

**PROPUESTA PARA UNA REGULACIÓN PARA EL
SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA**



AUTOR: GERMÁN GAMA CHIROLLA

Trabajo de grado

Maestría en Derecho de Seguros

DIRECTORA: CLAUDIA SALGADO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

BOGOTÁ, D.C., 2015

**PROPUESTA PARA UNA REGULACIÓN PARA EL
SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA**



AUTOR: GERMÁN GAMA CHIROLLA

Trabajo de grado

Maestría en Derecho de Seguros

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

BOGOTÁ, D.C., 2015

NOTA DE ADVERTENCIA:

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

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
METODOLOGÍA	14
PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO	15
Artículo 1.....	15
Artículo 2.....	29
Artículo 3.....	37
Artículo 4.....	44
CONCLUSIÓN	48
BIBLIOGRAFÍA	49

INTRODUCCIÓN

Una de las primeras asignaturas a la que todo futuro abogado debe asistir iniciando su formación profesional es aquella comúnmente conocida bajo el nombre de *“Introducción al Derecho”*. Varios de los pilares que soportarán los conocimientos jurídicos específicos que vaya asimilando a lo largo de la carrera, los adquirirá en dicha cátedra. De ahí su importancia y su ubicación dentro del plan de estudios de la carrera.

Uno de dichos pilares lo constituye lo que se conoce como *“la plenitud del ordenamiento jurídico”*. En palabras de Rodrigo Noguera Laborde, conocido jurista y profesor emérito de la Pontificia Universidad Javeriana, *“el ordenamiento jurídico no es solamente un sistema coherente y unitario de normas, sino, además, un sistema caracterizado por su plenitud”*¹.

Para el profesor Noguera la plenitud de un ordenamiento jurídico consiste

“en que tal ordenamiento jurídico contiene siempre normas con cuya aplicación pueden resolverse todas las controversias o diferencias entre los particulares, o entre estos y el Estado. Nada le

¹ Noguera Laborde, R. *Introducción general al derecho*. Bogotá: Fondo de publicaciones, 2007, cuarta edición, pág. 232.

falta al respecto, y por ello el artículo 48 de la ley 153 de 1887 expresa: “Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.””.

“¿Quiere decir lo anterior, acaso, que en el ordenamiento jurídico no se presentan lagunas, vacíos o fisuras, es decir ausencia de normas que permitan resolver un conflicto o litigio? De ninguna manera. En todo ordenamiento jurídico suelen presentarse lagunas. Ellas son inevitables porque es imposible que el legislador, al expedir los códigos y demás leyes, haya podido prever todas las situaciones conflictivas futuras”².

En punto de cómo llenar las lagunas según el derecho positivo colombiano, señala el mismo autor:

“Nuestro derecho ha señalado derroteros muy concretos a los jueces y otros funcionarios

² Noguera Laborde, op. cit., pág. 232. Prosigue el profesor Noguera señalando al respecto que “Ya lo decía Portalis respecto del código civil francés de 1804, con estas palabras: “Nosotros (los miembros de la comisión redactora de tal obra) estamos igualmente preservados de la peligrosa ambición de querer regularlo todo y preverlo todo. Hágase lo que se haga, las leyes positivas no podrían reemplazar jamás el uso de la razón natural en los negocios de la vida. Un código, por completo que pueda parecer, apenas terminado no basta para resolver los mil problemas inesperados que se presentan al magistrado. Porque las leyes, una vez redactadas, continúan estándolo en los términos en que lo fueron. Pero los hombres, por el contrario, jamás descansan, obran siempre, y ese movimiento, que no tiene fin y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, produce a cada instante alguna nueva combinación”.

públicos para su tarea de llenar los vacíos legislativos, cuando estos se presenten. Podemos afirmar, sin exageraciones, que, al respecto, nuestro derecho positivo se llevaría el primer premio en un concurso. (...) Ellos aparecen señalados, en primer término, en la ley 153 de 1887, y luego, en nuestra reciente Constitución de 1991, que por este aspecto no merece reparos sino elogios.

El artículo 8º de la citada ley dice así: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

(...)

Por su parte, el artículo 230 de la Constitución expresa: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.³

³ Noguera Laborde, op. cit., pág. 240. Para el Dr. Noguera ¿qué quiere decir que los conceptos enumerados sean “criterios auxiliares de la actividad judicial”? Según él “se trata de criterios que vienen en ayuda de la actividad jurisdiccional cuando ésta no puede cumplirse con la aplicación de la ley porque ella falte o porque sea oscura. Tales “criterios auxiliares” son, pues, los que deben utilizarse tanto para interpretar las normas como para llenar sus vacíos”.

Todo lo anterior le permite al autor en cuestión concluir que en Colombia

“(…) los vacíos legislativos deben suplirse acudiendo a las siguientes fuentes: a la analogía, luego a la equidad, en tercer lugar a los principios generales del derecho, en seguida a la doctrina constitucional, en quinto lugar a las reglas generales del derecho, que no se confunden con los principios generales del mismo, y por último, a la doctrina de los tratadistas o maestros del derecho. Nos parece que así deben ordenarse jerárquicamente.”⁴

En punto del seguro de cumplimiento, hoy en día, las normas con cuya aplicación se podrían resolver *“todas las diferencias o controversias”* –parafraseando al profesor Noguera Laborde–, únicamente son dos –el artículo 203 del Estatuto Orgánico de Sistema Financiero⁵ y el artículo 1099 del Código de Comercio⁶-. Imposible, en consecuencia, hablar de un

⁴ Noguera Laborde, op. cit., pág. 240.

⁵ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993). *Artículo 203. Seguro de manejo o de cumplimiento. 1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar 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; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.*

⁶ Código de Comercio. *“Artículo 1099. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente*

régimen legal del seguro de cumplimiento en el derecho positivo colombiano⁷.

En cuanto a la ausencia de regulación específica para este tipo de seguro ha señalado el jurista Carlos Ignacio Jaramillo:

"Pues bien, en lo que se refiere al denominado seguro de cumplimiento, la doctrina ha estructurado, en apretada síntesis, una serie de conclusiones que tienen como fundamento, de una parte, la ausencia de regulación específica en punto tocante con esta modalidad aseguraticia, más allá de la referida mención legal y, de la otra, la remisión a las normas generales del seguro que, por integración normativa, en lo pertinente, están llamadas a colmar los vacíos legales imperantes en esta específica materia, aunque el tema en cuestión, ciertamente, no es del todo pacífico, entre otros motivos por cuanto la definición de su naturaleza jurídica, bien se sabe, es bastante

en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato."

⁷ Máxime cuando los aspectos involucrados en dicho par de normas son: i) objeto del seguro, ii) destinatarios del seguro y iii) subrogación.

*controversial, a la vez que alambrada por la dificultad*⁸.

A manera de anticipo, las conclusiones de la doctrina nacional a las que acaba de hacer referencia el profesor Jaramillo –las cuales se analizarán en su oportunidad–, tienen como común denominador el hecho de que, en su gran mayoría, han sido concebidas teniendo en cuenta criterios de justicia o equidad. En cuanto a éste último, recordemos que al inicio de la presente exposición señalamos que, por mandato del artículo 230 de la Constitución Política, la equidad es el siguiente criterio auxiliar a ser empleado por el juez cuando la legislación –ya sea por aplicación directa o por analogía– no le brinde respuesta a la solución del problema jurídico al que se enfrenta.

Señala Noguera Laborde que

“la equidad, como criterio para llenar los vacíos legislativos, equivale a buscar la norma ausente acudiendo a la noción de justicia. Habrá, pues, lugar a hacer esta pregunta: ¿qué pide la justicia, de acuerdo con el valor que está en juego, para resolver la controversia o litigio no contemplado por la ley? Es lo que en el fondo aconseja Gény cuando pide que en tales casos el juez busque la

⁸ Jaramillo Jaramillo, C. Derecho de seguros: estudios y escritos jurídicos. 1ª edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas : Temis : AIDA, 2013. Colección estudios no. 1, tomo IV p. 131.

norma en la misma naturaleza de las cosas disputadas⁹. (Subrayado fuera de texto).

Consecuencia de dicha falta de reglamentación –aunada a la manera como el legislador desconoció en su momento la posición del Corte Suprema de Justicia¹⁰– para el maestro Bernardo Botero Morales

“resulta forzoso concluir que, a la luz del derecho positivo colombiano, las garantías de cumplimiento son verdaderos contratos de seguro, con todas las inconsistencias y dificultades que tal tratamiento conlleva. Resulta de otra parte lamentable que, ya que se optó por este enfoque, no se hayan hasta ahora dictado normas que, con carácter de excepción a las reglas y principios generales que rigen el contrato de seguro, al menos den al denominado seguro de cumplimiento

⁹ Noguera Laborde, op. cit., pág. 242.

¹⁰ *“De otra parte, quienes sosteníamos que las garantías de cumplimiento tenían naturaleza jurídica de fianzas, fundamos nuestra posición en que, en primer término, con tal carácter se las concebía en el decreto 222 de 1983 y, en segundo término, en que la Ley 225 de 1938 había sido derogada por mandato expreso del artículo 2033 del nuevo código. A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia expedida el 12 de octubre de 1990, concluyó que efectivamente mediante el artículo 2033 del Código de Comercio se derogó la Ley 225 de 1938.*

La verdad, tal vez la triste verdad, es que sin mayor análisis y ningún debate, habida consideración seguramente de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, la controversia se cortó por lo sano mediante la reproducción en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero del artículo 2º de la Ley 225 de 1938 (...).” Botero Morales, B. El Seguro y la Fianza. Naturaleza jurídica de las garantías de cumplimiento. En: Zornosa Prieto, H (compiladora). Escritos sobre riesgos y seguros. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p.457 - 458.

una regulación más acorde con la naturaleza de las prestaciones que asume el garante”¹¹.

No existiendo legislación en punto del seguro de cumplimiento, tampoco encontramos –siguiendo el camino señalado Noguera Laborde– leyes que se puedan aplicar por analogía al seguro de cumplimiento, quedando, entonces, agotado el campo de búsqueda en el ámbito legislativo.

Por último traigo a colación las siguientes palabras del profesor Andrés Ordóñez, no con un fin distinto a que constituyan el motor para volcar esfuerzos en punto de brindar al seguro de cumplimiento de las características de claridad y fortaleza que espera cualquier beneficiario de una garantía:

“En este sentido, es válido considerar que las compañías de seguros no deben tener como función, en ningún caso, expedir fianzas; su negocio tiene unas características demasiado sofisticadas desde el punto de vista técnico que lo hacen inconfundible con el negocio de los fiadores, cuya función en gran medida no es indemnizatoria sino de cumplimiento de la obligación en especie, y para quienes resulta muy normal garantizar obligaciones dinerarias y la solvencia de los deudores. No es esa en esencia la función de los aseguradores: su función es cubrir los daños patrimoniales que se generen como consecuencia de hechos inciertos, y si bien el pago de una deuda por un tercero es un

¹¹ Botero Morales, B. Op. cit. p.458.

hecho incierto que causa daño al acreedor, cuando se trata de obligaciones de dar o dinerarias, no se cumple con una función indemnizatoria sino de pago en especie que no es propia del seguro de daños.”

METODOLOGÍA

La propuesta de regulación e incorporación en el Código de Comercio de los artículos que componen el presente trabajo ha sido concebida como una nueva sección (sería la VI) dentro del Capítulo II (seguro de daños) del Título V del Código de Comercio.

Lo anterior responde a un esfuerzo por evitar descodificar el referido Título V del estatuto mercantil. Así las cosas los artículos que conforman el presente trabajo se agruparan dentro de lo que sería una nueva sección al interior de dicho título.

Dicha sección llevaría el nombre de “*Seguro de cumplimiento*”.

Las normas en ella contenida son disposiciones de exclusiva aplicación para el seguro de cumplimiento entre particulares.

PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Los siguientes artículos son los textos que se proponen para su inclusión en el Código de Comercio, Título V, Capítulo II, Seguros de daños, bajo una nueva sección que sería la Sección VI, sobre Seguro de Cumplimiento.

Artículo 1

Artículo 1136-1. El de cumplimiento es un seguro patrimonial.

La cláusula que tenga como objeto pactar que ante un incumplimiento del garantizado la aseguradora estará en la obligación de indemnizar únicamente los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada, no producirá efecto alguno.

Exposición de motivos:

Tres son los objetivos que se buscan con la propuesta de artículo que antecede:

El primero, que de una vez por todas se tome partido en Colombia, por disposición clara y expresa del Código de Comercio, sobre que el seguro de cumplimiento es en efecto un contrato de seguro.

En segundo lugar, dejar en claro que, en lo que tiene que ver con la clasificación de los seguros que trae el estatuto

mercantil colombiano, el seguro de cumplimiento se encuadra en los seguros de daños y, dentro de éstos, se ubica dentro de los seguros de tipo patrimonial. Aclarar desde la óptica del legislador el tipo de seguro al cual corresponde el seguro de cumplimiento tiene como finalidad evitar que normas que fueron diseñadas para los seguros reales sigan siendo objeto de intento de aplicación para interpretar el seguro de cumplimiento, en desmedro de los intereses de las partes en este tipo de seguro.

En tercer lugar, atender la necesidad de proteger las expectativas de los asegurados al momento de la liquidación del siniestro en cuanto al monto de la garantía contratada. Está en sintonía con la transparencia que se busca en las relaciones de consumo y busca evitar que el seguro de cumplimiento sea catalogado como una garantía, a la postre, irrisoria.

Siguiendo el mismo orden propuesto, a continuación explico cómo la estructura del artículo está construida para dar soluciones a los puntos anteriores.

1.1. Definición legal del seguro de cumplimiento como seguro.

La única referencia que trae el Código de Comercio respecto del seguro de cumplimiento se encuentra en su artículo 1099¹².

¹² Código de Comercio. Art. 1099.— El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra

Conscientes de la profunda y larga discusión referente a si el seguro de cumplimiento es en últimas una fianza o un contrato de seguro¹³, no resulta suficiente limitarse a la escueta referencia que incorpora el código en cuestión para afirmar que estamos frente a un contrato de seguro.

De ahí que el artículo propuesto inicie señalando que el seguro de cumplimiento es un contrato de seguro.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia incorpora hoy en día al ordenamiento jurídico posiciones jurídicas que solo son entendibles partiendo de la base de que cuando hablamos del seguro de cumplimiento no estamos hablando de un contrato distinto a uno de seguro.

Se trata de desarrollos jurisprudenciales que, a falta de legislación, han ido moldeando el alcance de la garantía de cumplimiento como seguro, dentro de los cuales vale la pena destacar los siguientes¹⁴:

el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado.

Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

¹³ Botero Morales, Bernardo, *“El Seguro y la Fianza”*, Revista Iberoamericana de Seguros No. 2, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1993, pág. 91.

¹⁴ Los cuales se analizarán de manera específica en los acápite correspondientes a cada una de las temáticas que tratan.

- Al tener una finalidad de garantía en favor de terceros, al seguro de cumplimiento no le son aplicables la totalidad de las normas que regulan el contrato de seguro¹⁵.
- La no terminación automática del seguro de cumplimiento por mora en el pago de la prima¹⁶.
- La manera como ha de liquidarse un siniestro bajo una póliza de seguro de cumplimiento que contiene una cláusula de proporcionalidad¹⁷; y
- La necesidad de soportar la prueba de un daño derivado del incumplimiento contractual o, lo que es lo mismo, la Corte Suprema ha consagrado el postulado por virtud del cual no basta el mero incumplimiento del afianzado para derivar una obligación de indemnización a cargo de la aseguradora. Para la Corte debe aportarse la prueba del perjuicio amparado por la póliza que dicho incumplimiento ha ocasionado¹⁸, so pena de declarar la ausencia de perjuicio derivado del incumplimiento.

¹⁵ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 16 de septiembre de 2005 (expediente 13220-01) respecto del alcance del artículo 1044; sentencia del 2 de mayo de 2002 (expediente 6785) respecto de la revocación y las restricciones al riesgo asegurado; sentencia del 15 de agosto de 2008 (expediente 03216-01) respecto del estado del riesgo.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de diciembre de 2009 (expediente 00389-01).

¹⁷ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 26 de octubre de 2001 (expediente 5942) y del 9 de noviembre de 2004 (expediente 12789).

¹⁸ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 22 de julio de 1999 y del 1 de junio de 2005 (expediente 13835).

Renglón aparte merece la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de agosto de 2008 (expediente 03216-01) en la cual, tras explicar las diferencias y similitudes entre el contrato de fianza y el seguro de cumplimiento, la Corte concluye que se trata de un contrato de seguro¹⁹.

Por su parte la rama ejecutiva del estado colombiano, vía su poder regulatorio, ha promulgado normas que parten de la base de que el seguro de cumplimiento es, en efecto, un seguro. Si bien el origen del seguro de cumplimiento como seguro dentro de nuestra legislación se remonta a la Ley 225 de 1938²⁰, hoy en día es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el que se considera que contiene lo que en su momento fue la puerta de entrada del seguro de cumplimiento en Colombia.

El Decreto 2555 de 2010²¹, de capital importancia en temas financieros, parte de la base en varias de sus disposiciones²² de que estamos frente a un contrato de seguro.

¹⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 15 de agosto de 2008 (expediente 03216-01)

²⁰ La Superintendencia Financiera respecto a la motivación de la Ley 225 de 1938: *“Esta referencia histórica tiene por fin exclusivo poner de relieve que fue necesaria la expedición de una ley, al estarse consciente de que el ordenamiento jurídico relativo al contrato de seguro en general no era bastante a dicho propósito. Lo que de suyo hace manifiesto a la vez el perfil sui generis del naciente seguro”* (Concepto No. 200304612 de febrero 4 de 2004).

²¹ *“Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia de sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”*, también conocido como Decreto Único Financiero.

²² **Artículo 2.31.2.1.1.** *El valor asegurado de las pólizas de seguros que emitan entidades aseguradoras legalmente establecidas en el país se podrá expresar en moneda extranjera en los siguientes eventos:*
(...)

Por su parte, la Superintendencia Financiera ha plasmado en conceptos que para ella no cabe duda alguna de que estamos frente a un contrato de seguro y, en línea con los desarrollos jurisprudenciales de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha emitido conceptos que tocan el origen y las características del seguro de cumplimiento²³, su diferencia con el seguro de crédito²⁴, la improcedencia de su terminación automática por no pago de la prima y de su revocatoria unilateral²⁵, el riesgo asegurable y la naturaleza especial del seguro de cumplimiento²⁶, entre otros.

Así las cosas, hoy en día se pide desde varios frentes que el legislador se ocupe del contrato de seguro de cumplimiento, atendiendo los avances que se han alcanzado en varios puntos que generan debate.

8. En los seguros de cumplimiento que garanticen contratos financiados con empréstitos en moneda extranjera, a largo plazo y con entidades financieras o de fomento domiciliadas en el exterior.

Artículo 9.1.3.1.1 *Contenido del acto que ordene la liquidación forzosa administrativa*

(...)

b. En el caso de aseguradoras, la advertencia acerca de la terminación automática al vencimiento de un plazo de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo, de los contratos de seguro vigentes, cualquiera sea su clase, salvo cuando se trate de seguros de cumplimiento o de vida, evento en el cual el plazo podrá ser ampliado hasta en seis (6) meses.

²³ Conceptos 2000085295 de 31 de mayo de 2001 y 2003046122-2 de 4 de febrero de 2004.

²⁴ Concepto 2000072690-01 de 2 de marzo de 2001.

²⁵ Concepto 2010085690-0004 de 8 de febrero de 2001 y 2007012879-001 de 9 de mayo de 2007.

²⁶ Concepto 2003046122-2 de 4 de febrero de 2004.

Recientes producciones doctrinarias nacionales, con gran carga de autoridad en la materia, acogen el talante asegurador de la garantía de cumplimiento que ofrecen las compañías de seguros. En el derecho comparado, las legislaciones promulgadas recientemente en punto de derecho de seguros como la peruana²⁷ y la chilena²⁸ han reconocido el de cumplimiento como un seguro propiamente dicho, mientras que México le abrió la posibilidad a las compañías de seguros instaladas en dicho país para empezar a ofrecer seguros de este tipo.

De lo anterior la pertinencia y necesidad de que el legislador esté en sintonía con la posición hoy en día decantada en punto de la naturaleza jurídica de seguro respecto de las garantías de cumplimiento emitidas por compañías de seguros.

1.2 El seguro de cumplimiento es un seguro de daños de tipo patrimonial.

²⁷ Ley del Contrato de Seguro, artículo 113. “Seguro de caución. Por el seguro de caución el asegurador se obliga frente al asegurado, dentro de los límites y condiciones establecidas en el contrato y en la ley aplicable, a indemnizarlo en caso de que el contratante o tomador del seguro incumpla sus obligaciones contractuales o legales garantizadas. Es válido el pacto por el cual se requiere probar los daños para que proceda la indemnización. En tal medida, para resolver el contrato de seguro de caución por causa distinta al vencimiento del plazo de vigencia establecido, será necesaria la autorización del asegurado.”

²⁸ Señala el artículo 582 del Código de Comercio chileno: “Por el seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en identificar al seguro de cumplimiento como un seguro de tipo patrimonial.

Recordemos que, según la clasificación de los seguros contenida en el Código de Comercio colombiano, los seguros se dividen en dos grandes categorías: de personas y de daños. Dentro de estos últimos se genera una subdivisión por virtud de la cual los seguros pueden a su vez ser reales o patrimoniales dependiendo si el bien objeto del seguro es una cosa determinada, caso en el cual estaremos frente a un seguro real, o el patrimonio del asegurado, caso en el cual estaremos frente a un seguro patrimonial.

La importancia práctica de lo anterior radica en que si bien comparten el mismo género, a los seguros reales y patrimoniales no les aplican las mismas normas. El artículo 1102²⁹ del Código de Comercio es uno de esos artículos contenidos en la regulación común para los seguros de daños respecto del cual existe consenso en la jurisprudencia y doctrina en punto de señalar que únicamente tiene cabida en los seguros reales.

Para Efrén Ossa dicho artículo incorpora lo que denomina como la “*regla de proporcionalidad*” la cual no es otra cosa que “*un mecanismo técnico jurídico que la ley ha erigido, en*

²⁹ Código de Comercio. Art. 1102.— *No hallándose asegurado el íntegro valor del interés, el asegurador sólo estará obligado a indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté. Sin embargo, las partes podrán estipular que el asegurado no soportará parte alguna de la pérdida o deterioro sino en el caso de que el monto de estos exceda de la suma asegurada.*

guarda del equilibrio contractual, como medio compensatorio de la eventual insuficiencia de la prima. No reviste ciertamente naturaleza sancionatoria. No presupone en el asegurado una conducta contraria a derecho. A él compete declarar la “suma asegurada” que mejor consulte su conveniencia, su capacidad de pago, su grado de previsión. La regla proporcional está llamada a funcionar como límite de la prestación indemnizatoria a cargo del asegurador si, en el momento del siniestro se dan dos condiciones objetivamente consideradas: a) pérdida parcial y b) el infraseguro. En síntesis la regla proporcional es procedente en la regulación del daño indemnizable cuando quiera que, dado un daño parcial del interés objeto del seguro, la suma asegurada conforme al contrato sea inferior al valor asegurable de dicho interés en el momento mismo del siniestro”³⁰.

De la cita en cuestión dos aspectos no dejan duda de que dicha regla proporcional tiene cabida únicamente en los seguros de reales, a saber:

- El concepto de pérdida parcial al que hace referencia dado que los patrimonios no son susceptibles de afectarse parcialmente. A diferencia de lo que sucede con las cosas, las cuales pueden verse afectadas de manera total o parcial, con el patrimonio se tiene que el mismo se afecta o no se afecta. No importa la medida de la afectación puesto que al ser una universalidad de bienes no hay lugar a distinguir entre afectaciones parciales o totales.

³⁰ Ossa, Efrén. Teoría General del Seguro – El Contrato, Ed. Temis, 1984, p. 202, 206 y 207

- El concepto de valor asegurable es propio de los seguros reales y no tiene cabida en los seguros patrimoniales en los cuales se habla únicamente de valor asegurado.

La necesidad de tener que abordar estos conceptos en esta exposición obedece a que aún se oyen voces que propugnan por la viabilidad de la referida cláusula de proporcionalidad para los seguros de cumplimientos. Bien resume la doctora María Cristina Isaza en su artículo "*Seguro de cumplimiento entre particulares. Cláusula de proporcionalidad*"³¹ los fundamentos de esta posición, así:

"Quienes sostienen la viabilidad de la aplicación de la cláusula de proporcionalidad argumentan que, en estos casos, la determinación del valor del interés asegurable está dada por la estimación en dinero de la totalidad de la obligación que se pretende garantizar. Así, se trata entonces de un típico seguro de daños de carácter similar al real, ya que el interés asegurable consistiría en un derecho cuyo valor económico se halla plenamente determinado desde el momento mismo de la suscripción del contrato de seguro. De esta manera, se acude al criterio de si el valor del interés es determinado y determinable desde el momento del otorgamiento de la cobertura, para concluir que se trata de un seguro de naturaleza asimilada a la de los seguros reales".

³¹ En: Revista Foro de Derecho Mercantil No. 15, abr – jun./2007, págs. 183-201.

Dado que en la práctica son contadas, por no decir nulas, las posibilidades de conseguir una póliza de seguro de cumplimiento que ampare el ciento por ciento de la obligación que se pretende garantizar, el concepto de infraseguro no puede tener cabida en el seguro de cumplimiento.

Al dejar en claro que estamos frente a un seguro de tipo patrimonial, el asegurado tendrá un argumento de estirpe legal en procura de la defensa de sus intereses en el evento en que encuentre que la liquidación de la pérdida derivada del siniestro amparado bajo la póliza de cumplimiento hace uso del artículo 1102 al momento de liquidar la indemnización.

De ahí la justificación para aclarar el tipo de seguro al cual corresponde el seguro de cumplimiento. Como se verá a continuación, lo anterior está impulsado por el interés de poner freno a indemnizaciones irrisorias cuando existen sumas aseguradas que superan con creces el monto del perjuicio que se solicita indemnizar.

1.3 La proscripción de la cláusula de proporcionalidad en los seguros de cumplimiento entre particulares.

Atendiendo a la misma motivación que tuvo en cuenta el derecho público, esto es, la de contar con una garantía que a la postre sirva para reparar los perjuicios causados por el deudor incumplido, con el presente artículo se pretende llevar el régimen de derecho privado al estado actual en el que se encuentra el derecho público, dentro del cual hoy en día las aseguradoras no pueden alegar un cumplimiento parcial de

la obligación de su afianzado con miras, en esa misma medida, a lograr reducir el monto de la indemnización a su cargo.

La razón de lo anterior tiene relación con lo señalado en el numeral anterior en punto de que en los seguros patrimoniales no es posible estar frente a pérdidas parciales.

Como lo señala la doctora Isaza Posse en el artículo ya citado respecto de la cláusula de proporcionalidad en los seguros de cumplimientos entre particulares, "(...) *el criterio que inspira la aplicación de la comentada cláusula está fundado en un criterio de validez cuestionable. La relación que existe entre el grado de ejecución del contrato no es directamente proporcional a los perjuicios que puedan ocasionarse al contratante-acreedor. En consecuencia, ello no constituye un marco de referencia válido para establecer la reducción de la cuantía de la indemnización en la misma proporción en que se haya cumplido la obligación por parte del deudor.*

Piénsese en un contrato de construcción de un tramo de carretera, en el que debe ir un puente en la mitad, que representa un 10% frente al valor total del contrato. Si se cumple con la construcción de todo el tramo de carretera (90%), pero se incumple con la construcción del puente (10%), la carretera no es utilizable para los fines propuestos, generándose con ello un perjuicio al contratante igual al que se produciría en el evento de un incumplimiento total de las obligaciones. Entonces, el criterio de utilizar el porcentaje

ejecutado de la obra para determinar el monto de los perjuicios sufridos por el acreedor no resulta válido”³².

Dado que algunas aseguradoras sustentan la aplicación de la cláusula de proporcionalidad no en la aplicación de la regla proporcional contenida en el artículo 1102 del Código de Comercio, sino en la consecuencia que se desprende del artículo 1596 del Código Civil cuando da a entender que si el deudor cumple parcialmente la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, aquél tendrá derecho a que se le rebaje la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal, es necesario entrar a estudiar si dicho artículo del Código Civil tiene la virtualidad de ser tenido en cuenta al momento de liquidar el siniestro.

Para tal efecto hay que ubicar al artículo 1596 dentro de la estructura del Código Civil y con ello entender que hace parte del capítulo que regula la figura de la cláusula penal. Lo anterior cobra importancia no solo porque se trata de una norma especial que tiene su ámbito material de aplicación siempre que esté de por medio una cláusula penal pecuniaria, sino además porque en las pólizas de cumplimiento entre particulares las aseguradoras excluyen de cobertura las obligaciones contenidas en los contratos garantizados que tengan la naturaleza de cláusula penal.

Así las cosas, el absurdo es total cuando para esta clase de seguro entre particulares las compañías no acceden a la cobertura de cláusula penal pero sí llegan a tener en cuenta

³² En: Revista Foro de Derecho Mercantil No. 15, abr – jun./2007, págs. 183-201.

dicha figura para efectos de la liquidación, sin importar que no se esté frente a una cláusula penal.

De ahí que no exista argumento válido para pensar que un seguro patrimonial tenga que sufrir esfuerzos interpretativos que no se dan en otro tipo de seguros de la misma estirpe como, por ejemplo, el de responsabilidad civil, en donde lo que se mira es el monto del perjuicio, su existencia y en qué medida cabe dentro de la suma asegurada para efecto de liquidarlo.

La necesidad de tener que corregir lo que está sucediendo en la práctica hace que se entienda la decisión que en su momento se tomó para las pólizas de cumplimiento en favor de entidades estatales, necesidad que tiene como fin último la preservación del producto en beneficio de todos los intervinientes en el mercado de seguros.

Artículo 2

Artículo 1136-2: Contra las reclamaciones que el asegurado le presente, el asegurador no podrá oponer las defensas del artículo 1044 del Código de Comercio. Tampoco podrá alegar las inexactitudes o reticencias en las que el garantizado hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro.

Las disposiciones contenidas en los artículos 1054 y 1055 del presente estatuto, no tendrán aplicación para el seguro de cumplimiento, salvo lo relativo al amparo de las sanciones de que trata este último.

Exposición de motivos.

El hecho de que el contrato de seguro no haya surgido teniendo como norte el constituirse como una garantía a favor de terceros, hace que varias de las normas que lo regulan – incluidas aquellas que lo atraviesan transversalmente como, por ejemplo, aquella relativa a los efectos de la reticencia en la solicitud de seguro–, deban ser objeto de análisis para encontrarles el nivel de participación o fuerza que deberían tener cuando el contrato de seguro asume el rol de garantía para un tercero.

La inquietud que surge frente a lo anterior tiene que ver con si es posible que normas que recogen los pilares del contrato de seguro puedan ser matizadas en su aplicación, puesto que no son pocos los casos en donde hay situaciones que son o blanco o negro y no admiten zonas grises, so pena de dejar de servir para lo que fueron concebidas.

Sabemos que un desarrollo de la *uberrima bona fides*, que debe estar presente en todo contrato de seguro, se concreta

en el artículo 1058 del Código de Comercio³³. No existe contrato de seguro en el que sea excusable la declaración sincera de los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo.

De ahí que surja la pregunta de si puede subsistir un contrato de seguro que quede por fuera de la órbita del citado 1058 del estatuto mercantil.

De esta problemática en particular surge el problema que a nivel general venimos abordando y que bien expresa la doctora Carmenza Mejía Martínez en los siguientes términos:

“El seguro de cumplimiento es un contrato denominado legalmente como tal, al que sin embargo no se aplican las

³³ Art. 1058.— El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador solo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

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 que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.

normas del contrato de seguro, que se expide como fianza a la que tampoco se aplican las normas de la fianza y que aunque se otorga con la finalidad de servir de garantía de cumplimiento de obligaciones de un tercero, no corresponde técnicamente a una «garantía» como tal.

Esas circunstancias reclaman una tarea legislativa que aún está incompleta, bien sea para regular específica y adecuadamente el seguro de cumplimiento como una categoría especial de garantía, o para autorizar y reglamentar el otorgamiento de fianzas propiamente dichas por parte de las compañías aseguradoras.”³⁴

Para la doctora Martínez Mejía, la respuesta a la pregunta de si el seguro de cumplimiento es una verdadera garantía viene en los siguientes términos:

“Con fundamento en este contrato de seguro, el asegurador indemniza al contratante los perjuicios causados por el incumplimiento o inejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Se otorga con la finalidad de servir de garantía al contratante, solo que, expedida bajo la forma de contrato de seguro, sin contar con una reglamentación específica adecuada, puede terminar no siendo una verdadera «garantía» para los contratantes”³⁵.

La parte final del primer inciso del artículo propuesto toca el punto de la reticencia en el seguro de cumplimiento en el sentido de excusar la aplicación del artículo 1058 del estatuto

³⁴ Mejía Martínez, Carmenza. *Las vicisitudes del seguro de cumplimiento*. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo – Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho, pág. 1039.

³⁵ Mejía Martínez, Carmenza, op. cit., pág. 1040.

mercantil cuando la reticencia o error excusable tiene como origen la declaración del garantizado.

El garantizado en el seguro de cumplimiento no necesariamente coincide con la figura del tomador de la póliza. Si bien puede darse la doble calidad de tomador y garantizado, cuando sea este último quien celebre el contrato con la aseguradora, igualmente puede no darse, cuando quien celebre el contrato de seguro sea el asegurado o acreedor de la obligación objeto del contrato de seguro.

Por lo anterior, el texto normativo que se propone no está excusando la ausencia de buena fe en la celebración del contrato, llegado el caso en que se determine que el asegurado incidió en la declaración no sincera del estado del riesgo. Pero si llegare a determinarse que la persona garantizada fue la que de manera autónoma alteró voluntariamente la realidad de los hechos en su declaración al asegurador, lo que implica que debió actuar en su calidad de tomador, el asegurado no debe verse afectado por las consecuencias que trae consigo el artículo 1058, en aras de que el seguro de cumplimiento tenga el carácter de verdadera garantía.

Nótese cómo en ningún momento se está afirmando que el artículo 1058 no tiene cabida en el seguro de cumplimiento. La tendrá cuando sea el asegurado quien falte a la sincera declaración de los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo. Pero perderá fuerza cuando la aplicación del mismo pueda dar lugar a que se desnaturalice la naturaleza de garantía gracias a la cual haya sido posible

iniciar la ejecución del contrato contentivo de las obligaciones garantizadas o se haya accedido a los beneficios legales en el evento de que estemos frente a una póliza de cumplimiento de disposiciones legales o una caución judicial.

Desde la óptica de la teoría de los contratos, lo anterior se refuerza con la teoría de la relatividad de los contratos, teoría por virtud de la cual no es oponible cláusula alguna a quien no es parte del contrato. En el caso en que el asegurado no sea el tomador del contrato, la aseguradora, bajo esta teoría contractual, no podrá oponer las consecuencias que incorpora el supuesto de hecho contenido en el artículo 1058³⁶.

Toda vez que la reticencia es solo una de las excepciones que el artículo 1044³⁷ del Código de Comercio le permite al asegurador oponer, la norma propuesta pretende ampliar su campo de aplicación a todas aquellas defensas que de ser usadas afecten la fortaleza y la esencia de la garantía.

³⁶En sentencia de 16 de septiembre de 2005 (expediente 13220-01) la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló a este respecto: *“Lo mismo cabe decirse del supuesto fáctico contemplado en la cláusula décima de las condiciones generales del contrato de seguro, según la cual si la “entidad contratante en el momento de ocurrir el siniestro fuese deudora del contratista por cualquier concepto, se compensarán las obligaciones en la cuantía a que haya lugar”. Esto porque así el sentenciador hubiere pasado por alto su contenido, es claro que como la demandante, en su calidad de asegurada y beneficiaria, no era parte del contrato de seguro, pues tal calidad se predica únicamente del asegurador y del tomador (artículo 1037 del Código de Comercio), la cláusula en mención no le era oponible”*.

³⁷ Art. 1044.— Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser estos distintos de aquel, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador

Piéñese por ejemplo en la revocación de la póliza que haya hecho el garantizado, aprovechando su posición de tomador en la póliza, encontrándose el contrato en ejecución, de la cual se derivara una defensa en cabeza de la aseguradora al momento en que el asegurado le elevara una reclamación.

En cuanto al segundo inciso del artículo propuesto, tenemos lo siguiente:

Señalan los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio:

“Art. 1054.— Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”

“Art. 1055.— 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 lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

Respecto del alcance de dichas disposiciones en seguro de cumplimiento, así se ha pronunciado el tratadista Jorge Ignacio Narváez Bonnet:

“En la estructura general prevista en el Código de Comercio sobre el riesgo asegurable, se entienden extraños a tal categoría los sucesos que dependan de la voluntad del tomador (artículo 1054) y los actos meramente potestativos, dolosos o con culpa grave del mismo (artículo 1055). Esta noción de riesgo asegurable se contrapone a lo que constituye uno de los factores medulares del seguro de cumplimiento, por lo cual la jurisprudencia ha enfatizado, reiteradamente, que tales artículos del código no son compatibles con la naturaleza del seguro de cumplimiento.”³⁸.

En efecto, mediante sentencia del 2 de mayo de 2002 (expediente 6785), la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en los siguientes términos:

“Dicho esto, y retomando el hilo, dígase ahora que una compañía aseguradora, pues, que cobre una prima asegurando eso mismo, no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor; no lo primero, porque tal seguro tiene la base legal ya vista, cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio; y no lo segundo, porque, amén de ignominiosa, sería altamente nociva la conducta de quien, sabiéndolo, o debiéndolo saber dada su destreza en la materia, propiciara la contratación de

³⁸ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento de contrato y obligaciones. 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, (Colección profesores No. 52)

pólizas cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no solo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño. En fin, un seguro casi humorístico”.

Habiendo quedado vista la sintonía entre la doctrina más reciente en punto del seguro de cumplimiento y la posición que al respecto tiene la Corte Suprema de Justicia, se ha estructurado en el segundo inciso del artículo propuesto la manera de acompañar las necesidades de fortaleza que se le exigen a la póliza como garantía con aquellas de preservar dos disposiciones que en conjunto constituyen la teoría del riesgo asegurable en los contratos de seguro.

No con ello queremos atentar contra uno de los pilares de la ciencia aseguradora. Lo que se ha hecho es un ejercicio de ponderación, por virtud del cual, en el presente caso los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio ceden el paso a la finalidad de garantía intrínseca a la póliza de cumplimiento.

Artículo 3

Artículo 1136-3: En la póliza de seguro de cumplimiento en la que figure como tomador persona distinta al asegurado no operará la terminación a que hace referencia el artículo 1068 del presente estatuto.

Ante la ausencia de pacto expreso, la devolución de la prima en el seguro de cumplimiento se determinará atendiendo a criterios de equidad.

Exposición de motivos.

El pacto de la prima es uno de los elementos esenciales que se requieren para que el contrato de seguro nazca a la vida jurídica.

Dado el carácter consensual del que hoy goza en nuestra legislación el contrato de seguro, el legislador consagró que una vez configurada la mora en el pago de la prima opera la terminación automática del contrato de seguro. Así lo señala el artículo 1068 del Código de Comercio:

“Art. 1068.— La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes".

La obligación del pago de la prima está en cabeza del tomador, tal como lo consagra el artículo 1066 del Código de Comercio³⁹. De ahí que, en aras de compaginar la necesidad que se ha venido trabajando a lo largo de este trabajo, el inciso primero del artículo en cuestión incorpore una distinción en punto de la persona del tomador. Así, si en la persona del tomador confluye también la calidad de asegurado, no vemos razón por la cual el artículo 1068 no deba operar.

En esta hipótesis, es claro que quien está adquiriendo la garantía tiene la obligación de pagar la prima, entendida como una de aquellas obligaciones cuyo cumplimiento beneficia al obligado.

En el evento en que el tomador—asegurado no pague la prima dentro del plazo convenido, el seguro habrá perdido su

³⁹ **Art. 1066.**—Modificado. Ley 45 de 1990, art. 81. El tomador del seguro está obligado al pago de la prima. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella.

eficacia por causa exclusiva reconducible al beneficiario de la misma.

Caso distinto, con consecuencias por lo mismo diferentes, señala la propuesta de artículo para el evento en que la calidad de tomador de la póliza coincida con la de garantizado en el contrato, dado que en este caso el ordenamiento deberá ponerse en guardia nuevamente para evitar que por actos propios del garantizado la póliza de cumplimiento pierda efectividad para el asegurado y que éste deba soportar jurídicamente la consiguiente terminación de la garantía.

Frente a un caso similar la Corte Suprema de Justicia se pronunció en los siguientes términos:

“Desde esa perspectiva, la terminación automática del seguro de cumplimiento por mora en el pago de la prima aparejaría que la aseguradora, en su calidad de garante, se desligara de su obligación por una situación atribuible al afianzado, dejando sin protección al acreedor, quien estaría permanentemente expuesto a la aniquilación de la convención, sin ni siquiera tener noticia de ello, desde luego que esa peculiar forma de extinción no exige ser declarada, pues opera ipso iure.

Sería, en verdad, no sólo contrario a la naturaleza de esa garantía, sino también inequitativo, que quien quiso cautelar un perjuicio derivado del eventual incumplimiento de las obligaciones de las que es acreedor tenga que soportar en este otro plano las consecuencias del comportamiento de su

deudor. Por consiguiente, si el asegurador expidió la póliza y/o sus anexos sin que hubiese sido cancelado el valor de la prima, el camino que tiene delante de sí no es otro que el de perseguir su recaudo, pero en modo alguno podrá echar mano del aludido mecanismo para librarse de su compromiso.

Mírese cómo de esa manera lo entendió el legislador cuando reguló en materia administrativa lo atinente al seguro de cumplimiento, toda vez que dispuso que “la garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral”, salvaguardando así el interés público, como también debe serlo el de los particulares, protegiéndolos con una póliza vigente cuando se presenten incumplimientos imputables al afianzado.⁴⁰.

Si bien compartimos la filosofía que subyace a la conclusión de la Corte en el sentido de que a la postre la solución natural por el no pago de una póliza de cumplimiento debe ser más un tema de recaudo en cabeza de quien la expidió y no debería dar para configurar la terminación del contrato de seguro, consideramos que el Alto Tribunal pudo haber sido más específico en señalar los casos en los que la terminación automática no debería operar.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de diciembre de 2009 (expediente 00389-01).

De ahí la propuesta que recoge el modelo de artículo que proponemos cuando distinguimos entre la persona del tomador-asegurado y el tomador-garantizado.

En lo que atañe al segundo inciso del artículo, lo que se busca mediante su consagración es establecer una solución a la discusión que con alguna frecuencia se da cuando el contrato garantizado sufre alguna modificación que resulta en la disminución ya sea de su objeto, duración o alcance.

Dentro de las conclusiones del trabajo de grado titulado “*La forma en que se devenga la prima en el seguro de cumplimiento*”⁴¹ se traen a colación las siguientes:

“(…)

- *Como el principio de divisibilidad de la prima es la regla general, se le aplica al seguro de cumplimiento en cuanto que la prima en estos es determinada en función del plazo determinado para cumplir con la obligación garantizada.*

(…)

- *Mientras no se resuelva el tema por vía legal o por lo menos jurisprudencial, es difícil reclamar total unanimidad en relación con el mismo por el “choque de intereses” que se produce, pero en este momento todo está dado para que se acepte que sí hay lugar a aceptar que la prima se devenga a medida que transcurre la vigencia del seguro en razón de su cálculo y de allí, que si termina anticipadamente*

⁴¹ Moreno Ramos, Andrés Felipe. Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

dependiendo de la causal, puede proceder la devolución de la prima no devengada a ese momento.

Coincidimos en la aplicación del principio de divisibilidad de la prima dado que no existe excepción en punto de la manera como se devenga la prima en el seguro de cumplimiento. De la misma manera creemos, como lo propone la tesis, que se hace necesario analizar los motivos por los cuales se está dando en la práctica la modificación de las condiciones contractuales para determinar si hay lugar a devolución de prima.

Así, en un caso en donde el contrato llegue a feliz término en un período mucho menor al contractualmente acordado, somos de la teoría que, si bien la prima se devenga día a día, en este caso no hay lugar a la devolución de la prima dado que a la postre el riesgo que aceptó la aseguradora estaba atado principalmente al cumplimiento del contrato y no al tiempo que tomara la ejecución del mismo, máxime cuando dicho tiempo fue menor que el proyectado.

De la misma manera, en punto del objeto contractual, si este se reduce una vez iniciado el contrato tampoco consideramos que cualquier decisión en punto de la existencia o no de un derecho a la devolución de prima, deberá, en caso de que no se alcance un acuerdo entre los interesados, ser resuelto por el juez del contrato atendiendo criterios de equidad una vez analizado el desarrollo del contrato, en conjunto con las causas que llevaron a su terminación.

Artículo 4

Artículo 1136-4: Lo estipulado en el artículo 1060 del presente estatuto no será aplicable a los seguros de cumplimiento, a menos que la agravación del riesgo sea imputable al asegurado.

El seguro de cumplimiento no puede ser revocado unilateralmente por el asegurador.

Exposición de motivos.

El artículo 1060 del Código de Comercio establece en cabeza del asegurado o tomador la obligación de mantener el estado del riesgo. Señala el artículo en cuestión:

“Art. 1060.— El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si esta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero solo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella”.

La pregunta que surge en punto del seguro de cumplimiento es cuál sería la manera como debe operar dicho artículo teniendo en cuenta que el dicho seguro es, tal y como se da también en los seguros de vida, de riesgo creciente.

De ahí que en principio sea imposible mantener el estado del riesgo y por lo mismo surja el interrogante de si las consecuencias que contempla el citado artículo 1060 tienen aplicación en el seguro de cumplimiento.

El aumento del riesgo a medida que va transcurriendo el plazo contractual o legal para que se cumpla la obligación, no tiene incidencia alguna de cara al asegurado.

Distinto es el caso cuando el aumento del riesgo es reconducible a una conducta del asegurado. Piénsese en un cambio en los tiempos de pago de las facturas. Manteniéndose intactos los elementos esenciales del contrato garantizado, la aseguradora puede no enterarse y, consecuentemente, defenderse ante dicha circunstancia que puede llevar a que el contratista a la postre termine incumpliendo el contrato y activando, por ende, la cobertura de cumplimiento contratada.

Otro ejemplo podría darse en el evento en que el asegurado acepte la solicitud que le haga el garantizado de que el pago de las facturas se haga a una cuenta que no guarda relación con él, en contravía de lo señalado en el contrato. Como sucedió en el ejemplo anterior no se afectan elementos esenciales del contrato pero es clara la incidencia de lo anterior en un eventual incumplimiento contractual.

Situaciones como las anteriores no son ajenas al asegurado. La enseñanza que ha dejado el ejercicio contenido en el presente trabajo consiste en que, en aras de darle solidez a la garantía en beneficio del asegurado, se tienen que hacer concesiones con miras a reforzar la posición de este de cara al asegurador. Pero en coherencia con lo anterior, situaciones de agravación del riesgo como las que se han expuesto no solo son conocidas sino avaladas por el asegurado.

Por lo anterior, la agravación del riesgo que se da en estos dos últimos casos no debe quedar cobijada bajo el concepto de riesgo creciente sino que, al ser reconducible a una acción u omisión del asegurado, debe encuadrar en las premisas del artículo 1060 que obligan a desplegar acciones de información a la aseguradora dentro de unos plazos allí señalados.

En lo que tiene que ver con la imposibilidad de revocación de este seguro por parte del asegurador, se ha incluido dicha estipulación en la misma norma, dado que dicha prohibición también encuentra su fuente en el hecho de que estemos frente a un seguro de riesgo creciente.

CONCLUSIÓN

La propuesta de regulación contenida en el presente trabajo confirma dos premisas importantes, a saber:

- La necesidad de fortalecer el seguro de cumplimiento en punto de afianzar su rol de garantía frente a terceros. De no ser así cabe pronosticar un eventual desuso de este tipo de seguro por las complicaciones que se derivan de un régimen mixto entre seguro y fianza sin consagración legal.
- El derecho público, en gran medida por el poder que ostentan las entidades estatales, de tiempo atrás identificó la necesidad de apuntalar gran parte de las propuestas que en el presente trabajo se incorporan, lo cual logró mediante la expedición de regulación especial.

Por otra parte, la elaboración de esta propuesta permite afirmar que no estamos lejos de poder configurar un único sistema de garantías de cumplimiento en la legislación local, lo cual impulsará y reforzará el papel del seguro de cumplimiento en la actividad comercial, con el consecuente beneficio que comporta para la industria aseguradora.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Botero Morales, Bernardo, “El Seguro y la Fianza”, Revista Iberoamericana de Seguros No. 2, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1993.

Isaza Posse, María Cristina. “Seguro de cumplimiento entre particulares. Cláusula de proporcionalidad” Artículo en Revista Foro de Derecho Mercantil No. 15, abril – junio de 2007, págs. 183-201.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Derecho de seguros: estudios y escritos jurídicos. 1ª edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Editorial Temis, AIDA, 2013. Colección estudios No. 1, tomo IV.

Mejía Martínez, Carmenza. Las vicisitudes del seguro de cumplimiento. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo – Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho.

Moreno Ramos, Andrés Felipe. Trabajo de grado. La forma en que se devenga la prima en el seguro de cumplimiento. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2004.

Narvéez Bonnet, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento de contrato y obligaciones. 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez (Colección profesores No. 52).

Noguera Laborde, Rodrigo. Introducción general al derecho. Bogotá: Fondo de publicaciones, 2007, cuarta edición.

Orjuela Cortés, Mónica Andrea. Regulación de la garantía de cumplimiento de obligaciones en el contrato comparado. Proyecto de investigación para optar al título de Magistra en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2015.

Ossa, Efrén. Teoría General del Seguro – El Contrato, Ed. Temis, 1984.

Zornosa Prieto, Hilda (compiladora). Escritos sobre riesgos y seguros. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición. Bogotá, 2012.

REGULACIÓN

Código de Comercio colombiano.

Código de comercio chileno.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) de Colombia.

Ley peruana de contrato de seguro.

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

Sentencia de la Sala de Casación Civil, de 26 de octubre de 2001 (expediente 5942).

Sentencia del 2 de mayo de 2002 (expediente 6785).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 9 de noviembre de 2004 (expediente 12789).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 22 de julio de 1999 y del 1 de junio de 2005 (expediente 13835).

Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 16 de septiembre de 2005 (expediente 13220-01).

Sentencia del 15 de agosto de 2008 (expediente 03216-01).

Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 18 de diciembre de 2009 (expediente 00389-01).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 15 de agosto de 2008 (expediente 03216-01).

CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Concepto 2010085690-0004 de 8 de febrero de 2001.

Concepto 2000072690-01 de 2 de marzo de 2001.

Conceptos 2000085295 de 31 de mayo de 2001.

Concepto 2003046122-2 de 4 de febrero de 2004.

Concepto 2007012879-001 de 9 de mayo de 2007.