestro país, al Seguro de Cumplimiento previendo varias especies del mismo.

Dichas normas rezan así en su parte pertinente:

#### **Artículo Primero:**

“ El gobierno procurará que alguna o algunas de las compañías de seguros que funcionan en el país establezcan el Seguro de Manejo o de cumplimiento de que trata la presente ley y en las condiciones que en ella se fijan...” (Subrayamos).

#### **Artículo Segundo:**

“El seguro de que trata el Artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de los fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá

extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o contratos” (Subrayamos).

Igualmente los Decretos 1348 de 1939 y 2950 de 1954 aluden al Seguro de Cumplimiento al reglamentar la ley citada.

La Contraloría General de la República a través de la Resolución 1810 de 1957 reglamentó lo pertinente a Seguros de Cumplimiento que amparen contratos suscritos con la nación.

Finalmente y para concluir esta breve reseña sobre las fuentes legales del Seguro de Cumplimiento, baste agregar que el inciso 2 del Artículo 1099 del Código de Comercio lo menciona como una especie de seguro propio.

La univocidad, tanto en el lenguaje como en la disciplina del derecho, nos releva de la obligación de precisar el sentido y significado del término Cumplimiento, el cual no puede ser otro que el de atender en los términos pactados los compromisos que se adquieren. Ahora bien, para el ordenamiento jurídico positivo son relevantes solamente los compromisos que tienen el carácter de obligación y como tales son tutelados.

Sobre las premisas anteriores exponemos algunas definiciones que han sido ensayadas para delimitar el concepto de Seguro de Cumplimiento.

El glosario de términos de fianzas (sic) publicado por la Asociación Panamericana de Fianzas<sup>2</sup> expresa que “FIANZA” (sic) es: “Una póliza diseñada principalmente para garantizar la integridad y honradez del empleado, su responsabilidad financiera, así como su cumplimiento de la ley o contrato, también se aplica a una garantía de incumplimiento”.

---

<sup>2</sup> En gran parte de los países panamericanos los Seguros de Manejo y Cumplimiento se tratan como fianzas y así se denominan genéricamente comprendiéndolos con una sola especie.

Fianza de Contrato (sic) “Póliza que garantiza el cumplimiento de un contrato “.

Fianza de Cumplimiento (sic): Término genérico que se aplica a la garantía de un contrato de construcción o para el suministro de abastecimientos”.

La Legislación Chilena denomina esta especie de contrato de seguro, como seguro de garantía por el cual un asegurador ampara los perjuicios que puedan derivarse para el beneficiario por el incumplimiento por parte del tercero garantizado. En el aparte siguiente volveremos sobre la Legislación Chilena frente a este seguro.

Los tratadistas Riegel y Miller en su texto sobre seguros generales tratan el Seguro de Cumplimiento como una fianza de garantía asimilable a la práctica del seguro, por cuanto pueden aplicársele los mismos principios técnicos y estadísticos otorgando protecciones muy diversas gracias al gran volumen de exposiciones que se obtienen.

En nuestro medio Hernando Galindo C. expresa que el Seguro de Cumplimiento es una especie de seguro de fianza que garantiza el cumplimiento de obligaciones derivadas de la ley o de contratos así como el pago de impuestos, tasas y derechos.

La tarifa de cumplimiento publicada por la Unión de Aseguradores Colombianos FASECOLDA, no contiene definición o precisiones a este respecto; solo se remite a la enumeración de los amparos otorgables y de sus costos.

Sobre las bases anteriores ensayaremos una definición que se ajuste a los presupuestos legales y a la naturaleza de la póliza misma.

**Noción:** Se trata de un Contrato de Seguro que garantiza el cumplimiento de una obligación civil a cargo de un tercero, por cuya

virtud el acreedor de la misma puede exigir del asegurador el pago de la suma correspondiente a los perjuicios causados por el incumplimiento del deudor y con sujeción a la suma asegurada.

La definición anterior comprende las siguientes características:

- a) Contrato de seguro
- b) Accesorio
- c) De obligación civil
- d) Su objeto es una suma de dinero
- e) De garantía

La naturaleza del Contrato de Seguro no exige mayor análisis habida cuenta que las normas legales antedichas lo distinguen de esta manera.

Sin embargo consideramos pertinente anotar que gran parte de los comentaristas sobre esta materia arguyen que este contrato tiene mayor similitud con el de fianza que el de seguro, predicándole incluso la terminología propia de tal especie de garantía.

Esta opinión, que cuenta con el respaldo de la legislación y doctrina latinoamericana concluye en afirmar que la presentación de este contrato como de seguro, solamente pretende utilizar la estructura empresarial con que cuenta la actividad aseguradora, para llegar a la expedición masiva de fianzas a través de una compañía, lo que hoy tanto en México como en otros países se desarrolla a través de la denominada fianza de empresa.

Haciendo de lado los textos legales parecería que la naturaleza jurídica de este tipo de contrato presentaría una combinación de elementos tales que llevaría forzosamente a concluir que se trata de un contrato comercial, de garantía, que implica riesgos, oneroso, accesorio; elementos que a primera vista bien podrían identificar un seguro como una fianza, según la forma de análisis que se utilice, sin embargo debe advertirse que técnicamente el Seguro de

Cumplimiento se aparta en mucho de las notas distintivas de la actividad aseguradora, aún cuando no de su función, freno éste que no se presenta si se califica de fianza.

De otra parte es oportuno resaltar como las clasificaciones que se den en uno u otro sentido deben atender a la realidad económica del medio a que corresponda, lo que en nuestro país lleva ciertamente a la necesidad de que este tipo de contrato se explote a nivel empresarial, dotando de toda la estructura necesaria que atenúe y disemine los riesgos ya sea a través de empresas afianzadoras especializadas o de empresas aseguradoras, ya que estas últimas cuentan con los expedientes técnicos y económicos necesarios, siendo sin lugar a dudas más propia su organización a través de la fianza de empresa comercial habida cuenta de la especialidad del riesgo.

El carácter de accesorio se deriva de su objeto, cual es el de garantizar el cumplimiento de una obligación principal sin la cual el presente seguro no tendría finalidad alguna ni existencia; decimos que debe tratarse de obligación civil, pues, aún cuando las obligaciones naturales son susceptibles de garantizarse, su ejecución coactiva no procede y en consecuencia estaríamos en presencia de un riesgo inasegurable, *suis generis*, toda vez que estas obligaciones por carecer de tutela jurídica, no tienen plazo para su vencimiento imposibilitándose la constitución en mora del deudor lo que hace negativa la posibilidad de realización del riesgo asegurado, ya que si el cumplimiento de la prestación debida se sustrae del campo de la obligatoriedad legal trasladándose al de los deberes sociales y morales, sin que el cumplimiento constituya conducta lesiva de un interés jurídico y difiriéndose su satisfacción a la voluntad del deudor, lo que en términos de nuestra legislación civil constituye un acto meramente potestativo.

No quiere decir lo anterior que no exista riesgo, es mas, en tratándose de obligaciones naturaleza se presenta una mayor onerosidad del mismo por sus caracteres anotados, sin embargo tal riesgo no es trasladable a través de un Contrato de Seguro, máxime

si de acuerdo con la doctrina que se ocupa de la noción de patrimonio, está determinado por los bienes y derechos de contenido económico o de alguna manera valorables en dinero, dejando de lado los “derechos de crédito”, si se admite tal expresión, que corresponden a obligaciones naturales.

De otra parte es importante anotar que en caso de siniestro no procedería la subrogación del asegurador en las acciones contra el responsable de la pérdida, ya que el acreedor (Asegurado) carece de acción contra el deudor.

La cuarta característica anotada se explica en razón a que por el objeto mismo del Contrato de Seguro en general y por el régimen legal propio de la actividad, los aseguradores solamente pueden celebrar Contratos de Seguros de daños que pretendan indemnizar al asegurado o beneficiario, de las pérdidas derivadas de la realización del riesgo asegurado; en consecuencia mal puede otorgarse un seguro que suponga acción distinta por parte del asegurador.

Varios tratadistas, sobre el supuesto de que el interés del beneficiario o asegurado, según el caso, mira principalmente al cumplimiento de la obligación, han entendido que el asegurador puede comprometerse a cumplir la obligación amparada insatisfecha por el deudor o a indemnizar los perjuicios correspondientes, lo que a nuestro entender, si bien mal puede ser el objeto del Contrato de Seguro, nada obsta para que constituya en el proceder del asegurador en caso de siniestro, dentro de la labor propia de prevenir la ocurrencia del siniestro, función que corresponde al asegurador por virtud del contrato mismo, cuya finalidad no es otra que mantener indemne al asegurado.

Habida cuenta que el régimen legal propio de este contrato lo distingue como de seguro y no como de fianza, deben en consecuencia aplicarse las normas del Código de Comercio preferentemente a la del ordenamiento civil en cuanto a garantías en general y Fianza en particular.



En este orden de ideas y sobre las previsiones del Artículo 1110 del Código de Comercio la obligación de indemnizar tiene por objeto el pago de una suma de dinero, pero el asegurador puede liberarse reparando, reponiendo o reconstruyendo según lo estime conveniente; proceder que si es lícito en caso de siniestro lo es también para prevenir su cristalización asistiendo titularidad del asegurador para prevenir el siniestro de tal manera, por virtud del régimen legal del seguro.

Tratándose de obligaciones positivas de dar cuerpo cierto, es claro que el asegurador mal puede transmitir el derecho del cual no es titular y si se trata de obligaciones de dar cosas de género al asegurador podría cumplirla a nombre del deudor subrogándose en las acciones del acreedor por virtud del pago de la indemnización en los términos del párrafo precedente. En este punto sería relevante acudir al expediente del Artículo 1096 del Código de Comercio toda vez que el asegurador ha pagado la indemnización correspondiente al cumplir en vez del deudor la obligación que amparaba anticipándose al nacimiento de la obligación indemnizatoria sucedánea del incumplimiento.

Ahora bien no puede entenderse de esta manera que el asegurador cumple a nombre del deudor, pues no se trata del pago a un tercero a que alude nuestro Código Civil, sino que corresponde al cumplimiento de una obligación indemnizatoria a cargo del asegurador en los términos del Artículo 1110 ya citado.

Es tratándose de obligaciones de hacer, es predicable la misma suerte excepcional, en razón a que sobre las mismas pautas de interpretación de la ley, asiste al asegurador titularidad para cumplir su obligación de acuerdo con la disposición antedicha.

Cabe anotar que tal como recientemente se puntualizó por lo autores más representativos del derecho de seguros nacional, la obligación de indemnizar que gravita sobre el asegurador se califica

como facultativa, noción que introduce mucha claridad sobre la materia y en cierta medida coadyuva lo expresado.

Desde otro ángulo hay que relieves que este proceder excepcional no contradice el elemento esencial de la actividad aseguradora cual es el de la uniformidad de exposiciones que se obtiene al reducir a suma de dineros máximas el valor de exposición en cada riesgo contratado, que de no ser así nos llevaría a contemplar la más variada gama de obligaciones condicionales a cargo de los aseguradores, cuyo cumplimiento se haría demasiado gravoso en la práctica ya que no habría limitación alguna en tal sentido.

La última característica anotada en relación con el Seguro de Cumplimiento tiene importancia en cuanto a la relación existente entre éste y la fianza, garantía a la cual más se asemeja y cuyas normas deben atenderse para la determinación de su régimen, en razón al vacío que se presenta en el Código de Comercio y las leyes especiales.

Los conceptos de garantía y obligación accesoria tienen gran trascendencia en relación con la vigencia del Seguro de Cumplimiento, ya que esta debe extenderse hasta el término necesario para que el acreedor esté protegido contra los perjuicios derivados del eventual incumplimiento por parte del deudor.

## **4.2. Naturaleza Jurídica**

Precisada la noción y el carácter de Contrato de Seguro, es importante delimitar el régimen legal que le es propio a este especie de Contrato.

Para efectos de orden en primer término veremos las partes del contrato, a excepción del asegurador, el cual no supone examen distinto al anotado en el Capítulo III de este estudio.

El tomador quien es en los términos del Artículo 1037, numeral 2 del Código de Comercio, quien traslada los riesgos por cuenta propia o ajena, vale decir, que si es el titular del interés asegurable actuará también con el carácter de asegurado y beneficiario.

Si el tomador carece de interés asegurable el seguro debe ser por cuenta de un tercero, asegurado y beneficiario, y aquel cumplirá las obligaciones que le correspondan.

El interés asegurable para este seguro se radica en cabeza del acreedor de la obligación garantiza, quien podrá trasladar los riesgos inherentes a su cumplimiento a un asegurador.

La restricción para quien actúe como tomador (Artículo 1055 del Código de Comercio predicada por algunos autores, nos merece rechazo en razón a que por tratarse de obligaciones civiles, mal puede entenderse que su cumplimiento es potestativo toda vez que existe la protección del órgano judicial por cuya acción se obtiene la satisfacción de la obligación a través de la ejecución coactiva o la condena a indemnizar que también goza de acción tutelada por la ley.

Esta norma es concordancia con las previsiones del Artículo 1099 del Código de Comercio, permite concluir que la restricción contenida en el Artículo 1055 se entiende, con excepción de los Seguros de Manejo, Cumplimiento y Crédito, únicos en los cuales puede procederse contra el tomador, por parte del asegurador.

La distinción entre tomador y asegurado que si bien introduce importante claridad sistemática en relación con el Contrato de Seguro demanda una precisión en cuanto al segundo inciso del Artículo 1099 que consagra las excepciones en las cuales procede la acción subrogatoria contra el asegurado por los actos de las personas que, con arreglo a la ley, le derivan responsabilidad a éste, ya sea por ser dolosos o culposos, o por estar amparada su responsabilidad civil por un seguro, o en los seguros de garantía; sin embargo el

único responsable del siniestro en los Seguros de Cumplimiento es el deudor cuya obligación se garantiza, el cual sea o no de las personas que menciona en el inciso primero de este artículo debe responder por los perjuicios causados al asegurado, ya que la previsión sobre responsabilidad extracontractual allí contenida se vincula con la noción de perjuicios causados a terceros, hipótesis que no se presenta en el caso en comento ya que los perjuicios se causan al asegurado mismo.

Por lo anterior entendemos que la excepción del inciso segundo en cuanto a los Seguros de Cumplimiento, manejo y Crédito se traduce en la legitimidad del asegurador para demandar a través de la acción subrogatoria, al deudor garantizando que incumplió, tenga o no la calidad de tomador.

En la obligación cuyo incumplimiento se garantiza, él tiene el carácter de acreedor y si lo que quería expresarse era que procedería la acción subrogatoria cuando por dolo o culpa grave suyas, incumpliera el deudor, la aclaración consagrada sobraría y no se hubiese previsto la hipótesis anterior lo que dejaría un vacío bastante reprobable. Entender que un Seguro de Cumplimiento en el cual actúe como tomador el deudor de la obligación garantizada, significa que se aseguran eventualmente el dolo o la culpa grave del tomador (que se asimila al dolo) sería presumir éste lo que es contrario a las leyes, además de significar que causa y efecto son lo mismo lo que riñe con las más elementales normas de la lógica jurídica.

Con mucha frecuencia se expresa que el deudor de la obligación garantizada, denominado por algunos afianzado, es el asegurado, en el Contrato de Seguro, lo que constituye otro error garrafal toda vez que éste carece de interés y su conducta, ejecución de la práctica constituye el riesgo asegurable; en consecuencia el asegurado y beneficiario por ser un seguro patrimonial, de daños es el titular del interés asegurable, en este caso el acreedor de las obligación principal.

En segundo término nos referimos a los elementos esenciales del Contrato de Seguro frente al Seguro de Cumplimiento para lo cual nos encontramos con el interés asegurable, el riesgo y la obligación condicional del asegurador, advirtiendo sobre la prima que es el precio que sobre las tarifas existentes se cobrará en cada caso.

El interés asegurable es aquel que tiene el acreedor de la obligación garantizada, consistente en los perjuicios que sufriría por la inejecución de la misma; ningún otro interés relacionado con el cumplimiento de tal obligación sería asegurable, por el carácter de directo y económico que este tiene.

El riesgo lo constituye la obligación garantizada la cual exige los requisitos para la existencia y validez de todas las obligaciones, la determinación del deudor y un plazo o condición para su exigibilidad ya que mal podrá garantizarse una obligación en mora.

Este elemento tiene un doble carácter objetivo y subjetivo vinculados a la persona del deudor y al contenido de la obligación, a las cuales atiende el asegurador para decidir si acepta o rechaza el riesgo y las condiciones de aceptación. Es importante precisar que no se trata de un seguro eminentemente subjetivo aún cuando la persona del deudor sea de gran importancia.

La obligación condicional del asegurador consiste en que si el deudor incumple su obligación y este incumplimiento le es imputable, el asegurador indemnizará los perjuicios a que haya lugar con sujeción a la suma asegurada. Es importante anotar que si el incumplimiento no le es imputable al deudor no nace la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador.

El efecto propio de este contrato es la translación de los riesgos liberándose el patrimonio del acreedor de la posibilidad de pérdida que implicaba el eventual incumplimiento del deudor; pero como efecto mediato, no por ello menos importante debemos anotar la garantía adicional con que cuenta la obligación principal, elemento

que otorga grandes facilidades al tráfico jurídico y permite de manera ordenada un más fácil desplazamiento de la riqueza al pulverizar los riesgos que se aseguran.

Cabe ahora preguntarse el régimen legal aplicable a esta especie de seguro, para lo cual debe tenerse en cuenta su naturaleza de seguro patrimonial.

Es cuestionable la vigencia de los preceptos consagrados en el Código de Comercio en el título del Contrato de Seguro, cuyo régimen le es aplicable al Seguro de Cumplimiento; sin embargo la doctrina nacional se halla dividida en torno a la vigencia de la ley 225 de 1938 y los decretos reglamentarios de 1939 y 1954 ya anotados, tomando como base distintas interpretaciones del Artículo 2033 del Código de Comercio.

Dicho texto reza. “Este código regula íntegramente las materias contempladas en él, consiguientemente quedan derogados el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo adoptados por la Ley 57 de 1887 con todas las leyes y decretos complementarios o reformatorios que versen sobre las mismas materias exceptuados solamente las que determinan el régimen de una entidad sometida al control de la Superintendencia Bancaria, y arguyendo que el Código de Comercio no reguló íntegramente la materia de los Seguros de Manejo y Cumplimiento y que tan solo se derogan parcialmente aquellas disposiciones que comprendían el tratamiento del siniestro y su régimen, subsistiendo las relativas a naturaleza, extensión y objeto de estos seguros, en apoyo de esa teoría se acude a una sentencia del consejo de Estado que se pronunció sobre el texto y contenido con base en estas disposiciones y en la cual el Consejo tácitamente avaló su vigencia. Pensamos que tales normas legales quedaron comprendidas dentro de aquellas que derogó el decreto 410 de 1971 entre otras por las siguientes razones:

- a) La legislación aludida comprendió todo lo atinente al Contrato de Seguro en general, consagró normas especiales para los seguros patrimoniales y aludió al

Seguro de Manejo y al de Cumplimiento al decir las reglas que no le eran aplicables; y la ley del 38 y sus decretos comprendían tales materias.

- b) La ley 225 de 1938 y los decretos 1348 de 1939 y 2950 de 1954 regulaban materias comerciales consagrando el régimen aplicable a los Contratos de Seguro de Manejo y Cumplimiento lo que constituye reglas para un contrato comercial típico y en particular para dos de sus especies más importantes.
- c) Finalmente mal puede pensarse que tales normas consagrasen un régimen legal especial para el seguro otorgado en favor de entidades de carácter nacional o de la nación misma, toda vez que en ella se leen los mismos principios consagrados en el Código de Comercio y de otra parte los criterios especiales a que se acude, que no tienen el carácter de exceptivos, obedecen a la naturaleza misma de la contratación administrativa lo que no significa especialidad en el Contrato de Seguro, sino unidad en su ejecución.
- d) No sobra agregar que el Decreto 150 de 1976 en sus Artículos 48 a 64 consagra las normas especiales de contratos administrativos y dispone la forma como se otorgarán las garantías cuando estas sean pólizas de seguro, para lo cual faculta a la Contraloría de la República para expedir la reglamentación pertinente, la que no ha sido expedida y mal puede comprender provisiones contrarias a las normas comerciales propias del Contrato de Seguro.

Concluamos este aparte anotando que si bien la Ley 225 de 1938 y sus decretos reglamentarios constituyeron una importante innovación de nuestro régimen de seguros y ampliaron la gama de garantías otorgables por quienes contrataban con la nación, su

derogatoria no admite duda y sus previsiones solo obligan en cuanto a la doctrina que de ella pueda extractarse.

En consecuencia y para terminar los aspectos de noción y naturaleza jurídica de esta figura debemos expresar que se trata de un contrato reglado en nuestro ordenamiento jurídico mercantil, accesorio y de garantía por el cual el asegurador garantiza el cumplimiento de una obligación civil principal, comprometiéndose a indemnizar con sujeción a la suma asegurada los perjuicios derivados del incumplimiento del deudor.

### 4.3 Clasificaciones

Sobre esta materia se encuentran diversas y disímiles clasificaciones según el criterio a que se atiende y según los sujetos amparados.

Los tratadistas Riegel y Miller sobre la denominación de fianza de garantías distinguen entre los siguientes tipos de contratos:

1. **Fianzas Judiciales:** que son aquellas otorgadas como requisito para una transacción legal o una actuación judicial, subdividiéndose en Fiduciarias y Forenses, respectivamente.
  - a) Fianzas Fiduciarias: comprenden a su turno tres grupos así: 1) Testamentarias, 2) de conservación, y 3) de insolvencia según la forma y objeto del contrato.
  - b) Fianzas Forenses: subdivididas en: 1) de medidas preventivas procesales y de desembargo, 2) de costos, y 3) fianzas especiales para otros eventos especiales en que el régimen procesal civil exige garantías especiales.



La exposición realizada en 1974 ante la II Asamblea Panamericana de Fianzas, por la delegación Guatemalteca y que menciona el régimen de algunos países centroamericanos comprende una clasificación que a nuestro entender se aproxima bastante a las exigencias de la lógica jurídica y la técnica aseguradora.

Debe advertirse que esta clasificación denomina a estos seguros FIANZAS, como la casi totalidad de los países miembros de la Asociación Panamericana de Fianzas e involucra como especies del género fianzas (sic) a los Seguros de Manejo y Cumplimiento.

Confiando interpretar fielmente a los autores de esa presentación hemos desglosado la clasificación en cuanto toca únicamente con el seguro de Cumplimiento, el cual comprendería tres (3) clases así:

1. **Judiciales:** que se subdividen en civiles, penales y laborales según la clase de tribunal que exige su otorgamiento.
2. **Administrativas ante el Gobierno:** se trata de aquellas garantías expedidas en favor de entidades de derecho público garantizando obligaciones contractuales con ellas contraídas por terceros y se extienden a: sostenimiento de oferta, cumplimiento de contratos - ejecución - conservación de obras, cumplimiento de pedidos o anticipos.
3. **Exigidas por la ley:** son aquellas garantías que deben otorgarse para obtener ciertas autorizaciones administrativas o de policía o para desarrollar determinadas actividades especiales o para amparar el pago de impuestos, tasas y derechos. Comprenden una variada gama de posibilidades que va desde la posibilidad de conducir vehículos automotores hasta la de portar armas y se vinculan con el desarrollo de

profesiones como las de agente de aduanas, corredor de valores, representante de casa extranjera y otras.

4. **Entre particulares:** comprende este género las posibilidades de garantías que aseguran el cumplimiento de las obligaciones contractuales surgidas entre particulares y que involucren algún concepto de riesgo y son entre otras las de anticipo, conservación de obras, contratos de suministro, arrendamiento, crédito, ejecución de obras, etc.

En México se distingue entre fianzas de empresa<sup>3</sup> judiciales, gubernamentales y particulares siguiendo lineamientos similares a los aludidos anteriormente.

La legislación y doctrina argentinas tratan esta forma de seguro como una típica fianza especializada y de empresa basándose en su estructura jurídico-comercial y denominándolo genéricamente como un seguro de caución, asimilando el asegurador al fiador y denominando al deudor como fiado y distinguen entre contratos con la nación y entidades de derecho público, garantías aduaneras, cauciones judiciales, suministros, servicios y seguros de caución para obras privadas; clasificación ésta que con algunas variaciones terminológicas y de especialidad, sigue los lineamientos de las anteriores enunciadas.

Entre nosotros Hernando Galindo en su texto sobre Seguro de Fianza en Colombia presenta el Seguro de Cumplimiento dividido en fianza de cumplimiento y garantía de cumplimiento de contrato sin expresar, aún cuando lo menciona, si el Seguro de Caución Judicial corresponde a este género.

Finalmente sobre un análisis de la tarifa uniforme de cumplimiento adoptada por la Unión de Aseguradores Colombianos, veremos la clasificación que desde el punto de vista eminentemente técnico se admitió para este seguro.

---

<sup>3</sup> Denominación propia de la Legislación Mexicana en donde este tipo de seguros los otorga una compañía afianzadora especializada, distinta a las aseguradoras pero con una estructura muy semejante

La antedicha tarifa de costos cuenta con la correspondiente aprobación de la Superintendencia Bancaria.

Inicialmente se expresan garantías de anticipo y cumplimiento del contrato, luego se advierte la de licitación, ejecución de obras, suministro, estabilidad, conservación o buen funcionamiento; pago de salarios y prestaciones legales, cumplimiento de disposiciones legales, cláusulas penales o sanciones pecuniarias; garantías particulares para contratos especiales y constitución de hipotecas.

Esta clasificación que si bien obedece al criterio de costos y tarifación de cada póliza en particular atendiendo al objeto del amparo, no satisface las necesidades de la técnica jurídica no consulta los criterios obligados en esta materia.

A continuación ensayaremos una clasificación que consideramos adecuada para la estructura de nuestro ordenamiento jurídico.

a) **Según la clase de obligación garantizada:**

1. De dar
2. De hacer
3. De no hacer

Aún cuando ya expresamos que la obligación del asegurador solamente puede ser de dar - entregar una suma de dinero - ésta clasificación es importante para la tarifación, la selección de riesgos y el alcance de las pólizas.

b) **Según el número y clase de obligaciones garantizadas:**

1. Simples
  - 1.1. de una obligación
  - 1.2 de varias obligaciones similares

2. Complejas

c) **Según el sujeto:**

1. Ante entidades de derecho público
2. Entre particulares

Esta división es importante para determinar el régimen legal que le es aplicable a cada una según que el contrato tenga carácter administrativo o comercial, claro está que el régimen a que nos referimos hace mención al contrato garantizado toda vez que el de seguro tiene el carácter de comercial.

d) **Según el origen de la obligación garantizada:**

1. Legal
2. Convencional
3. Judicial

La presente distinción cobra relevancia frente a las normas de interpretación que rigen los conflictos surgidos con ocasión de la ejecución o inejecución parcial o total de la obligación principal.

e) **Según el objeto garantizado:**

1. De obligaciones puras y simples
2. De obligaciones condicionales
3. De cláusulas penales
4. De sanciones pecuniarias
5. Mixtas

f) **Según la naturaleza de la obligación:**

1. De obligaciones principales
2. De obligaciones accesorias

g) **Según el tipo de obligaciones:**

1. Civiles y comerciales
2. Laborales
3. Administrativas

No incluimos la denominación de penales que traen algunos tratadistas porque consideramos que solo son susceptibles de garantías las obligaciones civiles derivadas de una infracción a la ley penal y que por razones de sobra conocidas se debaten en procesos penales más no por ello adquieren tal carácter ya que su fuente es la responsabilidad civil contractual.

h) **Según su vigencia:**

1. A término definido
2. A término Indefinido

Las garantías de las obligaciones de no hacer por principio deben ser a término indefinido y tratándose de Seguros de Cumplimiento sería aceptable una liquidación anual para efectos de sus costos y primas, la que supone que pendiente el cumplimiento de tal obligación se renueve consecutivamente la póliza.

Estamos confiados en que esta clasificación recoja los conceptos a los cuales pueden extenderse las pólizas de Seguro de Cumplimiento y consulte de manera real las necesidades de precisión en esta materia.

Omitimos la mención a cauciones o pólizas judiciales en razón a que, en nuestro entender, esta especie de garantía, otorgable por compañías de seguros, no corresponde totalmente a la naturaleza del Seguro de Cumplimiento aún cuando se presentan notas comunes entre estas.

#### 4.4. Marco Legal

Ciertamente el contrato de Seguro de Cumplimiento tiene el carácter de negocio jurídico comercial reglado en cuya sana ejecución y desarrollo tiene marcado interés el ordenamiento jurídico, por lo cual lo ha rodeado de numerosas normas de orden público que limitan la acción de los particulares y su libertad contractual dejando un campo, igualmente vasto, para los desarrollos convencionales. En consecuencia las normas del Código de Comercio, Libro IV, Título V, Capítulos I y II le son aplicables al presente seguro interpretándolas de acuerdo con el espíritu del mismo (Artículo 1036 a 1136), con muy pocas excepciones.

En segundo término debe acudir a las normas generales que regulan las garantías de las obligaciones para lo cual, en observancia a lo preceptuado por los Artículo 1 y 2 del Código de Comercio, debe tomarse las normas pertinentes del Código Civil habida cuenta que la legislación comercial no consagra previsión aplicable analógicamente en esta materia.

El ordenamiento civil consagra importantes reglas en el Título XXXV del Libro 4 relativo a la fianza que por su carácter deben aplicarse en el presente caso.

En primer término recordamos los textos de los Artículos 1501, 1603 del Código Civil relativos a los elementos de los contratos y su clasificación en esenciales, de la naturaleza y accidentales para determinar cuales son esenciales o naturales al Seguro de Cumplimiento y en consecuencia cual es su marco legal.

Ya definimos que el Contrato de Seguro de Cumplimiento por su propia estructura exige los elementos esenciales del seguro en general y por su carácter de garantía le pertenecen las normas propias de estas, circunscribiéndose de esta manera su régimen legal.

Sobre el interés asegurable, el riesgo, la prima y la obligación condicional del asegurador ya tratamos restándonos ahora referirnos a las garantías para lo cual tomaremos los Artículo 2361 y siguientes del Código Civil extractando los principios que consulten la naturaleza y objeto del Seguro de Cumplimiento.

De lo expresado sobre la fianza en el Capítulo precedente concluimos que la convención accesoria debe extenderse al amparo de los riesgos de incumplimiento del deudor principal sin que pueda admitirse que el asegurador goza de los beneficios propios del fiador.

La anterior aseveración se fundamenta en que si el asegurador gozara del beneficio de excusión el siniestro exigiría dos condiciones: una el incumplimiento del deudor y otra la ejecución coactiva contra este para en subsidio perseguir la obligación contra el asegurador y este sería un verdadero fiador para lo cual se requeriría una manifestación de voluntad y no la celebración de un Contrato de Seguro.

Igualmente el beneficio de división, institución propia de los cofiadores no tendría aplicación toda vez que los aseguradores, si fuesen más de uno, diseminarian los riesgos a través del coaseguro lo que significa ser dos Contratos de Seguros independientes entre si que generarían cada uno sus propias obligaciones.

En segundo término creemos que la vigencia del seguro debe extenderse hasta la fecha de cumplimiento de la obligación principal o de constitución en mora del deudor según el caso, ya que de otra manera el seguro no comprendería riesgo asegurable y en consecuencia mal podría producir efectos una amparo que expirara cierto tiempo antes de la fecha en que deba cumplirse la obligación, puesto que el siniestro para que sea indemnizable a la luz de las normas comerciales debe estar amparado y ocurrir durante la vigencia de la póliza.

En otro sentido entendemos que el asegurador puede comprometerse a menos o en condiciones menos gravosas que las del deudor principal.

Las relaciones entre el acreedor de la obligación principal, asegurado y el asegurador se rigen por los términos y normas propias del Contrato de Seguro para lo cual no puede acudirse a las previsiones del Código Civil sobre efectos de la fianza para existir reglas propias en la ley comercial; igual suerte se predica de las relaciones entre el asegurador y el deudor de la obligación garantizada para efectos de la acción subrogatoria, su ejercicio, excepciones, etc. En consecuencia habrá lugar a la pérdida del derecho a la indemnización solamente en los casos expresamente regulados, por el Código de Comercio y la indemnización se pagará en los plazos y previos los trámites allí consignados.

Finalmente vemos que la terminación de este Contrato de Seguro debe acoger en parte los supuestos de los Artículos 2406 a 2408 del Código Civil para concluir que mal puede terminarse el seguro por decisión unilateral del asegurador debiéndose en este caso obtener la aquiescencia del asegurado acreedor, al paso que este último si puede relevar al asegurador. Los restantes causales de terminación del Contrato de Seguro son aplicables al presente sin distingo de ninguna especie.

Claro esta que el régimen particular de algunos tipos de Seguros de Cumplimiento observa otras disposiciones legales como los que se celebran con la nación o entidades de derecho público, tema que aquí no tratamos porque su relevancia toca con condiciones particulares que algunos contratos a los cuales aludiremos en el aparte siguiente.

#### **4.5. Objeto del Seguro de Cumplimiento**

Retomando lo expresado sobre la noción del Seguro de Cumplimiento, este tiende a garantizar el cumplimiento de



obligaciones civiles de muy diversa índole consistiendo el compromiso del asegurador en pagar los perjuicios derivados del incumplimiento del deudor y con sujeción a la suma asegurada, sea cual fuere el carácter de la obligación amparada.

Este aparte del seguro lo desarrollaremos a través de las condiciones particulares que regirán y circunscribirán el objeto del mismo.

#### **4.5.1. Interés y Riesgo**

Estos comprenderían en principio la satisfacción de la prestación o prestaciones amparadas y en segundo término la indemnización de los perjuicios ocasionados por su inejecución, cuando sea imputable al deudor, por lo tanto al asegurado correspondería probar el incumplimiento y la cuantía de los perjuicios para lo cual se sujetará a las previsiones de la ley procesal.

#### **4.5.2. Siniestro**

Para la presentación de siniestro se exige que el deudor se haya constituido en mora, con mediación del requerimiento en los casos en que haya lugar y la demostración de la imputabilidad del deudor.

#### **4.5.3. Amparos**

En la descripción de las coberturas otorgadas debe aclararse si comprenden perjuicios compensatorios, moratorios o ambos anotando si existe previsión contractual (contrato principal) en tal sentido y si la cuantía expresada allí constituye acuerdo previo sobre el monto de los perjuicios (fijación convencional)

Por tratarse de un seguro y no de una fianza el asegurador podría extender los amparos a los eventos de fuerza mayor, caso fortuito y culpa de un tercero para lo cual solamente tendría acción subrogatoria en el último de los eventos mencionados y la prima a cobrar sería distinta por tratarse de riesgos adicionales siendo también válido lo expresado en el párrafo precedente.

#### **4.5.4. Valor Asegurado**

Esta cláusula tiene gran importancia por cuanto determina la extensión cuantitativa de la cobertura y el límite máximo de protección contratada, elementos de gran interés para el asegurado.

Cobra relevancia el principio de infraseguro y su incidencia en relación con este seguro, para lo cual afirmamos que por tratarse de un seguro patrimonial la suma asegurada debe entenderse como el límite máximo de responsabilidad de la compañía en caso de siniestro y que la pérdida sufrida se indemnizará hasta concurrencia de tal suma sin que haya lugar a aplicación de la regla proporcional.

Es importante mencionar que pueden otorgarse varios amparos con límites propios cuyas indemnizaciones sean o no acumulativas y sujetas o no a una cifra límite por vigencia o por evento para lo cual se combinarán distintos conceptos técnicos y comerciales y se expresará lo pertinente en la póliza.

El amparo de sanciones pecuniarias o cláusulas penales, cuando no constituyen valuación previa de los perjuicios moratorios, escapan al marco legal y a la función del seguro si se aprecia que tal suma de dinero no constituye indemnización para el asegurado toda vez que la acción pertinente subsiste íntegramente en cabeza del acreedor damnificado por el incumplimiento. Igualmente tal concepción desdibuja la naturaleza indemnizatoria restrictiva del seguro toda vez que el pago del asegurador comprendería la indemnización propiamente dicha y la sanción pecuniaria.

Es necesario traer a colación las normas sobre contratación administrativa y cláusulas exorbitantes, en particular las relativas a la caducidad y las multas que de ella se derivan, cuyo régimen especial parecería no consultar lo antedicho en relación con la imposibilidad de cubrirse a través de un Contrato de Seguro, como amparo adicional o principal, sobre el cual es necesario anotar que tales previsiones constituyen en si mismas una valuación contractual, previamente reglada por la ley, de los perjuicios derivados del incumplimiento del contratista garantizado, los cuales hacen parte de la prestación indemnizatoria sucedánea del incumplimientos. Esta afirmación tiene apoyo en la reciente sentencia del Consejo de Estado que declaró inexecutable los Artículos correspondientes del Decreto 150 de 1976 que le atribuían mérito ejecutivo a la resolución que decretaba la caducidad administrativa de un Contrato.

#### **4.6. Normas Legales Aplicables**

Es de suma importancia anotar que las reglamentaciones civiles, comerciales, administrativas, fiscales, aduaneras, de policía y otras que se nos escapan por el momento demandan especial importancia en razón a que su régimen puede gobernar la relación jurídica principal y en consecuencia los alcances de las condiciones sobre los riesgos amparados, extensión de las coberturas y modalidades, siniestros (constitución en mora del deudor una obligación se garantiza), y modo de cumplimiento de la obligación principal; perjuicios que comprende la indemnización y cláusulas penales y sanciones pecuniarias; deben entenderse referidas a los que tales normas expresen e incluido el Contrato de Seguro puede eventualmente verse sometido a la jurisdicción de tales normas en su ejecución (Contratos con la nación).

Desde otro ángulo el régimen legal aplicable debe adicionarse con las normas legales restrictivas que de alguna manera reducen el marco general de utilización del Seguro de Cumplimiento tales como las emanadas de la Junta Monetaria que prohíben el seguro de

crédito individual solidario o en general el seguro de obligaciones nacidas de un contrato de mutuo; igualmente se prohíbe el amparo de multas pactadas en contratos celebrados entre particulares y la cobertura de obligaciones naturales.

#### **4.7. El Seguro de Cumplimiento como Garantía**

La garantía de las obligaciones tiene como ya se expresó una doble finalidad objetiva y subjetiva, vinculándose con el acreedor en cuanto le rodea de seguridad todo o parte de su patrimonio y a tu turno le da un mayor grado de certeza sobre el cumplimiento oportuno de las prestaciones en su favor.

El Seguro de Cumplimiento genera una doble protección como garantía que es, al darle ab-initio una mayor seguridad al acreedor y al satisfacer, en caso de incumplimiento del deudor, la obligación indemnizatoria correspondiente.

Este seguro goza de las ventajas comerciales y administrativas necesarias para la ágil ejecución que hoy demandan las transacciones comerciales, las cuales las más de las veces deben sufrir demoras y trámites considerables y se constituyen en cargas financieras para el deudor cuando se exige garantía real.

La póliza de seguro consulta los presupuestos de las garantías específicas y como ya se dijo, comprende los riesgos propios de cumplimiento de las obligaciones extendiéndose si se quiere a los eventos de caso fortuito o fuerza mayor si el deudor responde contractualmente hasta ese grado, lo que le da una ventaja sobre las garantías mobiliarias o inmobiliarias tradicionales las cuales solamente responden por el incumplimiento imputable al deudor; al igual que el acreedor, el asegurado goza de acción ejecutiva contra el asegurador en los términos del Artículo 1053 del Código de Comercio, acción que no necesariamente asiste a la obligación principal.

Para concluir debe aludirse a la especial ventaja que representa la carencia de beneficio de excusión y la reducción que en costos totales significa este contrato frente a otras modalidades de garantías específicas.

#### **4.8. Función Económica**

La función que cumple este seguro dentro de un sistema económico al igual que su ubicación dentro de tal estructura tanto a nivel nacional como internacional constituye aspecto de gran trascendencia dentro de este estudio en razón de su incidencia en los eventos técnicos y la extensión progresiva de sus protecciones a la más variadas actividades productivas de un país.

Ciertamente la creciente popularización del seguro depende en gran parte de la función que cumplan dentro del proceso económico las distintas coberturas que se ofrezcan y la tendencia de discriminar riesgos, reduciendo los costos en iguales proporciones.

Las actividades industriales, comerciales, agropecuarias y financieras de una nación dependen para su racional desarrollo de las protecciones o seguridades que rodean sus operaciones una de cuyas gamas más importantes la constituyen los contratos que se celebran con miras a intercambiar bienes o servicios de acuerdo con los distintos tipos consagrados por el derecho.

El crecimiento de los sectores que conforman una economía multiplica las relaciones de manera acelerada, llevando consigo las dificultades propias de la enajenación de los bienes o servicios producidos, exigiéndose que cada contratación que se celebre obtenga garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones pendientes y la idoneidad de los bienes que se entreguen o de los servicios que se presten, lo que determinó el origen de la especialización institucional en el otorgamiento de garantías, que fue desplazando rápidamente el sistema de la garantía personal.

La industria del seguro respondiendo a estas necesidades inició a finales del siglo pasado la expedición de contratos de seguro que cumplieran este objetivo, lo que en nuestro país se inició en el año de 1938.

Sin lugar a dudas la función económica del Seguro de Cumplimiento como desarrollo de la figura genérica de la seguridad de las obligaciones, se vincula de manera directa con los aspectos fundamentales de un sistema económico, el primero la estabilidad patrimonial y todos sus efectos indirectos y el segundo, el crédito.

La protección de los derechos de crédito reviste gran valor en la situación actual donde los valores mobiliarios y el ágil desplazamiento de la riqueza han ido mutando el viejo principio romano de que los inmuebles constituían la verdadera riqueza y los muebles incluso se trataban como bienes inútiles, llegándose a las actuales condiciones mercantiles que reglan la función de los derechos credituales y mobiliarios con bastante minuciosidad dada su función dentro de la economía.

Las obligaciones personales se vinculan con la noción de prestaciones valiables en dinero que hacen parte de un patrimonio, las cuales multiplicadas por el número de personas que habitualmente participan en su creación, modificación o intercambio, ya en el ejercicio de profesiones o actividades regidas por el ordenamiento civil, con el carácter de comerciantes o bajo la tutela del derecho administrativo o laboral, constituyen un importante universo de relaciones jurídicas de contenido económico cuya estabilidad o permanencia es necesaria para el desarrollo de un país y por ende de la comunidad mundial.

Muy variadas seguridades se han ideado para rodear de garantías estas relaciones pasando desde la simple promesa del deudor hasta la garantía real desarrollándose figuras intermedias dedicadas a alguna especialidad que han procurado tecnificar y popularizar las garantías.

El Seguro de Cumplimiento se sitúa dentro de estas modalidades intermedias en un lugar de preponderancia por los grandes beneficios que reporta los cuales sintetizamos así:

- a) Se vincula el patrimonio y solidez de una sociedad anónima especializada, al cumplimiento de la obligación.
- b) Se ofrece una garantía de efectos reglados en la ley
- c) Por razón del volumen de obligaciones cuyo cumplimiento se garantiza se tecnifica en mayor grado la prestación del servicio.
- d) Se vincula una sociedad especializada a la vigilancia de la conducta del deudor respecto de la obligación afianzada.
- e) La sociedad que garantiza se halla sometida al control y vigilancia gubernativos.
- f) Se acumula un volumen considerable de obligaciones más o menos homogéneas que significa a la postre una reducción o racionalización del costo de la garantía.
- g) Se evita el acaecimiento de perjuicios adicionales cuando el deudor incumple al percibirse oportunamente la indemnización.
- h) El asegurador recobra la indemnización satisfecha atenuando los efectos negativos que en un patrimonio en particular causaría el incumplimiento.
- i) Se incrementa el número de obligaciones susceptibles de garantía.

Recogemos las más importantes ventajas que para un sistema económico y desde el aspecto puramente patrimonial, representa el Seguro de Cumplimiento.

Desde la óptica de la noción del crédito, el seguro se constituye en una forma indirecta de obtenerlo ya que él no gravita sobre el concepto frío y eminentemente financiero que estructura la función del crédito convencional, el cual se sustenta en un análisis objetivo de la situación patrimonial del deudor y exige en últimas la vinculación de otra garantía que respalde el crédito otorgado.. Según las circunstancias de cada caso, lo que reduce por ende la capacidad de endeudamiento de quien lo solicita, en tanto que este seguro le permite adquirir derechos y obligación (en sentido patrimonial) incrementado su haber, sin que se reduzca su capacidad de endeudamiento en proporción a estos.

En efecto, el asegurador al emitir la póliza permite que se celebren contratos que, de otra manera, no se suscribirían ya sea por falta de garantías o por falta de seguridades subjetivas en el acreedor, ampliando las relaciones mercantiles en proporción con la extensión de sus coberturas.

Adicionalmente, los mecanismos propios de la actividad aseguradora permiten una depuración constante en los posibles deudores, toda vez que sus registros estadísticos y su valuación del riesgo moral o subjetivo, significan una selección útil tanto para la industria aseguradora como la economía en general, puesto que los deudores incumplidos constarán en sus registros y su acción se verá notoriamente restringida.

No sobra agregar que esta protección simplifica las etapas precontractuales, algunas muy gravosas, ya que el titular de la obligación por contraerse no necesitará exigir tantas informaciones como debería si aquel no existiere y podrá ampliar el número de sus contratistas, pues al trasladar los riesgos que ello implica se da paso a gran número de personas que de otra manera no contarían con tales oportunidades.



Finalmente y recordando la principal función del seguro como operación de la diseminación de los riesgos, vemos que en el presente caso hay que mencionar la ventaja que constituye el vincular a un sinnúmero de individuos asegurados, ya que la distribución de unas pocas pérdidas entre muchos patrimonios a través del pago de la prima, garantiza la estabilidad de la corriente económica asegurada y permite, el desarrollo industrial y comercial de un país, libre de los riesgos que ello incorpora.

#### **4.9. Aspectos Técnicos**

Sobre esta materia queremos marcar las diferencias que, con los patrones comunes de los Contratos de Seguro, presenta el de cumplimiento, para lo cual aludiremos tanto a la etapa precontractual como a la contractual.

La selección de riesgos de este seguro tiene una naturaleza particular, por cuanto el riesgo subjetivo juega papel de especial importancia, aún cuando por ello no se deja de lado el riesgo objetivo el cual admite mayor cuantificación y tiene también importantes significados.

El deudor debe analizarse desde todos los aspectos posibles para configurar su conducta habitual frente a la satisfacción de sus obligaciones, su seriedad, moralidad, cumplimiento, profesión u oficio, especialidades, situación financiera y patrimonial, representación, referencias comerciales, nivel promedio de operaciones y organización. Estos factores deben cuantificarse tratándose de personas naturales y jurídicas, respecto del riesgo por amparar, extractándose un claro concepto sobre el deudor y reuniendo la mayor información posible.

A renglón seguido debe evaluarse el riesgo objetivo determinando la clase de obligación, si es de ejecución sucesiva o instantánea, la prestación debida y su naturaleza, el grado de

complejidad, el plazo para su cumplimiento, la estructura técnica y financiera que exige su cumplimiento y su relación con las restantes obligaciones similares a cargo del deudor, el cuerpo y clase de colaboradores o directores cuando sea del caso, el monto de la garantía a otorgar o valor asegurado, las seguridades adicionales tales como interventoría, vigilancia, anticipos, los bienes o servicios que supone la obligación garantizada, el lugar de cumplimiento, los riesgos eventuales a que está expuesto, las posibilidades de ejecución parcial y el régimen legal de la obligación amparada.

Definido y circunscrito el riesgo de acuerdo con lo anterior, se calcula el valor de la prima de acuerdo con las reglas expresadas en las tarifas para el ramo y tomando como base los supuestos técnicos, estadísticos y matemáticos que la informan, se establece el precio del seguro de acuerdo con la vigencia.

Cabe precisar que la duración del amparo o término de vigencia de la póliza admite un análisis distinto frente a este seguro toda vez que no se relaciona de igual manera con la posibilidad de siniestro como en el común de los seguros sino que hace parte de la determinación del mismo, llegándose incluso en algunos casos a presentarse relación inversa entre el grado del riesgo y la duración del plazo, por tratarse del amparo de una obligación a la cual le es propio su plazo y su mayor o menor duración la naturaliza o califica peor no atenúa o agrava los riesgos inherentes a su cumplimiento.

Emitida la póliza se da lugar a la operancia del resaseguro el cual con su doble función de pulverización y homogeneización de los riesgos completa el ciclo de la función del seguro y da el respaldo y solidez necesarios para la actividad del asegurador y su estabilidad económica. El comportamiento del reaseguro no difiere particularmente en este ramo y tan solo debe agregarse que exige importantes funciones del asegurador respecto de la selección de los riesgos.

Es necesario que la naturaleza técnica y jurídica del Seguro de Cumplimiento excluya el principio general de la regla proporcional

derivado del infraseguro, en razón a que el valor asegurado significa el monto máximo de responsabilidad de la compañía.

Como indemnización de los perjuicios moratorios o compensatorios o ambos según el caso, por incumplimiento del deudor y de acuerdo con los términos de cobertura otorgada, por tratarse de una prestación indemnizatoria, el asegurador resarce el daño, hasta concurrencia del valor asegurado (estipulación contractual) pero no en exceso del valor de los perjuicio, pues habría enriquecimiento injusto del acreedor, y si el valor de estos excede de aquel se indemniza por el total del valor asegurado sin que pueda reducirse la indemnización alegando infraseguro, ya que se trata en últimas de una garantía limitada, lo que no quiere decir que el derecho del acreedor no subsista para exigir el pago de la parte de los perjuicios no satisfecha.

Baste agregar para concluir, que el análisis o estimación de la pérdida máxima probable en este seguro, desborda los criterios matemáticos rígidos que en este sentido apoyan el seguro, si se tiene en cuenta que su estimación depende en gran parte de los difícilmente ponderables factores subjetivos esenciales a este riesgo, no obstante admitir una cuantificación aproximada. Dicha noción, necesaria para la organización y desarrollo de la operación del seguro y el tratamiento del reaseguro, no puede desestimarse íntegramente, ni por el contrario adoptarse en su totalidad ya que una política conservadora que la estima igual al valor asegurado sería altamente preventiva pero afectaría la operación financiera de la empresa, máxime teniendo en cuenta que cada caso difiere en mucho de los restantes.

#### **4.10. La Contragarantía**

A propósito del Seguro de Cumplimiento y su naturaleza jurídica, mucho se ha hablado en torno al concepto de las contragarantías, argumentando quienes asimilan este contrato de fianza, que su existencia excluye la presencia del elemento riesgo, a lo cual otro sector importante de la doctrina contra argumenta sobre la base de

que esta solo lo racionaliza y atenúa sin que ello signifique su ausencia.

Procurando seguir dentro de los lineamientos de este estudio entendemos que la presencia de las contragarantías obedece a una doble fuente, la primera, las normas del Código Civil sobre garantías y la fianza y la segunda, los criterios del Código de Comercio sobre el Contrato de Seguro respecto del riesgo asegurable.

El ordenamiento civil expresa que quien afianza o garantiza el cumplimiento de una obligación a cargo de un tercero puede exigir de este el otorgamiento de garantías para la seguridad de su patrimonio en caso de que deba satisfacer la obligación accesoria que contrajo.

Este principio natural al derecho privado, consecuencia de que el deudor garantizado no puede lucrarse de su incumplimiento u omitir su obligación irresponsablemente, simplemente constituye una medida cautelar en beneficio del garante inspirada en sanos criterios de justicia. Principio que por participar el Seguro de Cumplimiento de las características propias de las garantías, le es aplicable en los términos antedichos.

A su turno el régimen mercantil del Contrato de Seguro consagra el riesgo asegurable como elemento esencial del mismo y lo circunscribe al hecho incierto cuya realización da origen a la obligación condicional del asegurador colocando como extremos limitantes los hechos ciertos y los imposibles (Artículo 1054)

Como ya se anotó antes, el riesgo asegurado lo constituye la solución o pago efectivo de la obligación garantizada, lo que depende de muy diversos factores los cuales en forma alguna se excluyen o limitan por la presencia de garantías, cuyo efecto se centra en racionalizar los riesgos asumidos.

Algunos entienden erróneamente que sobre el asegurador debe gravitar una contingencia de pérdida en caso de siniestro lo que es

totalmente equivocado ya que con la operación del seguro matemática, técnica y financieramente está calculada como una actividad mercantil lucrativa por cuya virtud se resarce utilizando dinero de todos, quienes a su vez obtienen a bajo precio una protección adecuada, por lo tanto mal puede trasladarse la noción de riesgo que hace parte del Contrato de Seguro en particular, a la operación aseguradora como actividad económica.

De otra parte el que exista contragarantía se vincula con la acción subrogatoria que la ley le otorga al asegurador que indemniza dirigiendo o dándole seguridades a su ejercicio, lo cual supone terminación del Contrato de Seguro por ocurrencia del siniestro (Artículo 1070, inciso 1º) para su operancia, y en consecuencia mal puede vincularse con el riesgo asegurable, elemento que exige para la iniciación y duración del Seguro.

El otorgamiento de una contragarantía por el deudor a favor del asegurador en forma alguna puede decirse que elimine la contingencia de riesgo sobre el cumplimiento o incumplimiento futuro de la obligación asegurada puesto que, como ya se dijo, aquella se vincula a las relaciones entre asegurador y deudor garantizado, las cuales son extrañas a las coberturas o amparos dados por el seguro y al riesgo a que está expuesto el acreedor asegurado, que a su turno traslado por virtud del contrato.

Sin embargo la contragarantía juega un importante papel respecto de la selección de riesgos, de la aceptación por parte del asegurador del contrato y su tarifación por cuanto se sitúa como atenuante de la azarosidad del riesgo asumido y como racionalizador de los alcances del siniestro y sus costos, tanto de la indemnización como de la acción subrogatoria.

Finalmente debe aludirse a que la contragarantía es un importante factor para decidir sobre la asunción de un riesgo de valores importantes, ya que los efectos financieros de un siniestro gravoso muchas veces inhiben al asegurador a expedir la póliza.

#### **4.11. Especies de Seguros de Cumplimiento**

Dada la variedad de obligaciones susceptibles de garantizarse a través del Seguro de Cumplimiento es necesario mencionar los tipos más sobresalientes de estos los cuales trataremos de resumir precisando sus coberturas, alcances, efectos y régimen legal privativos para lo cual tomaremos un doble criterio analizándolos según la relación jurídica misma y respecto de la persona del acreedor cuando este último factor tenga especial relevancia en los efectos del contrato.

La tarifa del Seguro de Cumplimiento elaborada por la Unión de Aseguradores Colombianos FASECOLDA, y que cuenta con la aprobación correspondiente de la Superintendencia Bancaria recoge muy variadas especies de contratos y obligaciones al expresar la tasa aplicable para el cálculo de la prima.

Debemos advertir que no tomaremos patrón distinto al nacional en este punto, por considerar que las variaciones que se introducirían a estos conceptos carecerían de toda importancia por no ser fruto de nuestra estructura jurídica y en algunos casos por diferir de los principios de nuestro ordenamiento.

Siguiendo lo expresado en el Capítulo relativo a nociones generales de las obligaciones y en lo expresado en el presente sobre la misma materia utilizaremos las clasificaciones de las obligaciones que allí se anotaron, recordando que solo se relacionan con obligaciones civiles.

Como presupuesto necesario para este análisis debemos advertir que, aun cuando no distinguimos los contratos por su régimen legal privativo en cada caso, es de especial trascendencia su puntualización dado que la relación jurídica principal se regirá por aquel que le corresponda y no otro y el estatuto mercantil tomará como supuesto de su operancia sobre el Contrato de Seguro las previsiones de aquel, sin que haya lugar a prelación de un

ordenamiento sobre el otro ya que aquel que corresponda será observado en cuanto a los efectos de la obligación principal, su ejecución y los alcances de su incumplimiento y el comercial solo respecto del seguro mismo. Campos ambos complementarios pero no por ello confundibles.

#### **4.12. Seguro de Cumplimiento de Obligaciones de Dar**

La obligación de dar supone la tradición y entrega de la cosa debida para lo cual se requiere que dentro de las modalidades y plazo de la obligación el deudor sea titular de la cosa debida y transmita dicha titularidad al acreedor.

Para efectos de determinar la responsabilidad del deudor en cada caso al igual que los caracteres de la ejecución coactiva es relevante determinar si se trata de obligación de dar cuerpo cierto o cosas de género, lo cual importa para el asegurador en caso de incumplimiento más no incide sobre la presente clasificación por lo cual nos limitamos a mencionarlo sin desarrollarlo minuciosamente.

Las obligaciones de dar pueden tener origen en un acto, hecho o negocio jurídico, pero debe puntualizarse que el género de obligaciones que exigen el otorgamiento de garantías se circunscriben a las obligaciones a plazo o condicionales que ostenten acción para su ejecución coactiva y que la ley o la convención exigen tal garantía.

Dentro de este tipo de garantías de cumplimiento se comprenden las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, de suministro, permuta y otros que comprenden obligación de dar.

El Seguro de Cumplimiento que garantiza obligaciones de dar presenta particularidades especiales en relación con las partes de la obligación principal y de la cosa debida, de acuerdo con los siguientes conceptos.

La selección del riesgo al igual que el cálculo de la prima y el análisis y contratación del reaseguro, exige la distinción y precisión de las condiciones civiles y comerciales de la persona del deudor, sea natural o jurídica relacionándola con la naturaleza de la prestación debida y el objeto de la misma, sobre todo si se trata de bienes que el deudor deba además producir.

Debe recordarse que bajo ninguna circunstancia puede asegurarse el cumplimiento de obligaciones dinerarias.

En cuanto a las partes de la obligación principal adicionalmente debe tenerse en cuenta si intervienen personas de derecho público o de régimen privado excepcional (estatutos excepcionales) por cuanto las reglas privativas del ejercicio de la función de tales entes se inspiran en un interés público, cuya especialidad predomina sobre las normas rectoras de las relaciones de estricto derecho privado debiéndose en consecuencia seguir los lineamientos de aquellas en cuanto al nacimiento, desarrollo, modificación y extensión de la relación principal y su incidencia respecto del Seguro de Cumplimiento en cuanto a ocurrencia, extensión, liquidación y pago del siniestro, al igual que en torno al tipo y alcances de las coberturas que deben otorgarse.

La obligación de dar se traduce en la tradición y entrega de la cosa debida suponiéndose así dos actos positivos de igual importancia.

La tradición como modo de transmitir el dominio tiene especial relevancia en el campo del análisis del riesgo asumido toda vez que quien tiene la titularidad del bien o cosa debida o los medios idóneos para adquirirla permite tasar con mayor certeza el riesgo.

#### **4.13 Obligaciones de Hacer**



La obligación de hacer comporta la realización de una conducta positiva consistente en la ejecución de un hecho, acto o negocio jurídico incluso, en algunos casos, la de transmitir el dominio realizando un acto constitutivo de un modo de transmisión de los derechos.

Este genero comprende una variadísima gama de obligaciones que presentan tópicos bien distintos, nacidos principalmente de contratos de los cuales resaltaremos los más significativos.

#### **4.13.1. Contratos de Obra**

Por virtud del Contrato de obra una de las partes, denominada contratista, se compromete a acometer las obras a que haya lugar en los términos del acuerdo prestándose el concurso profesional correspondiente y obligándose a entregarlas en los términos de modo, plazo y calidad exigidas y garantizando su idoneidad para el uso a que estén destinadas ya sea contractualmente o por su naturaleza.

En consecuencia, los riesgos que conlleva esta obligación se dividen en cumplimiento de lo debido y garantía de idoneidad y estabilidad de tal obra.

Normalmente estos contratos se realizan entregándose una suma de dinero al contratista a título de anticipo y entregándole luego sumas periódicas cuando han venido utilizándose las anteriores. Igualmente es importante resaltar la importancia que tiene el oportuno cumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del contratista y de sus empleados habida cuenta que el Código Sustantivo del trabajo vincula en algunos casos al dueño de la obra a la satisfacción de la misma.

Lo expresado en los párrafos que anteceden aumenta los riesgos propios del contrato a dos tipos adicionales; el primero, el

manejo y correcta inversión del anticipo y el segundo el cumplimiento de obligaciones laborales.

Finalmente debe anotarse que los contratos en general admiten el pacto de cláusulas penales o sanciones pecuniarias o multas para el caso de incumplimiento lo cual normalmente se entiende como una predeterminación del monto de los perjuicios moratorios de incumplimiento y por su naturaleza eliminan una serie de procedimientos para su cobro coactivo.

Con base en las premisas anteriores debe ahora distinguirse entre contratos celebrados entre personas de derecho privado y contratos en que interviene una entidad de derecho público.

Las normas de contratación administrativa consagran una serie de prerrogativas para la nación y las entidades administrativas cuya imperiosa observancia se relaciona con la existencia y validez del acuerdo mismo, debiendo este último incluir las denominadas cláusulas exorbitantes.

Desde el año 38 la legislación nacional reconoció tal circunstancia y previó que los contratos de seguro que ampara los riesgos propios de los contratos con ella celebrados deberían consultar tales caracteres y ajustarse a lo expresado por el derecho administrativo.

De otra parte y siguiendo la estructura de nuestra administración pública, la Contraloría General de la República debe velar por el patrimonio de la nación, su manejo adecuado y la legalidad y oportuna ejecución de los contratos que aquella celebre. Esta función de origen constitucional ha venido particularizándose en la legislación que rige sobre la materia en estudio, tanto en las leyes de 1938 como en los decretos de 1939 y 1954 ya mencionados y hoy derogados en nuestro entender, antecedentes legislativos que quedaron recogidos en el texto del decreto 150 de 1976 artículo 48 y siguientes, donde se repiten las facultades de la Contraloría sobre este punto y que consisten en fijar las pautas de los Contratos de

Seguro que para amparar los riesgos ya mencionados se celebren con entidades de derecho público, que vinculen su patrimonio como del estado y aprobar los textos correspondientes.

En el año de 1957 la Contraloría General de la República expidió las Resoluciones 1763 y 1810 reglamentando los textos de las pólizas de seguro para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la celebración de cualquier clase de contratos con la nación (sic) y adoptó un modelo de póliza para tal efecto el cual consulta los principios propios del contrato de seguro ajustándolos a los criterios pertinentes del derecho administrativo.

De dicho estatuto debe anotarse que solo en lo relativo a la prueba del siniestro y su cuantía y de los plazos para el pago del mismo se aparta de lo preceptuado por el Código de Comercio.

Cabe advertir que en los términos del Decreto 150 de 1976 la Contraloría General de la República está en mora de producir la reglamentación de los Seguros de Manejo y Cumplimiento toda vez que la Resolución vigente se aparta de lo expresado por el Código de Comercio en cuanto al siniestro, su prueba y el plazo para su pago, en lo cual se conserva una estructura formalista ya desueta, al igual que tampoco consulta los recientes lineamientos del derecho administrativo en cuanto a las resoluciones que decretan la caducidad de los contratos y sus efectos. Basta agregar que la legislación comercial propia del seguro y sus especies no admite excepciones en cuanto a sus normas estructurales y en consecuencia la reglamentación administrativa debe respetar tales lineamientos so pena de sancionarse con ilegalidad.

#### **4.13.2. Garantía de Licitaciones**

Dentro de las normas relativas a la contratación ya sea comercial o administrativa tiene gran importancia el régimen de la licitación pública o privada que no es cosa distinta que una especie de oferta que formulan varias personas dentro de las condiciones del

pliego que emite la otra parte y que se perfecciona cuando se elige la más ajustada y favorable de acuerdo con las condiciones del pliego, surgiendo la obligación de suscribir el contrato correspondiente en los términos ofrecidos.

Quien invita a la licitación necesita la seguridad de que a quien se le otorgue el contrato lo suscribirá y cumplirá oportunamente y le asiste titularidad para trasladar los riesgos del eventual incumplimiento de tal oferente.

Igualmente el oferente a quien se le adjudica la licitación, corre el riesgo, que a su turno puede trasladar. Estos riesgos puede asumirlos una entidad aseguradora precisando su extensión subjetiva y objetiva y aplicando las tasas y criterios que correspondan.

Vale la pena destacar que dada la presentación del pliego de cargos se está en presencia del riesgo de seriedad de oferta, lo que es bien distinto de la concesión del contrato ofrecido.

El hecho que al oferente garantizado no se le adjudique el contrato licitado no puede significar la ausencia del riesgo, simplemente traduce la terminación del mismo y la imposibilidad de siniestro, aspectos éstos que en manera alguna niegan la presencia del riesgo tratado, cual es el de amparar una oferta cierta y una conducta consecuente en caso de ser aceptada por la parte que abre la licitación.

En ningún caso puede hablarse del riesgo condicional en el sentido de que este se concreta al adjudicarse la licitación entendiéndose que nunca existió respecto de las propuestas rechazadas, ya que como se anotó anteriormente el riesgo lo constituye la seriedad de la oferta que se presenta y la formalización del contrato si se adjudica.

Vale la pena destacar que el riesgo así asumido se vincula a una condición especial consistente en que la entidad o persona

licitante adjudique la licitación a la parte garantizada ya que de no ser así más puede hablarse de una obligación a cargo de esta, toda vez que al rechazarse su propuesta y fallar la condición de que pende la realización del riesgo se entiende que esta nunca estuvo presente y en consecuencia, el contrato de seguro que amparaba tales riesgos termina sin haber siniestro.

Algunos han considerado que la condición aludida tiene el carácter de resolutoria y no de suspensiva basándose en que el riesgo nace desde que se formula la propuesta y que su amparo en principio debe expedirse desde la fecha en que se presenta y se modifica al ser aceptada por parte de quien licita concretándose en la obligación de perfeccionar y cumplir el contrato correspondiente.

Esta apreciación merece nuestro rechazo por cuanto durante el período comprendido entre la apertura y el cierre y adjudicación de la licitación que se trata, si se presenta riesgo aun cuando existe un principio de obligación, susceptible de garantizarse y que solo se concreta una vez sea adjudicado el contrato a una parte determinada, lo que no puede dar lugar a confundir la noción de riesgos con la de presupuestos para la contratación a través de este especie de la oferta, ni para extender el amparo a campos donde no se dan los supuestos del seguro.

La asunción de este riesgo trae como consecuencia que una vez adjudicada la licitación y cumplida la obligación por el licitante en cuanto al perfeccionamiento del contrato propuesto, se asumen los riesgos de eventual incumplimiento de este último para lo cual se atenderá a la naturaleza de las obligaciones que de él se deriven.

Es de común ocurrencia que frente a este riesgo se expidan pólizas de carácter permanente para amparar todas aquellas licitaciones en que intervenga el tomador garantizado, restringiéndolas en cuanto a especie, modo y extensión; aplicación particular que no puede entenderse como excepcional ya que igual carácter permanente podría darse a todos los tipos de pólizas de

cumplimiento de acuerdo con su propia naturaleza y siguiendo lo preceptuado por el Código de Comercio en este punto.

#### **4.13.3 Garantía de estabilidad y Buen Funcionamiento**

Quien ejecuta una obra, construye un determinado bien, elabora un producto o termina un proyecto, una vez ha concluido su obligación de hacer correspondiente está sujeto a la de garantizar que el bien, producto, obra o proyecto ejecutados sea idóneo para la utilización a que está destinado y cumpla con las especificaciones técnicas que corresponden a su naturaleza; obligación ésta que si bien careció de importancia durante el siglo pasado y la tercera parte del presente, actualmente y a partir de los años cincuenta ha tomado gran relieve en razón a los progresos de la tecnología y sus aplicaciones de la más diversa índole que comprende la casi totalidad de las actividades del hombre, al igual que la industrialización y el auge de la electrónica han llevado al mundo a adelantos numerosísimos que escapan ya al conocimiento común y demandan una especialización muy avanzada. Desarrollo que ha sofisticado en grado superlativo la obligación de estabilidad, conservación y buen funcionamiento de los bienes así elaborados y que por su complejidad ha exigido especialización en todos los tribunales que conocen de procesos de esta naturaleza.

Esta obligación es eminentemente subjetiva en cuanto se vincula a los cánones de la responsabilidad imputable al deudor por la destrucción o defectos de “la cosa” a que se refiere, apartándose de las cusas objetivas que lo puedan generar.

La industria del seguro por su propia estructura y por sus medios técnicos y económicos de atomización de los riesgos ha sido la llamada a tomar estos riesgos amparando así al titular de la obra o bien al cual se vinculan los riesgos por el tiempo que legal o convencionalmente se exija.

Este seguro por ser consecuencia del de las obligaciones de hacer lo tratamos en este aparte, por cuanto se halla ligado íntimamente a aquel y es en la práctica su complemento necesario.

El sector del seguro trascendiendo el campo restringido de estos riesgos amplió las coberturas a través de los denominados ramos técnicos por cuyos amparos el titular del interés asegurable traslada los riesgos que gravitan sobre su patrimonio cuando este comprende equipos industriales o técnicos especializados amenazados por otros conceptos distintos de los comprendidos bajo el género estabilidad, conservación y buen funcionamiento, enfocando su cobertura sobre un criterio eminentemente objetivo.

#### **4.13.3. Garantías de Cumplimiento de Disposiciones Legales**

La tarifa de la Unión de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA recoge bajo este género diversas especies de seguros que amparan el cumplimiento de obligaciones nacidas de disposiciones legales atinentes a materias aduaneras, de policía, de comercios monopolísticos o reglados, del ejercicio de profesiones o actividades especiales, laborales, administrativas y de comercio exterior.

En nuestro criterio esta denominación al igual que el concepto que incorporan merecen reparo por cuando no se trata de amparar el cumplimiento de disposiciones legales sino de obligaciones surgidas de las mismas con ocasión de una situación particular del individuo.

La naturaleza de una disposición legal incorpora su obligatoriedad para todos los habitantes de un territorio sin que su observancia admita excepciones o garantías particulares pues es inherente el carácter del desarrollo de la vida social de un país o circunscripción territorial.

El desarrollo de la vida social y de su ordenamiento admite situaciones particulares excepcionales que se vinculan con una o varias personas en razón de su actividad, creándose

individualizaciones frente a la ley que demandan reglas excepcionales para su control y ejercicio y para precaver de los efectos desfavorables de las mismas.

En este orden de ideas el derecho y la administración gubernativa dan origen a tal situación y la reglan, exigiéndole a quien se beneficie de la misma, una garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones que le impone al otorgante el estatuto especial exigiendo que la misma comprenda el período de tiempo en el cual se mantendrá tal situación.

Igualmente quien se coloca en una determinada situación puede modificarla otorgando las garantías pertinentes que advierta la ley.

Esta clase de garantías susceptibles de ampararse a través de un Contrato de Seguro se vinculan directamente con la noción de riesgo subjetivo y dependen en gran parte de la legislación de orden público, que gobierna el ejercicio de la actividad particular de que se trate.

#### **4.14 Obligaciones Varias**

Finalmente mencionaremos la importancia que tienen algunas obligaciones que por razones de especiales circunstancias sociales o comerciales, tales como las derivadas del Contrato de Arrendamiento, las del contrato de prestación de servicio técnicos o especializados, las de contratos de espectáculos o funciones, las del agente, comisionista o depositario, las del contrato de compraventa con pacto de retroventa, las del contrato de cuidado y prevención de fondos ganaderos, las del arrendamiento de espacios de televisión y radiodifusoras y la de constitución de hipotecas.

La anterior enumeración recoge los principales tipos de pólizas que a más de las ya tratadas, trae la tarifa de una Unión de Aseguradores Colombianos, las cuales tratamos en un solo aparte por cuanto su desarrollo y caracteres se gobiernan por los principios



señalados en el presente Capítulo prevaleciendo aquellos que consulten la naturaleza de cada uno de ellos. También resaltamos que presentan en común el hecho de que su establecimiento obedece a reglas sociales o comerciales o corrientes y tendencias político económicas del desarrollo de un determinado medio ya que se refieren a actividades económicas o técnicamente especializados o a labores que implican un mayor riesgo para quienes participan en la relación jurídica correspondiente, debiendo por lo tanto rodearse de una mayor seguridad su ejercicio.

Para concluir, cabe advertir que algunas de las actividades allí enumeradas merecen mayores ventajas o prerrogativas que a su turno implican mayores riesgos, en razón a la función social que cumplan.

## Capítulo V

### 5. SEGURO DE MANEJO

#### 5.1 Definición y Características

Aún cuando esta especie de seguro difiere sensiblemente del de Cumplimiento, ya estudiado, consideramos necesario advertir que al igual que éste, se trata de un seguro de garantía encaminado a amparar el cumplimiento de terminados deberes en los términos y condiciones que se contraen.

#### Definición Legal

De los Artículos 1° y 2° de la Ley 225 de 1938, hoy derogada, se desprende que el Seguro de Manejo es aquel por el cual se garantiza el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables.

La presente definición supone una relación de dependencia de trabajo entre la persona obligada a obtener la garantía y la entidad amparada y que aquélla maneje, administre o tenga ingerencia sobre bienes, fondos o valores de esta última.

Debemos precisar que el ejercicio de cargos públicos exige en los casos especiales el otorgamiento de garantías que amparan el correcto manejo de bienes o valores.

Es necesario advertir que la obligación garantizada, si se permite tal denominación, es de no hacer, pero la abstención que ella implica no se deriva de un acuerdo de voluntades o de un acto o hecho jurídico, sino que es propia de un régimen jurídico y del recto

proceder de las personas, toda vez que el riesgo que por éste seguro asume consiste en la eventualidad de que quien se garantiza atente de cualquier manera contra el patrimonio del asegurado.

El riesgo consiste en amparar un deber de conducta radicado en cabeza de quien se garantiza y cuya trasgresión puede llegar a constituir violación a la ley penal, elemento éste, que si bien tiene gran relevancia para el Seguro de Manejo, no es esencial a su naturaleza, ni tiene el carácter de presupuesto necesario para el siniestro o su prueba.

## **5.2. Naturaleza Jurídica y Características**

Lo dicho respecto de la naturaleza y características del Seguro de Cumplimiento, se presenta sin distinciones en el presente Contrato de Seguro de garantía al cual se aplican los mismos criterios y principios generales allí contenidos.

Claro está que el riesgo asumido en una y otra especie es bien distinto consistiendo en esta en la realización de conductas patrimonialmente dañosas para el asegurado, en algunos casos tipificadoras de delitos contra la propiedad, admitiéndose previsiones contractuales en tal sentido que no por ello restringen el amparo a los meros delitos, al paso que en aquella se amparaba una relación de derechos específica, nacida de un acuerdo de voluntades, carácter que como ya se vio no tiene la conducta objeto de garantía para el Seguro de Manejo.

Las normas rectoras de las relaciones sociales reprimen las conductas derivadas de su orden como una función propia independiente del daño que se cause, y a su turno tutelan los derechos de los particulares que puedan resultar menoscabados por la conducta reprochable.

En esta materia debe acudir a la legislación penal como fuente interpretativa de gran incidencia dado que parte de los

riesgos que se amparan corresponden a tipos penales. (Delitos y contravenciones).

Los perjuicios que derive una persona por la comisión de un delito constituyen el riesgo asegurable que se ampara, trasladado por quien se halla expuesto y su interés asegurable no es cosa distinta que el interés que tiene en que su patrimonio no se menoscabe por la acción de terceros.

El siniestro o realización del riesgo consiste en la comisión de una falta contra el deber de conducta que obliga a toda persona por vivir en sociedad y más cuando tiene una relación laboral, civil o incluso comercial, con un tercero, que implique confianza en el proceder del individuo, colocado en situación de mayor posibilidad de faltar al deber, conducta que bien puede hallarse tipificada como violación a la ley penal o no, sin que por ello se desdibuje su carácter de siniestro. Es necesario que tal conducta reprochable, genere perjuicios patrimoniales para el asegurado, elemento objetivo del siniestro, ya que de no ser así habría lugar a indemnización. La prestación a favor del asegurado, consiste pues, en el valor de los perjuicios causados por el sujeto garantizando, con sujeción a la suma asegurada.

Por regla general los riesgos amparados comprenden los delitos de robo, hurto, abuso de confianza, peculado, estafa y falsedad, delitos contra la propiedad.

Las partes de este Contrato de Seguro podemos individualizarlas así:

**Tomador:** Quien como titular de unos bienes o valores traslada los riesgos derivados de que estos sean manejados por un tercero, empleado o mandatario suyo, que gravitan sobre su patrimonio, en los eventos que este atente contra tal patrimonio. Cabe preguntarse si el dependiente o mandatario aludido, podría actuar con el carácter de tomador, habida cuenta de las previsiones del Artículo 1055 del Código de Comercio que advierte que el dolo, la culpa grave y los

actos meramente potestativos del tomador son inasegurables. Sobre los actos meramente potestativos del tomador nos remitimos a lo expresado en el Capítulo precedente.

En lo tocante a la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave del tomador, cuando éste sea el “deudor garantizado” debe interpretarse el Artículo 1055 integrándolo con el Inciso 2º del Artículo 1099 del mismo Código que advierte que la acción subrogatoria procede contra el asegurado si el siniestro proviene de dolo o culpa grave de quien él responde civilmente en los términos de la ley. Prima facie se concluiría que el tomador no podría asegurar los perjuicios derivados de un dolo o culpa grave (únicos presupuestos de la culpabilidad como elemento de la infracción a la ley penal) en razón a la restricción del Artículo 1055, sin embargo sobre su cabeza se sitúan los riesgos de eventuales pérdidas patrimoniales por la acción de indemnización de perjuicios nacidos de la responsabilidad civil que por su acción le sea imputable.

Esta clase de riesgo, que podríamos denominar de segunda instancia, sería ciertamente inasegurable ya que un contrato que tuviese tal finalidad, riñe a todas luces, con el orden jurídico y moral de un sistema legal, habida cuenta que quien de manera ilícita e injusta incrementa su patrimonio en detrimento de un tercero, mal puede pretender salvaguardia de su incremento patrimonial a través de un contrato de seguro, que lo dejará indemne del desembolso por los perjuicios causados.

Quien obtiene un acrecimiento en sus bienes por violación del deber de conducta a que hemos hecho referencia, carece de título para su enriquecimiento y se halla obligado a indemnizar los perjuicios causados por su proceder. Si tal obligación se traslada a través de un contrato de seguro se llegaría al absurdo de mantener intacto el enriquecimiento ilícito percibido por el agente que violó su obligación, contrato que a más de lo anterior, sería nulo tanto por el objeto ilícito como por no tener el carácter de indemnizatorio, pues el pago de la obligación del asegurador, si la hubiese, sería fuente de enriquecimiento para el agente.

Cabe ahora precisar si respecto de la misma norma podría entenderse que actuara como tomador el empleado o mandatario garantizado, para lo cual es de gran importancia el inciso 2° del Artículo 1099 cuando este advierte que en el Seguro de Manejo procede la acción subrogatoria cuando el asegurado (sic) es el responsable del siniestro. Acudiendo a las normas sobre interpretación de la ley debe concluirse que el legislador quiso expresar en esa hipótesis la viabilidad de repetir contra el tomador toda vez que interpretación distinta llevaría a un absurdo supuesto, que para que haya siniestro se exige que la persona garantizada cometa un delito, persona que nunca puede ser el asegurado y sí eventualmente el tomador.

Sobre esta premisa el Artículo 1099 introduce una excepción a la norma general del Artículo 1055 privativa de los seguros de garantía (manejo, cumplimiento y crédito) en consideración a la naturaleza misma de los riesgos que se asumen y a la importante función económica que cumplen.

Baste agregar que la calidad de tomador es predicable de la persona cuya recta conducta se garantiza.

Sobre este aparte de naturaleza jurídica volveremos al tratar de las distintas especies de Seguro de Manejo, agregando que este seguro a diferencia del de Cumplimiento no tiene carácter de accesorio de la relación jurídica garantizada, por cuanto el riesgo se halla presente durante toda la vigencia del contrato sin que pueda entenderse que se agrava o mengua durante tal período. En igual sentido afirmamos que si bien este seguro exige la presencia del deber de conducta garantizado, no por ello tiene el carácter de irrevocable mientras tal deber subsista, pues el asegurador tiene libertad para asumir los riesgos que desee y durante el tiempo que estime conveniente, sin que por ello se asimile el contrato de seguro autónomo que celebra, a una garantía en estricto sentido, pues la garantía es una institución propia de las obligaciones, por cuya virtud un tercero se vincula a su solución efectiva elemento éste que

no se da en el presente contrato, cuyo objeto no es otro que el de asumir el pago de los perjuicios derivados de la transgresión de un deber de conducta, si esto ocurre en los términos y condiciones del contrato de seguro y la vigencia de éste es una de ellas, por lo cual a este seguro no le predica la irrevocabilidad por parte del asegurador que naturaliza al de cumplimiento.

### **5.3. Función Económica**

En el marco de la actividad estatal, industrial y mercantil de una economía constituye un factor de importancia la garantía del recto manejo de bienes y valores tanto del estado como de particulares, pues se rodea la función de una seguridad tal que los riesgos patrimoniales se minimizan para el titular del bien y a su turno se persigue, como acción empresarial el resarcimiento de los perjuicios causados por actos delictivos. La función pública por su carácter exige garantías importantes de parte de quien va a desempeñar tales cargos y las relaciones sociales demandan diariamente mayores protecciones para los patrimonios individuales.

El restringido, pero no por ello menos importante, campo en que tiene aplicación este seguro absorbe una variada gama de posibilidades de pérdida cuya adecuada protección atomiza los efectos negativos de los siniestros sobre los factores económicos productivos, lo que a todas luces constituye un gran beneficio para el sistema y sus participantes.

Conviene resaltar que esta noción de función económica, tiene incidencia sobre la organización y administración empresarial, puesto que particulariza e individualiza cada uno de los riesgos que en esta especie, afectan a un patrimonio en particular, dotando a través de la experiencia, de medidas preventivas que reducen los eventos de pérdida y facilitan la investigación de las mismas, al exigir como obligación del asegurado, el establecimiento de controles adicionales y la realización de verificaciones periódicas sobre sus haberes.

Finalmente es necesario relevar el efecto positivo que sobre la repetición de las conductas delictivas ejerce el sistema asegurador al vincular su concurso a la prevención y castigo de los mismos ya sea subrogándose en las acciones del asegurado, como diseñando mejores y más ágiles controles.

#### **5.4 Estructura Técnica**

Las precisiones anotadas en el Capítulo del Seguro de Cumplimiento en cuanto a esta materia, tienen aplicación frente a este seguro en cuanto al cálculo y ponderación de los distintos elementos necesarios para la organización técnica de las coberturas que este comprende, restándonos advertir que la información en cuanto al sujeto cuya conducta se va a garantizar es de gran importancia, al igual que el conservar estadísticas de siniestralidad clasificadas por actividades, funciones y personas responsables. De otra parte juega papel importante el contar con una adecuada información sobre la persona o entidad asegurada cuya experiencia anterior, volumen de pérdidas y número de siniestros, que comprenda un período significativo, traduce para el asegurador, la naturaleza, carácter y efectividad de los controles internos con que cuenta el asegurado, concepto que permite establecer con mayor certeza el alcance del riesgo asumido y su atenuación o agravación según el caso.

##### **5.4.1 Especies**

Este seguro presenta importantes modalidades que pretendemos agrupar en grupos de acuerdo con los siguientes criterios.

1. Según el sujeto garantizado:
  - Individuales
  - Globales o colectivos



2. Según el asegurado:
  - Entidades de derecho público
  - Particulares, comunes o especiales
3. Según los riesgos:
  - Clasificación por funciones
4. Mixtas

El primer grupo comprende las pólizas de seguro que amparan riesgos propios de la función de un solo empleado o dependiente circunscribiendo la cobertura a los perjuicios patrimoniales derivados de los actos “ilícitos” cometidos por el garantizado de acuerdo con las condiciones del contrato; y las pólizas colectivas o globales que incluyen varias personas que tienen vinculación laboral, civil o comercial, de dependencia con el asegurado, combinando protecciones según los riesgos que incorpore la labor de cada uno en particular. También se otorgan coberturas que amparan los cargos como tales sin sujeción a que persona determinada los desempeñe.

Los tratadistas Riegel y Miller siguiendo la denominación más común titulan estos seguros como fianzas de fidelidad presentando una clasificación similar a la precedente y haciendo un análisis de las ventajas prácticas que cada uno de los tipos presentan respecto de los restantes, de acuerdo con las necesidades del asegurado <sup>4</sup> y destacan como grupos importantes los siguientes:

1. Fianzas Comerciales:
  - a) Nominales
  - b) De posición
  - c) De descubrimiento
  - d) Globales

---

<sup>4</sup> Seguros generales Principios y Prácticas. ROBERT RIEGEL., JEROME S. MILLER. Editorial Continental, México D.F. 1977

2. Fianzas Colectivas de Institución Financiera:

- a) Banqueros
- b) Corredores
- c) Otras formas

3. Otras fianzas

Los seguros de Manejo Globales presentan diversas modalidades tanto en los amparos básicos (personas o cargos) como en las alternativas adicionales de extensión que si bien en unos casos cobijan las pérdidas descubiertas durante la vigencia de la póliza, aún cuando el siniestro haya ocurrido en períodos anteriores, en otros extiende su amparo a un período posterior a la fecha de su vencimiento, restringiendo incluso en algunos casos a amparar las pérdidas descubiertas ocurridas durante vigencias anteriores.

Estas modalidades de Seguro de Manejo que comprenden el riesgo subjetivo de gran utilización en otros países, como los Estados Unidos, no tienen aceptación en nuestro medio por las disposiciones legales rectoras de los seguros patrimoniales y de daños que excluyen la posibilidad de asegurar el riesgo putativo, riesgo al cual se circunscriben los seguros que amparan las pérdidas descubiertas durante la vigencia y ocurridas en períodos anteriores.

La distinción que hacemos bajo el 2º numeral se explica en razón a que la ocurrencia del siniestro y su extensión, al igual que el régimen legal aplicable en cada caso es bien distinto si el asegurado es una entidad de derecho público a un particular rigiéndose el primero por unas normas privativas de su naturaleza y los segundos por las normas comunes.

De otra parte es importante advertir que las funciones públicas que exige el otorgamiento de Seguros de Manejo, requieren disposición legal en tal sentido que por vía general o en particular la

exija, al paso que en las relaciones entre particulares tal exigencia nace de un acuerdo.

A su turno la distinción entre comunes y especiales dice relación a la diferencia entre las pólizas BLANKET que amparan gran variedad de riesgos propios de la actividad especializada del asegurado, generalmente del sector financiero extendiendo las coberturas a riesgos tales que podríamos denominarla como pólizas de amparos múltiples.

Actualmente las pólizas de manejo blanket de mayor utilización son las que amparan a los bancos e instituciones financieras afines y a los corredores de bolsa de valores.

Estos contratos además del amparo principal de fidelidad (sic) de los empleados, dependientes y mandatarios comprenden los de robo, hurto, desfalco de bienes valores y algunas modalidades especiales de lucro cesante, aún cuando el acto delictivo lo cometa un tercero.

Al igual que algunas especies de pólizas globales éstos no exigen que se pruebe, por parte del asegurado, que el delito lo cometió un funcionario o persona determinada, como si lo exigen las pólizas individuales o nominativas <sup>5</sup>.

Otra característica importante de las pólizas blanket consiste en sus valores asegurados globales y por artículos que dan altas coberturas y los montos del deducible global y por artículo que es también una cifra alta en comparación con el común de los que se pactan.

El tercer aparte que distingue según los riesgos asumidos, se particulariza para efectos de las distintas clases de empleados que cobija este seguro, clasificándolos por funciones o cargos.

---

<sup>5</sup> Ver 3

La tarifa de Seguro de Manejo de la Unión de Aseguradores Colombianos FASECOLDA divide tales funcionarios en tres (3) clases A, B, C, según el carácter con que manejen, administren o dispongan de bienes o valores del asegurado, erigiendo como grupos aparte los funcionarios públicos y los agentes viajeros o vendedores en razón a la naturaleza de sus labores.

Esta clasificación tiene gran importancia para efectos de las tasas aplicadas en cada caso y las garantías propias del seguro.

Finalmente las pólizas de manejo mixtas son aquellas que combinan varios tipos de los anotados, otorgando los amparos que se adecuen a las necesidades del asegurado, dándole lugar a coberturas complementarias y suplementarias de otras, sean o no de la misma póliza llegándose incluso a complejas combinaciones cuando se presentan empresas de distintas actividades.

No podemos concluir este capítulo sin anotar la importancia que tienen las garantías (Artículo 1061 del Código de Comercio) sustanciales y aún accidentales al contrato, siendo las más comunes las de arqueos y verificaciones periódicas, e incluso tendientes a condicionar las coberturas cuando no se contraen empleados de determinados antecedentes y requisitos.

La función de la garantía en este seguro guarda estricta relación con la noción de mantenimiento del estado del riesgo y su agravación ya que la negligencia u omisión del asegurado en su cumplimiento u observancia de las mismas, altera considerablemente el transcurso de los riesgos haciendo más gravosa la situación del asegurador.

Algunas pólizas de otros países consagran un término corto durante el cual, si vencido el seguro el asegurado no presenta reclamación durante el mismo, normalmente de seis (6) meses, precluye o caduca su derecho a toda indemnización, previsión que si bien consulta normas de orden práctico y es lógica dentro de la estructura general del seguro comercial de manejo, no es predicable

en nuestro medio dadas las normas del Código de Comercio que no contemplan el fenómeno de caducidad del derecho y reglan lo relativo a la prescripción otorgando plazos mayores (Artículo 1081 C. de Co.).

Por haberse tratado en el Seguro de Cumplimiento el aspecto de las contragarantías lo omitimos en el presente Capítulo.

## Capítulo VI

### 6. SEGURO DE CAUCION JUDICIAL

La legislación tanto sustantiva como procesal exige el otorgamiento de cauciones para algunos casos especiales en consideración a ciertas obligaciones o situaciones particulares y para actuaciones procesales.

Para efectos de este análisis consideramos esencial definir el alcance de la voz caución cuyo recto sentido jurídico limita el alcance de este seguro de garantía.

El reconocido tratadista italiano Messineo <sup>6</sup> anota que a diferencia de la fianza se llama caución a la obligación asumida frente a otro de ponerlo a salvo de las consecuencias patrimoniales dañosas derivadas de un determinado evento, o del hecho del propio “caucionero” (sic) o de tercero que podrá verificarse o no.

“No puede considerarse obligación de fianza, porque no hay obligación actual a garantizar, además le falta el presupuesto de la fianza, esto es que se garantice el acreedor para el caso de incumplimiento de un deudor, aquí no hay incumplimiento sino el peligro de que se verifiquen determinados eventos o de que se realicen actos dañosos”.

La caución consiste, pues en la obligación que se adquiere de indemnizar los perjuicios derivados de la acción propia o de un tercero con arreglo a las disposiciones legales correspondientes.

---

<sup>6</sup> Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, pág 149

Es pertinente anotar que si bien nuestro Código Civil en su Artículo 65 establece que por caución se entiende generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra propia o ajena, equiparando tal término al de garantía, incluso advirtiendo que la fianza, la hipoteca y la prenda son especies de caución, no por ello debemos ceñirnos a su disposición puesto que tanto la garantía como la caución, son expresiones particulares que comprenden géneros distintos y que en estricta técnica jurídica deben tratarse de acuerdo con su naturaleza específica.

Genéricamente y sobre un análisis simplista podría aceptarse esta sinonimia en cuanto que la caución y garantía tienden a la seguridad de otra obligación, sin embargo un estudio sobre la diferencia específica de cada tipo nos lleva a concluir que la garantía asegura el cumplimiento del deudor, al paso que la caución se vincula con la eventual obligación de indemnizar que pueda derivarse de la conducta o actos a cuyo ejercicio se contrae su objeto.

Esta aclaración sobre el contenido del Artículo 65 citado, admite una adición en relación con los términos que éste utiliza ya que la definición que consigna se limita a recoger un criterio genérico de común aceptación, más no a fijar o restringir el alcance técnico y concreto del término.

Comúnmente se acepta que terceras personas de reconocida solvencia o entidades especializadas, como las aseguradoras otorguen cauciones que amparen la indemnización de los perjuicios que cause el caucionado por la actuación objeto de garantía.

Los aseguradores a través de un Contrato de Seguro de Garantía se obligan a indemnizar los perjuicios patrimoniales derivados de la actuación que adelante el garantizado, actuación que se surtirá siempre con arreglo a las disposiciones legales particulares que corresponda.

Los tratadistas Riegel y Miller ya citados distinguen entre cauciones fiduciarias y forenses según se otorguen para entrar a desempeñar un cargo o correspondan a actuaciones procesales.

Nuestra legislación civil exige cauciones especiales del tipo de las fiduciarias aludidas, para los guardadores, los liquidadores y algunos tenedores y de las forenses o procesales son las más comunes las del demandante que solicita desembargo de bienes, las del recurrente en apelación de efecto suspensivo, que suspende la ejecución de la sentencia, la del agente oficioso procesal.

Dado el carácter de las cauciones judiciales procesales, comúnmente los aseguradores se limitan a otorgar estas cauciones, dejando de lado las fiduciarias.

Tanto jurídica como económicamente este seguro se asimila al de Cumplimiento ya citado difiriendo de aquel en la particularización del interés y el riesgo asegurado los cuales se fundamentan en la posibilidad de causar perjuicios patrimoniales con la actuación objeto del amparo.

El siniestro propio de este seguro tiene especial entidad en cuanto a la prueba de la ocurrencia y cuantía ya que la legislación procesal da los mecanismos necesarios para que dentro del mismo proceso de que se trata a continuación de su finalización se adelante el trámite, corto por cierto, para probar los perjuicios causados y la persona responsable.

Técnicamente este seguro se estructura sobre las mismas normas y reglas generales de los seguros de garantía, por lo cual no ahondamos en esta materia, ni en la propia de las contragarantías.

La Unión de Aseguradores Colombianos FASECOLDA incorpora este seguro al ramo de cumplimiento comprendiendo las tasas aplicables para el seguro de caución judicial, por cuanto la similitud existente entre ambos es muy significativa y porque este



carece de autonomía y condiciones que ameriten una estructura tarifaria propia que lo lleve a erigirse como ramo especial.

## Capítulo VII

### 7. EL SEGURO DE CREDITO

El crédito en su acepción más común es la operación comercial en la cual una de las partes de la relación difiere el cumplimiento de su obligación en el tiempo, obligación generalmente de contenido dinerario.

Se define desde el punto de vista jurídico como el “aspecto activo de la obligación; poder jurídico en virtud del cual una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, un determinado comportamiento”. (Couture, E. J. – Vocabulario Jurídico, Edit. Depalma, Buenos Aires, mayo 1976, pág 188).

El crédito no es en sí mismo capital pero es un medio de transferencia del mismo y la economía nacional e internacional lo requieren como fundamento; los gobiernos, los organismos transnacionales lo regulan, lo fomentan, crean mecanismos para su agilización y su extensión cada vez más amplia a todos los sectores de la economía y en un número cada vez mayor de operaciones.

“Económicamente el crédito nace de un cambio de prestaciones con intervalo de tiempo, ya que una parte, acreedor, efectúa su prestación (de dar; consigna mercancías, financiación, o de hacer; trabajo) con anterioridad a la otra, deudor”. (Knies, Donatti Antigono, Tratado del Diritto delle Assicurazioni Private, Vol III, pág 288). El intervalo de tiempo que transcurre entre el cumplimiento de una prestación y otra, por multitudes razones genera el riesgo de la pérdida total o parcial de la prestación debida, a cuya eliminación es llamado el Seguro.

## 7.1. Origen, Evolución del Seguro de Crédito

Los primeros pasos hacia el Seguro de Crédito pueden encontrarse en la contratación por parte del asegurado de un riesgo terrestre, marítimo o personal, de un segundo seguro, cuyo objeto lo constituía la protección contra las insolvencias del primer asegurador, lo cual se justificaba cuando el primer asegurador era una persona no organizada o mal organizada como empresa y por tanto de poca capacidad económica. El segundo seguro era considerado siempre contra un riesgo terrestre, la insolvencia del primer asegurador.

Por otra parte, otro tipo de seguros tendientes a garantizar el crédito, sin ser Seguro de Crédito propiamente dicho, han sido utilizados de tiempo atrás, como son los que cubren los riesgos que afectan los inmuebles, sobre los cuales se han constituido garantías reales de obligaciones.

El Seguro de Crédito hace su primera aparición a principios del Siglo XIX con contratos esporádicos realizados por el Lloyd's de Londres, aunque ya en el Siglo XVII sin mucho éxito se había intentado el otorgamiento de estos seguros en Londres y se había presentado sin éxito al gobierno un proyecto de ellos.

El desarrollo comercial de la época demostró que las pérdidas provocadas por la bancarrota de los deudores eran tan graves como las ocasionadas por los riesgos terrestres y surgieron así intentos de Alemania, Francia, Inglaterra e Italia de establecer el Seguro de Crédito, los cuales por falta de experiencia no tuvieron éxito y menos aún tuvieron aquellos de la segunda mitad del siglo hasta fines de la primera guerra mundial. La segunda guerra mundial llevó a la crisis no solo el Seguro de Crédito sino a su origen, el crédito mismo, el cual debió impulsarse en la post-guerra dando así mismo impulso al desarrollo del Seguro de Crédito, cuya necesidad lleva a la creación de reglas que no siempre corresponden a los principios técnicos y jurídicos del seguro.

## **7.2 Noción**

“El Seguro de Crédito es aquel que cubre el riesgo de la insolvencia del deudor”. (Donatti A., Ob. Cit. Vol. III, pág 288); “Es un contrato de acuerdo con el cual el asegurador, en consideración a una prima estipulada, se compromete a indemnizar al asegurado, contra la pérdida ocasionada por la insolvencia de deudores”. (Magge J. H., Seguros Generales I. UTEMA, México, 1947). La claridad de estas dos definiciones formuladas por tan eminentes tratadistas hacen innecesarios el ensayo de una noción propia o la inclusión de otras que en nada difieren ni nada añaden a las anteriores.

La función del Seguro de Crédito se concreta en la eliminación del riesgo de la insolvencia del deudor. Cabe anotar que la pérdida total o parcial de la prestación debida por el deudor con causa en su insolvencia es un riesgo de no fácil eliminación; requiere una acción individual, preventiva, de investigación a cuya realización es llamado en primer término el acreedor y en segundo lugar el asegurador, para el logro de una adecuada selección del riesgo.

## **7.3 Naturaleza Jurídica**

El tema de la naturaleza jurídica del Seguro de Crédito suscita algunas inquietudes en relación con el Contrato de Fianza, que aún cuando presenta similitudes importantes, ciertamente tiene a un objeto distinto.

En esta materia debemos remitirnos a lo expresado frente al Seguro de Cumplimiento y la Fianza, nociones que en Capítulo anterior creemos haber precisado claramente.

El Seguro de Crédito protege al acreedor de los efectos dañinos de la insolvencia del deudor que acarrearán la satisfacción de su crédito, fin al cual no se encamina la fianza ya que esta protege al acreedor, vinculando a un tercero, en los casos en que el deudor

principal incumpla y proceda la indemnización de perjuicios, aún cuando no medie insolvencia de aquel.

Tanto el Seguro de Crédito como las distintas garantías previstas en nuestro ordenamiento civil y comercial aseguran la satisfacción de las obligaciones en general, pero, como queda dicho, a través de formas y fundamentos de distinta naturaleza y alcance.

Algunos autores han encontrado la diferencia en el carácter meramente indemnizatorio del Seguro de Crédito atribuyéndole una función secundaria, la contribución eficiente al otorgamiento del crédito, a la par que a la fianza, le otorgan como función principal la facilitación del riesgo de la insolvencia del deudor, distinción que no nos parece suficiente. Otros autores entre los que se cuenta el profesor Donatti, encuentran la diferencia remontándose a la causa de cada uno de estos contratos. Se expresa así el tratadista italiano “Causa del primero (Seguro de Crédito), es la eliminación del daño consistente en la definitiva disminución patrimonial por la pérdida (total o parcial) del valor del crédito como consecuencia de la insolvencia definitiva del deudor...; Causa de la segunda, es la garantía del cumplimiento de la obligación mediante la inclusión, junto al primero, de un segundo deudor pari gradu, el cual cumple con la obligación principal mediante una prestación fungible con aquella que forma el objeto de la obligación principal del primer deudor. Obligación principal originada de un contrato bilateral entre el acreedor y asegurador, con contraprestación (prima), y subordina el evento de la insolvencia definitiva o presunta, la primera; obligación accesoria a un contrato unilateral entre acreedor y fiador sin contraprestación, al menos a cargo del acreedor y no subordina a la insolvencia sino exclusivamente al no pago de la deuda”. (Donatti, Ob. Cit. Vol. III, pág 295).

El beneficio de excusión, del cual se trata en el Capítulo dedicado a la fianza, <sup>7</sup> parece equiparar el efecto del Seguro de Crédito al propio de la fianza, pues, existiendo éste, el fiador es llamado a la solución de la obligación, solo cuando se ha efectuado la

---

<sup>7</sup> Ver Fianza

excusión del deudor y no se ha obtenido la satisfacción del crédito. Tal argumento carece de relevancia para eliminar la distinción de las figuras desde un punto de vista jurídico, toda vez que en el seguro existe una relación de indemnización haciéndose exigible la obligación por la ocurrencia del siniestro consistente en la insolvencia del deudor, a la par que en la fianza la relación no es de indemnización, es una relación de garantía, siendo exigible al fiador la satisfacción de la obligación en subsidio de la obligación principal.

La naturaleza del Seguro de Crédito presenta problemas no solo frente a la fianza sino frente a otro tipo de cauciones como el aval. Mediante este, al tenor del Artículo 633 del C. de Co. se garantiza en todo o en parte el pago de un título valor. Los títulos valores, pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías (Artículo 619 C. de Co.).

La obligación de avalista se contrae en los mismos términos que aquella del avalado y obligado principal y a diferencia de la obligación del fiador, la suya será válida aún cuando no lo sea la del avalado.

El avalista responde por el no pago del título valor, su relación es directa con el acreedor, el tenedor del título valor, más no se trata de una relación de indemnización como aquella que surge del seguro sino de una relación de caución y su función es suplir el no pago del título valor, siendo la del seguro eliminar el riesgo de la insolvencia del deudor.

Desde un punto de vista de contenido eminentemente económico, sin consideración alguna de aspectos jurídicos, la insolvencia del deudor y el no pago oportuno de una deuda, producen en el acreedor el mismo efecto, la insatisfacción de su crédito, pero ello no debe llevarnos a concluir que si económicamente la eliminación de tal consecuencia se logra por diversos medios llámense ellos seguros o garantías, la naturaleza jurídica es la misma. Que todos ellos brinden seguridad al acreedor, que como

función primaria o secundaria contribuyan al otorgamiento ágil de créditos y por ende al desarrollo comercial en el cual se basa es innegable y que su naturaleza y régimen difieran, también lo es.

Las consecuencias siguientes relativas a los elementos y características del Seguro de Crédito delimitarán la naturaleza de este tipo de seguro.

## **7.4 Elementos**

Analizados en el Capítulo relativo al Contrato de Seguros <sup>8</sup> cada uno de los elementos que le son propios a esta especial clase de contrato, siendo los mismos necesarios a esta especie, solo queremos hacer unos breves comentarios; precisando algunos conceptos y concretándolos al Seguro de Crédito.

### **7.4.1 . Interés Asegurado**

El interés como relación económica entre un sujeto y un bien solo puede concebirse desde un punto de vista subjetivo y será asegurable en tanto se vea amenazada en su integridad por uno o varios riesgos.

El concepto del interés que se identifica y ajusta fácilmente al objeto sobre el cual versa en materia de seguros reales, no permite frente al seguro patrimonial individualización sobre bienes o cosas, lo que no traduce falta de concreción en tal elemento, sino que por el contrario pone de presente la forma de protección que puede otorgarse sin acudir a la rigidez de los tipos propios del seguro real.

Sobre el interés asegurado en el Seguro de Crédito, se expresa el profesor Donatti así:”El interés asegurado, en nuestro seguro, es el mismo derecho de crédito, porque no siendo concebible un derecho subjetivo, no se puede hablar de interés sobre un derecho, esto es la

---

<sup>8</sup> Ver contrato de seguro

prestación del acreedor contra el deudor o correlativamente la prestación del deudor y mediatamente el objeto de esta prestación esto es una suma de dinero”. (Ob. Cit. Vol. III pág 303).

Algunos autores entre los que se cuenta Ferrarini consideran que el objeto del interés puede estar constituido por un bien material o por un bien inmaterial como un derecho subjetivo y agregan que han de precisarse cuando un derecho constituye la cosa inmaterial objeto de un interés y cuando en cambio es el interés mismo elevado por el ordenamiento jurídico o derecho subjetivo, ocurriendo la primera hipótesis en los derechos reales y la segunda en aquellos de crédito. Así la relación de propiedad sobre un bien será el interés y el bien material o inmaterial su objeto, y en un derecho de crédito este será el objeto del interés del acreedor, elevado a derecho subjetivo.

Otros autores, entre ellos De Ruggiero y Messineo sostienen que los derechos subjetivos no pueden constituir el objeto de un derecho propio y que la expresión “Derecho sobre derechos”, es una expresión impropia que solo indica la limitación de un derecho, concluyendo esta doctrina, la más aceptada que un derecho subjetivo no puede constituir nunca el objeto de un interés. (Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial, T. V, pág 87).

La elección de una u otra teoría no afecta la existencia del elemento – interés asegurable – en esta especie de seguro, pues en cualquiera de ellos mediata o inmediatamente aparece como el objeto el derecho de crédito o correlativamente la obligación del deudor.

En nuestro sentir, no parece errada la doctrina, que acorde con los principios generales del Contrato de Seguro considera como interés asegurable la relación económica que existe entre el sujeto y un bien y que puede verse amenazada produciendo un menoscabo patrimonial. Los bienes, al tenor del Artículo 653 del C. C. “consisten en cosas corporales o incorpóreas. Corporales las que tienen un ser real, y pueden ser percibidas por los sentidos, como



una casa, un libro; incorporales, las que consisten en meros derechos, como los créditos, las servidumbres activas”.

La ocurrencia de un riesgo que amenace la pérdida total o parcial de un derecho de crédito, produce claramente un menoscabo patrimonial a su titular, afecta sin lugar a dudas su relación patrimonial con el mismo.

Los presupuestos del interés asegurable – versar sobre cosas asegurables -, existir durante la vigencia del contrato y ser susceptible de estimación pecuniaria han de cumplirse para que este elemento no falle al contrato. En páginas siguientes veremos como por expresa prohibición legal en Colombia no puede haber interés asegurable sobre el crédito individual solidario.

#### **7.4.2. Riesgo Asegurable**

Como eventualidad de pérdida o desembolso, acontecimiento fortuito, veámoslo frente al Seguro de Crédito.

Antes de analizar si el riesgo reúne los requisitos se hace necesario aclarar y delimitar el riesgo amparado bajo esta modalidad de contrato.

En el período de la post-guerra en Inglaterra se orientó el Seguro de Crédito contra la insolvencia del deudor. Esto es, contra la pérdida definitiva del crédito al igual que en Alemania, Estados Unidos y Holanda, a la par que en Francia, salvo algunas empresas, se orientó a la falta de cumplimiento una vez llegado el vencimiento del crédito. (Donatti, Antígono, obra Cit., pág 287). El mencionado tratadista hace una distinción atendiendo a las diversas manifestaciones fenomenológicas que son reconducidas a la cobertura del Seguro de Crédito. Diferencia aquellas operaciones concluidas por el Acreedor de las concluidas por el deudor en beneficio del titular de la acreencia perteneciendo a las primas por lo general aquellas del crédito comercial y a las segundas los del

financiero. En el sentido comercial diferencia tres especies cuales son: el normal, el originado en ventas a crédito y el de ventas al exterior y en el financiero aquellos en garantía real y los asistidos de garantía real o de cesión del crédito.

En cuanto al riesgo hemos de distinguir en este tipo de seguro dos clases ya mencionadas.

Uno, es el riesgo de la pérdida definitiva del crédito, de la insolvencia del deudor y otro la falta de pago al vencimiento del plazo establecido para este.

#### **7.4.2.1. Insolvencia del Deudor**

Es la impotencia del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones, en sus vencimientos y con los medios normales del ejercicio ordinario de su empresa. “Económicamente la insolvencia nace de un exceso insubsanable del pasivo sobre el activo, comprendido en este el crédito y la capacidad productiva de la empresa”. (Provinciali – Donatti Antígono, Ob. Cit. Vol. III, pág 300).

Los contratos de seguro que amparan contra la insolvencia definitiva del deudor, a fin de delimitar la cobertura, establecen por lo general, los hechos que configuran el riesgo. En los créditos comerciales normales se entiende verificada la insolvencia solo cuando se presenta la quiebra el concordato preventivo, el concurso de acreedores. En los casos de ventas por cuotas algunas pólizas establecen que la insolvencia se verifica por la falta de pago al vencimiento del término de un número determinado de cuotas. La enumeración de los eventos que configuran el siniestro en ocasiones son taxativas y en veces permiten se invoquen hechos equivalentes.

Por lo general también se establece que habrá insolvencia definitiva cuando ha cesado toda posibilidad de recobrar el crédito o cuando la ejecución del deudor o sus garantes ha sido imposible.

#### 7.4.2.2. Falta de pago al vencimiento del término

Los contratos en virtud de los cuales el garante se obliga a pagar en el evento de la falta de cumplimiento del deudor al vencimiento del plazo estipulado para el pago, no pueden ser consideradas como Seguros de Crédito. Anota el profesor Donatti al respecto: “Su naturaleza no depende en efecto de la denominación dada a ellos por las partes – Póliza de Fianza, Póliza de Caución, Póliza de Fianza para la Caución, Declaración de Garantía, Seguro, Aval, etc. – ni puede variar según sea concluida por una sociedad aseguradora o por una bancaria sino que desciende de la causa del contrato y es regulada supletivamente por elementos de su disciplina”. (Donatti Antígono, Ob. Cit., Vol II, pág 297).

En esta clase de seguros, el riesgo se delimitará por el crédito otorgado, el término concedido para su satisfacción y la falta de pago total o parcial al vencimiento de dicho término.

Frente al riesgo de la pérdida definitiva del crédito por la insolvencia del deudor podemos decir que reúne los requisitos de posible, incierto, fortuito y perjudicial. En efecto la insolvencia del deudor es posible dada la infinidad de factores externos que inciden en la estabilidad económica de todo individuo. Que es incierto también puede afirmarse, si bien las investigaciones preliminares a la concesión de un crédito tienden a obtener la certeza de la solvencia del beneficiario de éste. En cuanto al carácter de fortuito, ha de anotarse que la insolvencia no debe provenir exclusivamente de la voluntad del deudor, cuando actúa como tomador del contrato, y de hecho así sucede en la generalidad de los casos pues son por lo general factores externos conjugados en veces con una deficiente administración de los bienes los que colocan al deudor en tan precaria situación.

Recordemos que la insolvencia para efectos del riesgo se configura cuando se ha declarado la quiebra o se da el concordato preventivo o el concurso de acreedores.

De otra parte es oportuno anotar que no es meramente potestativo en términos jurídicos, el cumplimiento o incumplimiento de una obligación toda vez que al nacimiento de ésta, la parte pasiva de la relación debe ejecutar una determinada conducta eliminándose así su potestad de hacerla o no hacerla, aún cuando físicamente le asista tal potestad.

En cuanto al carácter de perjudicial ha de afirmarse que la insolvencia del deudor ocasiona un perjuicio económico al acreedor – asegurado – el cual ha de ser reparado, en virtud del principio indemnizatorio que rige el seguro, por la compañía de seguros que ha asumido el riesgo de tal pérdida mediante un Contrato de Seguro de Crédito.

Frente al seguro que ampara contra la falta de pago al vencimiento del término, puede afirmarse en cuanto al daño que este difiere del ocasionado por la insolvencia pues en este caso lo constituye la mora y no es esta la que el asegurador entraría a cubrir sino la deuda misma, cuya pérdida definitiva aún no se ha verificado. El riesgo realmente sería la mora y la indemnización no correspondería a ésta sino al crédito.

### **7.5. Aspecto Técnico**

El cálculo matemático de la prima en el Seguro de Crédito presenta especiales dificultades por la necesaria vinculación a él de los elementos objetivos y subjetivos como son las condiciones del país económicas y políticas, las consideraciones de la actividad productiva a la cual se vincula el crédito, las garantías de mismo, su duración y modalidades y las consideraciones del asegurado en cuando al manejo de sus negocios, prudencia en la concesión de créditos, etc. La prima es usualmente una suma porcentual del monto del crédito garantizado.

La obligación condicional del asegurador consiste en el pago de la indemnización pactada en el contrato una vez se verifique la condición, ocurrencia del siniestro, cual será la insolvencia del deudor delimitada conforme a lo anotado anteriormente al analizar el riesgo asegurable.

## **7.5 Clases de Pólizas**

El Seguro de Crédito puede revestir dos formas diversas según se trate de seguros individuales realizados independientemente para créditos o globales generales cuando bajo un mismo contrato se amparan todos los créditos del asegurado, o los de una determinada categoría de clientes o zonas, este tipo de pólizas puede a su vez ser de dos clases: una la denominada Forfait que ampara los riesgos de alteraciones en la curva normal de recuperaciones de cartera por las ventas a crédito generalmente y otra general colectiva o de grupo que ampara toda la cartera del asegurado estableciéndose un tope máximo para cada uno de los tipos enunciados dependerá de consideraciones políticas y económicas de cada país, de su situación actual, así en nuestro país las políticas de fomento a las exportaciones se han servido del Seguro de Crédito común, pilar fundamental dándole igualmente al mismo un impulso extraordinario.

Políticas monetarias han llevado así mismo en Colombia a prohibir el Seguro de Crédito Individual Solidario.

El Seguro de Crédito en Colombia se desarrolló tomando las experiencias de otros países y fue explotado sin ninguna restricción cubriendo los riesgos tanto de insolvencia del deudor como de la falta de pago en el vencimiento, como seguro individual solidario, hasta la expedición de la Resolución No. 134 de 1965 emanada de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se prohibió la expedición de pólizas de seguros que garantizaran solidariamente el cumplimiento de contratos u obligaciones. Así mismo en este año la junta Monetaria, en ejercicio de las facultades conferidas por el

Decreto 3233 de diciembre 10 de 1965, expidió la Resolución No. 50 cuyo artículo 1º Expresa: “ Prohíbese a las Compañías de Seguros, a las Sociedad Administradoras de Inversión y a las demás entidades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, salvo las mencionadas en el artículo siguiente, otorgar garantías o avales de obligaciones en moneda legal. La prohibición establecida en este artículo se extiende al otorgamiento de Seguros de Crédito Individual Solidario”, Resolución ésta sustituida posteriormente por la No. 36 de 1976 la cual fue modificada por la No. 76 de 1969 que extiende la prohibición de otorgar Seguros de Crédito Individual Solidario a ...” Cualquier otro sistema que sustituya los avales o garantías de acuerdo con lo que al efecto reglamente el Superintendente Bancario”.

#### **7.6. Seguro de Crédito Interior**

Aun cuando el Seguro de Crédito Individual Solidario se halla prohibido actualmente en nuestro país, tal como ya se advirtió, no por ello carece de importancia el Seguro de Crédito Comercial que denominado Seguro nominativo de Crédito Comercial o Seguro de Crédito contra el riesgo de pérdida por insolvencia, según la modalidad que adopte, se sustrae del supuesto de la norma restrictiva y puede otorgarse válidamente por los aseguradores nacionales.

El Seguro de Crédito interior, que podría incluso comprender otras especies tales como pérdida de cartera por encima del promedio normal de un determinado sistema de ventas a plazos, ampara las pérdidas patrimoniales sufridas por el asegurado por la insolvencia de uno o más de los compradores que adquieren sus productos por el sistema de plazos.

El riesgo de estas coberturas difiere del propio del Crédito Individual Solidario en cuanto es una póliza colectiva que indemniza en caso de insolvencia de uno o más deudores, sin que pueda

asimilarse a la noción de solidaridad propia de las obligaciones del sujeto plural.

No se extienden estos amparos a los perjuicios derivados de la mora en el pago de una o más prestaciones, riesgo que mal podría asumir el asegurador habida cuenta de lo dispuesto por la Junta Monetaria en esta materia.

Estas pólizas son automáticas obligándose el asegurador a amparar todos los riesgos a que haya lugar de acuerdo con lo expresado en las condiciones generales.

Estos seguros tienen especial importancia en los sistemas económicos pues a más de brindar seguridad constituyen una fuente de información de gran valía.

Dentro de las anotaciones que nos merece este tipo de amparo es pertinente advertir sobre la limitación de las coberturas en cuanto al concepto de pérdida neta definitiva y el porcentaje de este que asume el asegurador, presupuestos que colocan al asegurado como coasegurador en una proporción variable con el ánimo de rodear de serias garantías su operación a insistir sobre los controles y seguridades que corresponden adoptar a este último.

## **7.9 Seguro de Crédito a las Exportaciones**

Con la expedición del Decreto 444 de 1967 del Régimen de Cambios y Comercio Exterior y en desarrollo de políticas tendientes al fortalecimiento de las exportaciones existentes y apertura de nuevas líneas y mercados y en claros propósitos de crear incentivos para los productos nacionales con el objeto de llevarlos fuera de nuestras fronteras se fomentó el crédito a las exportaciones a través de mecanismos ágiles y altamente beneficiosos por sus bajas tasas frente a los vigentes para las operaciones comerciales ordinarias y se estableció el Seguro de Crédito a las exportaciones, mecanismos

éstos que juntos han fortalecido nuestro sistema de ventas al exterior.

En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 192 del Decreto Ley 444 de 1967, se expidió el Decreto 3053 de 1968 por el cual se estableció el Seguro de Crédito a las Exportaciones “para cubrir los riesgos comerciales políticos y extraordinario inherentes a esta clase de operaciones”. (Artículo 1º)

Bajo esta clase de seguro cuyo establecimiento y desarrollo sigue claros lineamientos de política económica se amparan los riesgos de pérdidas patrimoniales que sufra el exportador o productor nacional por incumplimiento de las obligaciones a cargo del comprador del exterior bien se deba tal incumplimiento a simple mora en el pago o a su insolvencia, comprendiendo los denominados riesgos políticos o cambiarios o de restricciones comerciales o monetarias derivadas de disposiciones gubernamentales tanto nacionales como extranjeras.

Cobija contratos de producción para la exportación tanto en consignación como por ventas al igual que el transporte y almacenamiento de los bienes objeto de transacción no en cuanto a los riesgos relativos al transporte o almacenamiento sino en relación con el momento de la iniciación de la cobertura, que se basa en la fecha de remisión de los bienes objeto del contrato, asumiéndose el riesgo desde la fecha de envío.

La Junta Directiva de PROEXPO previa aprobación del gobierno nacional puede ampliar la gama de riesgos que hoy comprende este seguro.

El Decreto estableció en su artículo 8º los límites máximos de cobertura en 75% para los riesgos de insolvencia y morosidad y en un 80% para los políticos y extraordinarios, modificados recientemente por el Decreto 1772 de Julio 11 de 1980, el cual las amplió al 90% de la pérdida neta en los riesgos comerciales



provenientes de insolvencia o morosidad prolongada y al 100% para los riesgos políticos y extraordinarios.

## CONCLUSIONES

Son las siguientes las conclusiones principales de los aspectos analizados en el estudio realizado sobre los Seguros de Garantía.

### 1. Denominación

Si bien una u otra denominación adoptada para calificar esta especial categoría de los Contratos de Seguros en nada afecta su naturaleza, régimen y efectos, creemos oportuno el establecimiento de una denominación genérica que englobe las especies de Seguros de Cumplimiento, Manejo, Crédito y de Caución Judicial. La elección de un término comprensivo comporta iguales dificultades y requiere de los mismos elementos necesarios al análisis de su régimen y es que se trata de una figura jurídica regulada legalmente como un Contrato de Seguro, similar al Contrato de Fianza, con manifestaciones propias de este contrato del cual debe tomar los principios para su recta interpretación.

Los Seguros desde su origen han derivado su denominación del riesgo que constituye su objeto y siguiendo esta línea las especies de que tratamos identifican el riesgo por su denominación, del cual a su vez la tomaron.

Adoptar una denominación genérica que identificara los riesgos asumidos desborda el contenido que pretendemos, dadas las diversas gamas que comprenden estos seguros que impiden la comprensión de los riesgos en un mismo género.

Un segundo criterio que pueda informar la denominación genérica sería el complemento bajo la noción de la función económico

jurídica que cumplen, función que no es otra que de la de garantía, razón por la cual los denominamos SEGUROS DE GARANTIA.

Utilizar la expresión Seguros de Fianzas o fianzas simplemente como lo tratan otras legislaciones reñiría con nuestro ordenamiento toda vez que la figura de la fianza cuenta con un régimen especial dentro de nuestro derecho civil, que restringe su alcance impidiendo generalizaciones de este orden.

## **2. Seguros Patrimoniales**

Los Seguros de Garantía se clasifican como patrimoniales dentro de la categoría de Seguros de Daños, por estar el interés y el riesgo vinculados al patrimonio en general del asegurado y no efectos a un bien determinado como ocurre en los Seguros Reales. El interés asegurable supone siempre un eventual menoscabo patrimonial que puede sufrir un sujeto por la realización de un riesgo que, en los Seguros Reales, afecta la relación del sujeto con un bien determinado y, en los patrimoniales, aquella con su patrimonio en general.

## **3. Naturaleza Jurídica**

De acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio las especies contractuales tratadas tienen el carácter de Contratos de Seguros terrestres, Patrimoniales y de Garantía, siéndoles aplicables las normas previstas por el Estatuto mercantil en cuando a riesgos interés asegurables, siniestro, acciones subrogatorias y extinción.

Debe destacarse que ciertamente, estas modalidades de garantía presentan una comunidad de elementos con la figura de la fianza que estructura nuestro ordenamiento civil, que si bien, en cuanto a sus efectos, finalidad y mecanismos, toman como punto de

referencia distintas normatividades, no por ello puede decirse que difieran sustancialmente.

Esta distinción respecto de la naturaleza jurídica tiene consecuencias de gran relieve en cuanto a la diseminación de los riesgos e incluso en relación con la extensión de las coberturas, toda vez que los expedientes técnicos que comprende el contrato de seguro, amplían las seguridades propias de la fianza como garantía, llegándose incluso a eventos que trascienden el concepto de la imputabilidad del deudor como presupuesto de la indemnización, protección ésta que solamente puede brindarse a través de la actividad aseguradora.

La precisión en torno a la naturaleza jurídica de estos contratos tiene una consecuencia de gran relevancia respecto del marco legal aplicable a los mismo, el cual resumimos así:

Por tratarse de un contrato comercial de seguro, se rige por las previsiones del Código de Comercio (Artículo 1036 y siguientes) al igual que por las normas sobre contratación mercantil; por participar del carácter de garantía, debe observarse lo que en tal materia dispone el Código Civil en aquellos eventos en que las disposiciones que éste consagra no riñan con las antedichas y siguiéndose los lineamientos del derecho comercial y civil sobre las interpretación y efectos de los contratos.

Las disposiciones de la Ley 225 de 1938 y los decretos 1348 de 1939 y 2950 de 1954 se encuentran derogadas por el decreto 410 de 1971, toda vez que, desde el punto de vista formal, las comprende la mención que el artículo 2033 de dicho estatuto hace de las disposiciones que reforman o adicionan el Código de Comercio Terrestre y desde el punto de vista material regulaban una especie de seguro, que quedó comprendido dentro de los contratos comerciales que regló el nuevo código, sujetándose a las reglas generales de los seguros terrestres.

Finalmente no puede arguirse que tales normas quedaron bajo la excepción que trae la parte final del mismo artículo aludido, ya que su texto no regula el régimen de alguna o algunas de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, sino que se contrae a un tipo de Contrato, el de Seguros.

En cuanto a los Seguros de Crédito y Caucción Judicial, hay que mencionar que tanto las disposiciones de política económica como las propias del derecho procesal, respectivamente, tienen especial aplicación en cada caso sin perjuicio del régimen general del Contrato de Seguro.

La naturaleza de Contrato de Seguro trae como efecto importante en cuanto a la obligación de indemnizar del asegurador en caso de siniestro, que si bien cumple la misma función que la del fiador o del deudor solidario, presenta una nota distintiva en cuando a la subsidiariedad o solidaridad del garante común, dado que la obligación del asegurador nace del siniestro como relación jurídica dependiente de las condiciones del seguro, más no de la persona del deudor, sin que le sea predicable uno u otro carácter como deudor solidario o subsidiario, siendo en este sentido un deudor si se quiere independiente, cuya vinculación busca el mismo fin que la del fiador, pero sobre distintas formas.

#### **4. Función Económica**

Los Seguros de Garantía constituyen apoyo importante del desarrollo de las relaciones comerciales tanto a nivel nacional como internacional, siendo utilizados por el estado, mediante su reglamentación y control, como instrumento de política económica de gran valía y por los particulares como expedientes de protección de sus patrimonios y de multiplicación de las relaciones de intercambio.

Los desplazamientos económicos o los incrementos que registra un patrimonio, suponen una relación jurídica particular que reúna los caracteres de título del desplazamiento o acrecimiento correspondiente, relación que tiene como elemento fundamental la seguridad y que, según el grado de ésta, se celebrará con mayor o menor dificultad. En este punto cobran importancia las garantías de las obligaciones que tanto subjetiva como objetivamente lleven al acreedor seguridad sobre el cumplimiento de la prestación debida, función que con mayor eficacia presta el Seguro de garantía en relación con las que tienen naturaleza de personales y con mayor agilidad y menor onerosidad frente a las llamadas reales, dotando así a las relaciones mercantiles de un mecanismo ágil de seguridad y propagación, que consulta las necesidades actuales del intercambio de bienes y servicios.

La capacidad de garantía de una persona se vincula directamente con la capacidad de crédito o con la capacidad de adquisición en cuanto que incrementa las bases o factores reales que se tendrían en cuenta para calificar a una parte interesada en una determinada relación económica, ya que quien cuenta con un respaldo que provenga bien de sus propios bienes o de la vinculación del patrimonio de un tercero, puede participar en relaciones que de otra manera le serían vedadas por carecer de garantía

La manifestación de los Seguros de Garantía contribuye de una manera económicamente sana a vincular a la actividad productiva de un país o territorio a personas cuya insuficiencia patrimonial les impidiera tal participación lo que traduce importantes ventajas para el desarrollo de un país y permite la utilización racional de todos los recursos con que cuenta una comunidad, y disemina a tal grado los riesgos que, en caso de pérdida, es tal su pulverización que ningún patrimonio se ve lesionado.

## **5. Revocabilidad**

Esta noción de revocabilidad o irrevocabilidad de los Seguros de garantía guarda estrecha relación con la naturaleza jurídica de cada especie de contrato y con el régimen que le es propio.

Los Seguros de Cumplimiento y Crédito tienden a indemnizar los perjuicios derivados de la inejecución total o parcial de una obligación civil a cuya solución está obligado el deudor. La naturaleza de garantías afectas al cumplimiento de una obligación civil derivada de un contrato trae como consecuencia la necesidad que las dos relaciones subsistan durante el mismo período y que la segunda solamente se extinga una vez se cumpla la primera o se resuelva su incumplimiento en indemnización de perjuicios.

La accesoriedad de la obligación condicional del asegurador respecto de la obligación principal exige que la primera se mantenga durante la vida de la segunda, ya que de lo contrario aquélla no cumpliría función alguna. En consecuencia estos dos seguros tienen carácter de irrevocables por decisión unilateral del asegurador, sin perjuicio que en caso de pólizas automáticas el asegurador termine unilateralmente el contrato, decisión que no extingue la responsabilidad del asegurador sobre los riesgos asumidos durante la vigencia de la póliza automática.

En relación con el Seguro de Manejo no caben las consideraciones anteriores, toda vez que su objeto consiste en indemnizar las pérdidas patrimoniales derivadas por el asegurado por la infracción de un deber de conducta impuesto a la persona cuyo proceder se garantiza, ya no por una relación contractual sino por las normas rectoras de la conducta individual, sin que pueda clasificarse como obligación civil.

Este seguro no comprende garantía de una obligación y en consecuencia mal puede entenderse como irrevocable.

Finalmente, respecto del Seguro de Caución Judicial, si bien no existe obligación actual para garantizar, sí se da una relación jurídica por cuya virtud no puede generarse una obligación de

indemnizar, por lo cual se exige que el Seguro de Caución que garantiza tal indemnización comprenda el período de la relación jurídica aludida, siendo en consecuencia irrevocable por decisión del asegurador.

## **6. Carácter de Adhesión**

No puede afirmarse categóricamente que el Contrato de Seguro en general sea uno de aquellos en que el consentimiento se forma por adhesión de una de las partes contratantes a las condiciones impuestas por la otra. Se trata de un contrato reglado, vigilado por el estado en tutela de los derechos de los asegurados y cuyas estipulaciones desarrollan los mandatos de la legislación comercial. Cuando los riesgos revisten cierta especialidad o volumen considerable en general y especialmente en los Seguros de Garantía, son discutidas por las partes y acordadas las condiciones que en particular rigen los amparos. En este tipo de seguros, el asegurador asume con arreglo a la ley, los riesgos que el asegurado está interesado en trasladar.

## **7. Carácter de Accesorio**

La accesoriedad de los Seguros de garantía se predica en razón de la función propia que desempeñan.

El contrato existe por sí mismo y en sí mismo y a él le son esenciales para su existencia y validez los elementos esenciales a todos los contratos en general y a los de seguros en particular. Acceden a la obligación cuyo cumplimiento garantizan, como en los Seguros de Cumplimiento, a la relación jurídica que impone un deber de conducta como en los de Manejo, a la obligación del deudor de satisfacer sus créditos, como en los Seguros de Crédito. Si la obligación garantizada es inexistente, no por derivar su inexistencia de la obligación a la cual accede, sino por faltar para la suya propia dos de sus elementos esenciales, uno el interés asegurable, toda vez



que el incumplimiento de una inexistente obligación mal puede acarrear perjuicios al pretendido acreedor de ellos, y otro el riesgo toda vez que la inexistencia lo hace imposible.

En esta materia es importante anotar cómo nuestra Corte Suprema de Justicia, sobre un contrato de seguro de cumplimiento que garantizaba la ejecución de las obligaciones de un contrato que fue declarado nulo, declaró la validez del seguro en cuando al riesgo del buen manejo del anticipo que se efectuó a la celebración del contrato, sin consideración a la nulidad de este último, habida cuenta que tanto el riesgo como el interés asegurable subsistían en cuanto al amparo de buen manejo del anticipo.

## **8. Contragarantía**

Las contragarantías encuentran su fundamento en las normas generales sobre garantías, en particular en las relativas a la fianza, las cuales prevén que el fiador puede obtener garantía a su vez, del deudor al cual está afianzado, para el caso en que deba soportar la solución de la obligación principal a cargo de éste, normas estas que le son aplicables a los Seguros de Garantía en su carácter de supletivas de las normas del Código de Comercio que no regulan estos aspectos. La existencia de la contragarantía no elimina el riesgo asegurable, como algunos sostienen, toda vez que este es esencial al contrato de seguro y a todas luces la contragarantía no lo elimina. Otra cosa es que atenúe el riesgo de la empresa aseguradora, el que tiene carácter de operacional, bien diferente del elemento esencial al contrato objeto del mismo, lo cual de ninguna forma nos parece reprochable dado el carácter lucrativo de la actividad aseguradora.

En los casos en que la contragarantía es otorgada por el mismo deudor quien se colocó en situación de incumplimiento por factores económicos, su eficacia se ve disminuida y en ocasiones anulada.

## **9. Ejecución por el Asegurador de la Obligación garantizada**

Cuando las condiciones económicas y técnicas de quien tiene a su cargo una obligación de hacer, emanada de un contrato de prestación de servicios, cuyo cumplimiento ha sido garantizado por uno de seguros, hace presumir que su incumplimiento será inminente, el asegurador garante podría en ejercicio de las facultades que le son propias para prevenir e impedir el siniestro tomar por sí mismo la ejecución de la obligación, manteniendo de esta manera la indemnización del acreedor asegurado y cumpliendo así con su obligación derivada del Contrato de Seguro.

## **10. Seguro de Cumplimiento de Obligaciones Naturales**

Por no ser jurídicamente exigibles las obligaciones naturales mal puede ser garantizado su cumplimiento mediante un Contrato de Seguro. La inexistencia de un término para la satisfacción de la prestación y la carencia de medios para hacer posible su ejecución coactiva, hacen jurídicamente imposible el amparo de un riesgo así concebido y más gravoso por su duración generalmente dilatada. El término de un Seguro de Cumplimiento que amparara tal riesgo podría ser prorrogado indefinidamente toda vez que la obligación garantizada no tiene término y no existirá criterio jurídico para determinar su incumplimiento.

De otra parte tal contrato de seguro estaría amparando eventualmente actos meramente potestativos del tomador toda vez que al cumplimiento de la obligación solamente lo llevaría un deber meramente social o moral que no elimina la potestad de cumplir o no hacerlo como si lo hace una obligación jurídicamente exigible.

## **11. El Tomador**

De acuerdo con el artículo 1037 del Código de Comercio tiene el carácter de Tomador, como parte en el Contrato de Seguro, quien por cuenta propia o ajena traslada los riesgos.

Esta precisión eminentemente formal que hace nuestro estatuto mercantil permitiría concluir de manera simplista que el deudor de la obligación garantizada podría actuar como parte del Contrato de Seguro trasladando riesgos que gravitan sobre el asegurado, acreedor de la obligación principal.

La claridad introducida sobre el recto sentido del artículo 1055 del Código de Comercio, avala la afirmación anterior ya que no se trata de asegurar el dolo, la culpa grave o los actos meramente potestativos del Tomador.

Sin embargo es necesario precisar que en esta materia no nos referimos a quien contrata por cuenta ajena, ya que tal circunstancia no merece mayor análisis para concluir sobre la legitimidad del deudor para celebrar el Contrato de Seguro; pero actuando por cuenta propia puede igualmente el deudor de la obligación principal o el sujeto del deber de conducta contratar el seguro ya que nada se opone a tal calidad, pues como quedó dicho no opera la restricción del artículo 1055. Cosa distinta es que el interés asegurable se vincule con el asegurado y solo éste tenga legitimidad para exigir la prestación indemnizatoria.

Esta mención que sigue los criterios formalistas del Código de Comercio en esta materia trae importante ventajas prácticas en relación con la contratación de estos seguros, superando los escollos que significa el que el acreedor celebre el contrato y otorgue poder con tal objeto.

## **12. Obligación Indemnizatoria del Asegurador Alternativa o Facultativa**

La obligación del asegurador de indemnizar al asegurado o beneficiario en los términos del contrato tiene el carácter de facultativa toda vez que existe un solo vínculo, un solo objeto determinado de la prestación, cual es una suma de dinero establecida previamente como equivalente al daño eventual, existiendo para el asegurador deudor, la facultad de liberarse con el pago de ella o de otra previamente designada in facultatis solutionis previsión que hace el artículo 1110 del Código de Comercio al establecer: “ La indemnización será pagadera en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador”.

### **13. La Renovación del Contrato de Seguro**

Los anexos que se emitan para renovar el contrato hacen parte de la póliza y solo producen la prórroga en el término de duración del Contrato de Seguro y mal puede decirse que ello constituya un nuevo contrato, toda vez que el consentimiento de los contratantes no se extiende a cada uno de los elementos del contrato sino que se concreta exclusivamente a la duración del mismo para ampliarla en el tiempo.

### **14. Aspectos Técnicos**

Los factores que inciden en la selección de riesgos de este tipo de seguro de Garantía constituyen una combinación de aspectos objetivos y subjetivos de muy difícil valoración y sistematización estadísticas y matemáticas, lo que no excluye la posibilidad de un establecimiento de tasas y tarifas basadas en tales factores.

Los elementos de mayor relevancia en la selección y tarificación de los riesgos son sin lugar a dudas de carácter subjetivo y éstos priman sobre aquellos objetivos. En efecto al técnico asegurador le interesan en primer término la solvencia moral, conducta, antecedentes del sujeto cuya actividad garantiza, y en segundo

término estos otros factores que inciden en el riesgo pero que aún cuando se presenten como favorables a la sanción, si fallan los subjetivos, afectan de manera importante al criterio de selección. Son estos la solvencia económica, la capacidad técnica, las condiciones de la obligación, las circunstancias políticas, sociales y económicas del territorio, las contragarantías, entre otros.

Es de anotar que frente a los Seguros de Manejo, los factores subjetivos son aún de mayor importancia que en aquellos de cumplimiento y crédito. Las estadísticas del asegurado, los medios que posee de control y seguridad son así mismo factores determinantes de la selección de los riesgos.

### **15. Garantía de Sanciones Pecuniarias**

Tal como se advirtió al tratarse de los Seguros de Cumplimiento celebrados con la nación las cláusulas penales que tienen función de fijación contractual previa de perjuicios moratorios o compensatorios, para el evento de inejecución total o parcial de la obligación, son las únicas asegurables por esta clase de seguro.

El amparo de sanciones pecuniarias o cláusulas penales de distinta naturaleza desconoce el carácter meramente indemnizatorio del seguro y se sustrae de su órbita siendo su consecuencia sancionable con nulidad por contrariar disposiciones legales (Artículo 1088 da 1091).

Es importante precisar que la función indemnizatoria del seguro se vincula con el perjuicio real sufrido por el asegurado y no con la valuación de que éste se haga, aún cuando tal procedimiento se halle previsto dentro de nuestra legislación civil.

Por vía excepcional los artículos 51 a 62 del Decreto 150 de 1976 autorizan asegurar las cláusulas penales pactadas en los contratos celebrados con la nación y entidades de derecho público,

norma con base en la cual se autoriza como de manera excepcional la asegurabilidad de las cláusulas penales o sanciones pecuniarias.

Este criterio se sigue en las distintas resoluciones expedidas por la Contraloría General de la República con base en las disposiciones contenidas en la ley 225 de 1938 y sus decretos reglamentarios.

## BIBLIOGRAFIA

- II ASAMBLEA GENERAL, ASOCIACION PANAMERICANA DE FIANZAS, Caracas, Enero 19 de 1974..
- III ASAMBLEA GENERAL, Tarpón Springs, Florida, U.S.A., Octubre, 1975.
- BONILLA ECHEVERRI, Oscar. Código de Procedimiento Civil. Editorial Colombiana. Bogotá, 1976.
- BROSETA, MANUEL. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Teinos, Madrid, 1976.
- CASTELLANO GAETANO. Vendita a rate, assicurazione del crédito e vincolo della indennità a favore di Terzo. Studi in onore di Antigono Doanti. Tomo III. Edizioni della rivista assicurazioni AIDA. Roma, 1970.
- DONATI, ANTIGONO. Trattato del Diritto delle assicurazioni private. Volumenes II y III Ediloi A. Guiffée. Milano. 1956.
- GALINDO CUBIDES, HERNANDO. Seguro de Fianza en Colombia. Edición SKANDIA. SEGUROS DE COLOMBIA S.A. Bogotá, 1977
- HINESTROSA, FERNANDO. Derecho Civil, Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1969
- MAGEE, JOHN H. Seguros generales. Segunda Edición UTEHA. México 1947.
- MEJIA, ANTONIO JORGE. Estudios de Derecho. Apuntes sobre el Contrato de Seguro. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Medellín – Colombia. Año 1973.
- MESSINEO, FRANCISCO. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo IV. Editorial Balmes, Buenos Aires, 1954.
- MUÑOZ OBANDO, CAMILO. La Fianza. Ministerio de Educación Nacional. División de Divulgación Cultural.
- ORTEGA TORRES, JORGE. Código Civil. Editorial Temis. Bogotá, 1978.

- ORTEGA TORRES, JORGE. Código de Comercio, Editorial Temis. Bogotá, 1978
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, 1976.
- OSSA GOMEZ, J. EFRÉN. Tratado Elemental de Seguros. Segunda Edición. Editorial Lerner. Bogotá, 1963.
- PEREZ VIVES, ALVARO. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, 1968.
- REVISTA COLOMBIANA DE SEGUROS "ASECOLDA". La Organización del seguro de la exportación. Bogotá, 1969.
- RIEGEL, ROBERT. MILLER, JEROMES. Seguros generales. Principios y prácticas, editorial Continental. México D. F., 1979.
- RIPERT, GEORGE. Derecho Comercial. Editorial tea. Buenos Aires, 1957.
- RUIZ RIVERA, LUIS. El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio, Imprenta Arana, México, D. F., 1960.
- SEGUROS DE CAUCION EN LA ARGENTINA. Departamento de Estudios e Investigaciones de Aseguradores de Caución, S.A. Compañía de Seguros. Buenos Aires. Septiembre, 1974.
- STAMATI, GAETANO, L'assicurazione. ed. il finanziamento di crediti alle exportazione. Tomo III, Edizioni della rivista assicurazioni AIDA. Roma, 1970.
- UNION DE ASEGURADORES COLOMBIANOS "FASECOLDA". Tarifa de Seguro de Cumplimiento.
- UNION DE ASEGURADORES COLOMBIANOS "FASECOLDA". Tarifa de Seguro de Manejo.