

Agravación del riesgo
En la garantía única de cumplimiento

Myriam Stella Martínez Suancha

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Dirección de Posgrados

Derecho de Seguros

Bogotá, D.C.

2017

Agravación del riesgo
En la garantía única de cumplimiento

Myriam Stella Martínez Suancha

Tesis de grado
Maestría en Derecho de Seguros

Director
Dr. Armando Gutiérrez

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Dirección de Posgrados
Derecho de Seguros
Bogotá, D.C.
2017

Tabla de Contenido

Introducción.....	8
1 El Seguro de Cumplimiento.....	13
1.1 Naturaleza del Seguro de Cumplimiento.....	14
1.1.1 La garantía de cumplimiento es un contrato de fianza.....	14
1.1.2 El seguro de cumplimiento es un contrato de seguro.....	17
1.1.3 Posición ecléctica.....	20
1.1.4 Estado de la jurisprudencia colombiana respecto de la naturaleza del seguro de cumplimiento.....	22
1.2 De la Garantía Única de Seguro de Cumplimiento.....	23
1.2.1 Definición de la garantía.....	24
1.2.2 De dónde proviene la obligación de garantizar.....	25
1.2.3 Las garantías en los contratos de la administración pública.....	27
1.2.4 Naturaleza jurídica de la garantía única.....	29
1.2.4.1 <i>La jurisprudencia</i>	30
1.2.4.1.1 <i>En lo que tiene que ver con la primera perspectiva (seguro o fianza)</i>	30
1.2.4.1.2 <i>De la garantía única de cumplimiento, contrato estatal o privado</i>	32
1.2.4.2 <i>La doctrina</i>	41
1.2.5 Características de la garantía única en los contratos de la administración pública.....	44
1.2.5.1 <i>La unilateralidad de la garantía</i>	44
1.2.5.2 <i>Naturaleza de orden público</i>	45
1.2.5.3 <i>La intangibilidad de la garantía de cumplimiento</i>	46
1.2.5.4 <i>La irrevocabilidad de la garantía de cumplimiento</i>	47

1.2.5.5 No terminación por mora en el pago de la prima.....	48
1.2.5.6 Duración de la garantía hasta la liquidación o por más tiempo para las garantías post contractuales.	48
1.2.5.7 No aplicación de la cláusula de proporcionalidad.....	48
1.2.5.8 Inoponibilidad de excepciones a la entidad contratante que provengan de la relación asegurador-contratista.	50
1.2.5.9 Indivisibilidad de la garantía de cumplimiento.	50
1.2.6 Partes que intervienen en el contrato de seguro de cumplimiento.	51
1.2.6.1 El tomador.	52
1.2.6.2 El asegurado y beneficiario.	53
1.2.6.3 El asegurador.	53
1.2.7 Obligaciones de las partes que intervienen en el contrato de seguro.	54
1.2.7.1 Obligaciones generales a cargo del asegurador.	54
1.2.7.1.1 Otras obligaciones a cargo del asegurador:.....	55
1.2.7.2 Obligaciones a cargo del tomador – asegurado.	57
1.2.7.3 Obligaciones legales del asegurado- beneficiario en virtud del seguro por cuenta.	62
1.2.7.3.1 Obligaciones según las condiciones generales contractuales de la garantía.	65
1.3 Conclusiones Primer Capítulo	67
2 El Principio de la Buena Fe en el Seguro de Cumplimiento	72
2.1 Naturaleza de los Deberes Derivados del Principio de la Buena Fe	80
2.1.1 Los deberes secundarios de conducta.	83

2.1.2 Clases de deberes secundarios de conducta con incidencia en el riesgo que asume la garantía de seguro de cumplimiento.....	85
2.1.2.1 <i>el deber de información</i>	86
2.1.3 Incumplimiento de los deberes secundarios de conducta.....	91
2.2 Conclusiones del Segundo Capitulo.....	93
3 El Contrato Estatal Garantizado.....	97
3.1 Definición de Contrato Estatal.....	97
3.2 Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.....	98
3.3 Características del Contrato Estatal.....	100
3.3.1 Contrato bilateral.....	100
3.3.2 Contrato oneroso.....	101
3.3.3 Contrato conmutativo.....	101
3.3.4 Autonomía de la voluntad.....	102
3.4 Principios que Informan la Contratación Estatal.....	103
3.4.1 El principio de transparencia.....	103
3.4.2 El principio de la economía.....	104
3.4.3 El principio de la responsabilidad.....	105
3.4.4 El principio de la ecuación contractual.....	106
3.4.5 El principio de la interpretación de las reglas contractuales.....	107
3.4.6 Principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales.....	108
3.5 Los Riesgos en la Contratación Estatal.....	109
3.5.1 Noción general del riesgo.....	110
3.5.2 Clasificación de los riesgos en la contratación estatal.....	114
3.6 Responsabilidad Contractual de las Entidades Estatales.....	116

3.7 Derechos y Deberes de los Contratistas	121
3.8 Conclusiones Tercer Capítulo	127
4 La Agravación del Riesgo en la Garantía Única de Cumplimiento	131
4.1 El Riesgo como Elemento Esencial del Contrato de Seguro.....	131
4.1.1 El riesgo en el seguro de cumplimiento.....	136
4.2 Relación Prima Vs Riesgo.....	142
4.3 Definición de la Agravación del Riesgo	150
4.4 Fundamento Jurídico de la Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros Colombiano y en el Derecho Español	159
4.5 La Teoría de la Imprevisión como Característica de la Agravación del Riesgo	162
4.5.1 Carácter imperativo de la agravación y la protección del asegurado.	170
4.5.2 Incumplimiento del asegurado/beneficiario de las obligaciones relacionadas con la conservación del estado del riesgo.....	176
4.5.3 Notificación al asegurador de las circunstancias de agravación.	179
4.5.4 Concurrencia de la agravación del riesgo y el siniestro.	185
4.5.5 Conocimiento de la agravación del riesgo con ocasión del siniestro.	188
4.6 Fundamento Jurídico de la Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros Colombiano	192
4.7 Efectos Jurídicos de la Modificación Unilateral del Contrato Garantizado por parte de la Entidad Estatal Contratante, sin que Medie el Consentimiento del Asegurador.....	194

4.8 Situación del Liberación del Asegurador de su Obligación de Indemnizar, tras la Agravación del Riesgo.....	211
4.9 Inoponibilidad de Excepciones a la Entidad Estatal Asegurada	216
4.10 La Agravación del Estado del Riesgo y la Sobreviniencia del Siniestro	219
4.11 La Compañía de Seguros Conoce de la Agravación del Riesgo con Ocasión del Siniestro.....	221
4.12 Conclusiones Cuarto Capitulo	226
4.13 Respuesta a los Interrogantes Planteados	230
Bibliografía	258

Introducción

En el marco del cumplimiento de los contratos en general y del contrato estatal en particular, la responsabilidad contractual se presenta por el incumplimiento de una de las partes; el escenario contractual es de doble vía, esto es, que se imponen cargas y obligaciones para las partes contratantes. Vale cuestionarse entonces, ¿qué ocurre cuando quien desatiende los deberes no es el deudor-contratista, sino el acreedor-contratante? Que además ostenta la calidad de entidad estatal y es quien incurre en acciones u omisiones que atentan contra el equilibrio de las prestaciones, afectando con ello una de las características típicas del contrato oneroso: la conmutatividad.

Es claro entonces, que las vicisitudes que se presentan durante la ejecución del contrato estatal, no sólo se ven reflejadas en el contrato suscrito entre la administración y el contratista, sino que tiene una repercusión directa en el contrato de seguro de cumplimiento que lo garantiza, pues, puede conllevar al incumplimiento del contratista, provocando la realización del riesgo amparado, es por tal motivo que cabe preguntarse si se puede presentar la agravación al estado del riesgo.

Para determinar si se puede presentar la agravación del estado del riesgo cuando quien funge como asegurada y beneficiaria es una entidad estatal, es necesario el estudio de las obligaciones que éstas asumen no solo dentro del contrato que suscribe con su contratista-afianzado, sino también como asegurada; para tal efecto se hace necesario dilucidar aspectos como: qué principios, normatividad y obligaciones rigen a las entidades estatales cuando fungen como

aseguradas dentro del contrato de seguro.

De igual forma, para establecer si el contrato de seguro que garantiza el contrato estatal puede verse afectado por el incumplimiento contractual de la entidad estatal, se revisará su regulación legal y el comportamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado en punto a definir si su naturaleza jurídica es la misma del contrato que se garantiza, es decir, si el contrato de seguro de cumplimiento se considera un contrato estatal y si esta connotación de “estatal” le cambia la legislación aplicable o si por el contrario sigue guiándose por la normatividad que le es propia y que yace en el Código de Comercio (1971).

En cualquier caso, el contrato de seguro de cumplimiento es una garantía, en tanto, que precisamente respalda el cumplimiento de otro contrato ya sea de carácter estatal o particular. En cuanto a su importancia, en la contratación estatal, el seguro de cumplimiento especialmente por su costo con relación a las otras garantías, ha sido y sigue siendo la más utilizada a pesar de que actualmente el Decreto 1082 (2015, sección 3, garantías: subsección. 1, generalidades: art. 2.2.1.2.3.1.2., clases de garantías), consagra otras dos alternativas de garantías así: i) Contrato de seguro contenido en una póliza, ii) Patrimonio autónomo y iii) Garantía Bancaria.

De acuerdo con lo anterior, la llamada garantía única de seguro de cumplimiento, está prevista en la ley como un mecanismo para proteger el patrimonio público, de los perjuicios que se causen por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratistas de la administración. Así, el riesgo que se asume a través de éste contrato de seguro no es otro que el incumplimiento imputable al contratista que genere perjuicios a la entidad estatal contratante.

A lo largo de esta investigación se analiza la responsabilidad de las entidades estatales, de cara a su comportamiento como contratante público, frente a las obligaciones que el Código de Comercio (1971) impone a las personas que ostentan alguna calidad dentro del contrato de seguro y cómo, la inobservancia de sus obligaciones o deberes derivados del principio de la buena fe, inciden de forma adversa en la garantía única, poniendo en riesgo su efectividad y aún su existencia jurídica. Para el efecto se buscará la respuesta a los siguientes problemas de investigación:

1) ¿Las acciones u omisiones de la entidad estatal contratante, durante la ejecución del contrato estatal garantizado mediante póliza de seguro de cumplimiento, puede generarle responsabilidad en la agravación del estado del riesgo asegurado, cuya falta de notificación produce la terminación del seguro¹? (Código de Comercio Colombiano, 1971, art.1060)

2) ¿El artículo 2.2.1.2.3.2.5. del Decreto 1082 de 2015, recoge una prohibición que viene desde la Ley 80 de 1993, y que consiste en la Improcedencia de la terminación automática de la garantía única de cumplimiento por falta de pago de la prima y de la revocación unilateral, teniendo en cuenta esta prohibición ¿es posible aplicar la forma de terminación del contrato de seguro de cumplimiento expedido a favor de entidades estatales en los términos que consagra el artículo 1060 del Código de Comercio, por falta de notificación de las modificaciones al estado del riesgo?

Actualmente la sección tercera del Consejo de Estado ha sostenido que

¹ Código de Comercio colombiano. Artículo 1060.- “Conservación del estado del riesgo y notificación de cambios”.

cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el contrato de seguro de cumplimiento éste se clasifica como contrato estatal de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo adoptado por la ley 80 de 1993. Lo anterior por cuanto la entidad estatal estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos. Pero, el hecho de que la entidad estatal asuma esta calidad, no significa que a ella le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como declarar el estado del riesgo (C. de Co; art. 1058), pagar la prima (C de Co; art. 1066), mantener el estado del riesgo (C. de Co; art. 1060) notificar sobre las circunstancias sobrevinientes que agraven o varíen el riesgo (C de Co; art. 1066), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (C de Co; art. 1075), etc. Como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (C de Co., art. 1071) (Consejo de Estado - Sentencia 1996-00376, 2010).

La hipótesis que se pretende demostrar en respuesta a los problemas planteados es que el seguro de cumplimiento se puede ver afectado por la agravación del estado del riesgo, en aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio (1971), pero esta afectación tiene algunas limitantes que se analizarán a lo largo de esta investigación. Para abordar el estudio de los temas la investigación se desarrollará en el marco de un contenido temático que comprende cuatro capítulos. El primero orientado a contextualizar acerca de la naturaleza del seguro de cumplimiento, y su dinámica desde el punto de vista de la garantía única; el segundo desarrollará el tema referido al principio de la buena fe que informa la contratación pero especialmente al contrato de seguro, pues de

él se derivan unos deberes de conducta que inciden notablemente en las obligaciones a cargo de las partes del contrato de seguro, el tercero está encaminado a la contratación estatal con el objeto de examinar los principios y obligaciones de las partes; un cuarto capítulo centrado en analizar el riesgo asumido a través de la garantía de cumplimiento, y al análisis de la agravación del riesgo y la aplicación de la consecuencia jurídica que de tal circunstancia se deriva, visto desde el ámbito del derecho de seguros colombiano y comparado, con la legislación Española, en donde la garantía tiene la calidad de contrato de seguro.

1 El Seguro de Cumplimiento

Para establecer si a la garantía de cumplimiento en favor de una entidad estatal, le es aplicable el artículo 1060 del Código de Comercio, es preciso analizar en primer lugar cómo ha sido definido el seguro de cumplimiento y cuál es su naturaleza, este estudio abarca dos fuentes del derecho, a saber, la jurisprudencia y la doctrina.

En sentencia del 07 de mayo de 2002 la Corte Suprema de Justicia citando otra sentencia, la del 15 de mayo de 1983, define el contrato de seguro de cumplimiento en los siguientes términos:

Esta especie de contrato, es una variante de los seguros de daños, ha dicho la Sala, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de las obligaciones que tengan venero en el contrato o en la Ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él, la parte aseguradora mediante el pago de una prima ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él bajo la forma de seguro se garantiza...”el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación” amparada. (CSJ Sentencia del 15 de marzo de 1983) (...). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 07 de Mayo, 2002, Exp. 6181).

El seguro de cumplimiento de acuerdo con la clasificación legal colombiana hace parte de los denominados seguros de daños patrimoniales, es decir, aquellos encaminados a proteger el patrimonio de las personas que fungen como asegurados-beneficiarios.

Tiene unas características muy particulares, pues no solamente le aplican las normas relacionadas con la legislación que regula el contrato de seguro, sino también aquellos preceptos que lo erigen como garantía como quiera que ésta es su función principal. Esta mixtura entre lo dispuesto por la legislación, como la

función que enmarca su operatividad en el día a día de la contratación, ha generado que no exista unanimidad acerca de su naturaleza jurídica.

Para el entendimiento de la mecánica a través de la cual opera este tipo de seguro, se hace necesario en primer lugar, estudiar lo que tiene que ver con su naturaleza desde el punto de vista jurídico.

1.1 Naturaleza del Seguro de Cumplimiento

La naturaleza del seguro de cumplimiento ha presentado a lo largo de su evolución en Colombia diversas teorías que inciden notoriamente en la forma como debe operar. A manera de ejemplo, si se considera que es una fianza, se torna en una obligación subsidiaria adquirida por el asegurador, operaría el beneficio de excusión, no se hablaría de riesgo pues el acto que se afianza depende de la voluntad del tomador; pero si por el contrario se considera que es un seguro, las normas que lo regulan, como la agravación del estado del riesgo, deberían aplicarle.

Teniendo en cuenta que muchos de los aspectos derivados de su naturaleza no han sido regulados por la ley, son las otras fuentes del derecho las llamadas a suplir el silencio normativo así:

La Doctrina ha presentado las siguientes posiciones:

1.1.1 La garantía de cumplimiento es un contrato de fianza.

La fianza es definida por el artículo 2361 del Código Civil Colombiano (1873) 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 en parte, si el deudor principal no la cumple.

Quienes están de acuerdo con esta tesis se basan fundamentalmente en que las aseguradoras se obligan frente al contratante cuando el contratista incumpla los compromisos pactados dentro del contrato garantizado, y además, teniendo en cuenta que el asegurador se obliga solidaria o subsidiariamente con el contratista según la póliza expedida, éste responde por una obligación ajena.

Para sustentar que no se le puede dar la calificación de seguro a esta garantía, se enfocan en las características que apartan al seguro de cumplimiento de la uniformidad de los demás seguros, como su carácter subsidiario con relación al contrato que garantiza, la no participación del asegurado en calidad de parte dentro del contrato de seguro, la pérdida del riesgo y el carácter aleatorio, por cuanto el siniestro se produce por un acto voluntario del tomador (Bachiller, Sergio, & Perez, 1995, pp. 42-43).

En cuanto al riesgo, afirman que la naturaleza de esta garantía se opone a las normas propias del contrato de seguro, por cuanto obligaciones como la de mantener el estado del riesgo, consagrada en el artículo 1060 del Código de Comercio (1971), no son aplicables al seguro de cumplimiento, pues es una obligación que incumbe al tomador y son precisamente sus actos o hechos los que generan la indemnización.

Otra norma propia del seguro que no le aplica a la garantía de cumplimiento, es la posibilidad de revocarlo, facultad de la cual goza el asegurador de acuerdo con el artículo 1071 del Código de Comercio (1971).

Para tener una mejor comprensión de la figura jurídica de la fianza y sus semejanzas y diferencias con el contrato de seguro, el artículo de Bernardo Botero

en el año 2012, precisa estos aspectos, sin que ésta cita signifique que su actual posición sea a favor de la fianza.

Manifiesta el profesor Botero (2012) que las coincidencias entre la fianza mercantil y el contrato de seguro se pueden enunciar en seis puntos fundamentales:

1. La fianza y el seguro tienen como objetivo la protección ante un eventual menoscabo patrimonial, como consecuencia de un hecho futuro e incierto.
2. El asegurador y el afianzador exigen una contraprestación a cambio de la protección.
3. Tanto en la fianza mercantil como en el seguro, se reúnen los elementos fundamentales del contrato de seguro.
4. Fianzas mercantiles expedidas por Compañías Aseguradoras y seguros, se comercializan a través de corredores y agencias de seguros que reciben una comisión en retribución por su gestión.
5. El afianzamiento y el seguro cuentan con el beneficio de dispersión del riesgo e incremento de la capacidad de suscripción que provee el mecanismo de re-afianzamiento o reaseguro de fianzas.
6. Los procedimientos administrativos, contables, de análisis de resultados, autoridades de regulación y control dan a la fianza un tratamiento muy similar al previsto para el seguro de cumplimiento. (pp. 447-448).

En cuanto a las diferencias, el autor citado las agrupa de la siguiente forma:

1. En cuanto al objeto y funciones: “el seguro con base en la colaboración recíproca de un amplio número de personas, naturales o jurídicas ante la ocurrencia cierta de pérdidas en cuantías y frecuencias razonablemente determinables, con base en la ley de los grandes números”. En la fianza no existe dicho fundamento, se cobra por respaldar con el nombre una determinada obligación.
2. Ante las necesidades fortuitas y tasables en dinero: el seguro es un medio solidario frente a hechos futuros, fortuitos que se traducen en erogaciones económicas. La fianza parte del principio que las pérdidas deben ser absorbidas por el afianzado y sólo en defecto de éste por el afianzador. (Botero, 2012, pp. 449-451).

En cuanto a los principios que informan los contratos tanto del seguro como de la fianza, el profesor Botero (2012) señala unas diferencias adicionales:

1. En la fianza no está presente el carácter fortuito, pues el incumplimiento por parte del afianzado puede darse por una decisión

plenamente voluntaria y consciente de éste, en tanto que en el seguro, se amparan hechos no totalmente dependientes de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario.

2. La fuerza mayor y el caso fortuito exoneran de responsabilidad al tomador-afianzado no son objeto de cobertura bajo la fianza mercantil.

3. El seguro es un contrato principal en el que el asegurador adquiere una obligación propia. La fianza es un contrato accesorio y garantiza una obligación ajena.

4. Tanto el contrato de seguro como la fianza son contratos bilaterales, sin embargo en la fianza intervienen necesariamente tres personas: el afianzador, el afianzado y el beneficiario.

5. El seguro es esencialmente revocable, la fianza es irrevocable por naturaleza.

6. El precio del seguro, se apoya en el cálculo de la probabilidad de ocurrencia de una pérdida tomando como fuente el comportamiento histórico de la siniestralidad. En la fianza el afianzador realiza una operación de crédito y cobra un honorario por la prestación de un servicio.

7. En la fianza el afianzador exige al afianzado el otorgamiento de una contragarantía que le posibilite cobrar la suma que llegue a pagar, en el evento que la obligación afianzada llegue a ser incumplida. Esta práctica es extraña al contrato de seguro por la naturaleza y objeto del mismo. (pp. 449-451).

1.1.2 El seguro de cumplimiento es un contrato de seguro.

La legislación colombiana, de manera general, no consagra una definición del contrato de seguro, menos aún lo hace con el seguro de cumplimiento, simplemente se enumeran sus características; en efecto, el artículo 1036 del Código de Comercio señala que el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso y aleatorio y de ejecución sucesiva.

Por vía de doctrina que se han generado algunas definiciones, como la del jurista Jorge Eduardo Narvárez (2011), en su obra “El Seguro de cumplimiento de Contratos y Obligaciones”, que resume la definición jurídica del seguro así: “Es un contrato mediante el cual el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado en caso de acaecer unos riesgos previamente acordados, mediante el pago de una prima” (Narvaez, 2011, p.88).

Ahora bien, en Colombia el seguro de cumplimiento es clasificado como un seguro por disposición de la ley, respalda ésta afirmación la Ley 225 de 1938 y el artículo 203 del Decreto 663 de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que reprodujo el artículo 2 de la Ley 225 de 1938.

En efecto, examinando los elementos esenciales del contrato de seguro de cara a la garantía de cumplimiento se tiene que:

➤ En cuanto al interés asegurable, éste existe por la posibilidad de menoscabo en el patrimonio del contratante cuando el contratista incumple total o parcialmente.

➤ Se paga una prima la cual se fija acorde con una selección de riesgo y de tarificación similar a la que se tiene para los demás ramos de los seguros generales.

➤ La obligación condicional a cargo del asegurador la constituye la indemnización que eventualmente deberá pagar la aseguradora, cuando el asegurado pruebe tanto el incumplimiento imputable al contratista, como el monto de sus perjuicios.

➤ El riesgo lo constituye el incumplimiento del contratista presentándose en este aspecto una excepción a lo planteado por el artículo 1055 del Código de Comercio, pues si bien la garantía cubre incumplimientos por riesgos que debieron haber sido previstos y controlados por el contratista afianzado sin que efectivamente esto haya ocurrido, también cubre actos meramente potestativos del tomador, como la apropiación indebida de los recursos entregados a título de anticipo, constituyéndose esta situación en la

excepción a la prohibición de amparar los actos meramente potestativos del tomador.

Esta posición ha sido adoptada y defendida por varios doctrinantes, entre ellos se pueden citar:

La profesora Hilda Esperanza Zornosa Prieto (2012) en el libro “Escritos sobre riesgos y Seguros” con relación a esta posición doctrinaria afirma:

La discusión sobre si las coberturas que se otorgan bajo la póliza de cumplimiento son seguros o fianzas disminuyó con la consagración expresa que se incorporó en la ley 80 de 1993, en el artículo 25 numeral 19 inciso 2, según la cual “las garantías consistirán en pólizas de seguros legalmente autorizadas para operar en Colombia o en garantías bancarias” La conclusión que la garantía es un género (una de sus especies la garantía única, es un seguro) y que el seguro de cumplimiento es una póliza, tiene una importancia práctica inmensa; en esta conclusión se fundamenta el hecho de que a estas modalidades de garantías se les aplica las normas en las que se regula el contrato de seguros... (Zornosa, 2012, pp. 496-497).

El profesor Juan Manuel Díaz Granados (2011), en la intervención efectuada ante Acoldece en el año 2011, sostuvo:

En síntesis el seguro de cumplimiento es un contrato de seguro, al cual se le aplican con preferencia las normas propias de la figura (y otras normas especiales) y, en lo no previsto en ellas, las normas del Código de Comercio, siempre y cuando no resulten incompatibles con su naturaleza.(p.282).

Por su parte, el profesor Andrés Ordoñez (2011) ha sido tajante al afirmar que:

Es indudable que la legislación colombiana consagra la figura del seguro de cumplimiento, regulado primero por la Ley 225 de 1938 y luego por el artículo 203 del Estatuto Orgánico del sistema Financiero que recogió en términos muy similares lo dispuesto en aquella ley. Es igualmente evidente que en Colombia las compañías de seguro solo están autorizadas para explotar el negocio de seguros a través de la suscripción de contratos de este tipo y, en consecuencia no existe una legislación que les permita celebrar otro tipo de operaciones, como los de fianza o aval o garantía o caución de otro tipo, las cuales están reservadas a los Bancos u otras entidades de carácter financiero (...). (pp. 17-18).

1.1.3 Posición ecléctica.

El profesor Narváez (2011) en su obra el Seguro de cumplimiento resume esta posición doctrinaria así:

...las operaciones comprendidas bajo las denominaciones de seguros de garantía, seguros de cumplimiento o seguros de caución, ostentan una naturaleza jurídica **sui generis** (peculiar) en cuanto participan de algunas características propias de la fianza y de otras immanentes al contrato de seguro. (pp. 17-18).

Concluye este autor, que quienes apoyan esta posición establecen que se trata de un seguro que opera como fianza, aunque le da más relevancia al seguro, pero enfatizando que se trata de un seguro con rasgos excepcionales.

Esta posición fue defendida por el ilustre profesor Efrén Ossa (1991), quien en su obra Teoría General del Seguro, señaló: “Se trata de un seguro que por su estructura y por su función, participa de la naturaleza de la fianza” (p. 474).

Con relación a su funcionamiento consideraba que prevalecían las normas que gobernaban el contrato de seguro, pero solo en la medida en que fueran compatibles con la fianza, pues consideraba que la interpretación que debía darse al artículo 7 de la Ley 225 de 1938, era precisamente que cuando las normas del seguro conspiraban contra la finalidad de la ley, es decir, garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanen de leyes o contratos, se debía ceder el paso a las normas que gobiernan la fianza.

Otro respetado tratadista que defiende esta posición es el profesor Hernando Galindo Cubides (2011), quien le ha dado la siguiente denominación: Seguro de Fianza, señala al respecto que: “es un contrato por el cual una aseguradora, mediante el cobro de una prima, protege al asegurado contra el

incumplimiento de una obligación específica a cargo del deudor principal o del fiado” (p. 49).

Con relación a las características que hace del seguro de cumplimiento una figura excepcional dentro del ámbito de los seguros de daños, el profesor Galindo (2011) señala:

a) Toda póliza de seguros que emite una aseguradora para garantizar obligaciones a cargo de un tercero, reúne los elementos esenciales del contrato de seguro, estos son el interés asegurable, el riesgo, el precio y la obligación condicional.

b) La póliza en la que consta este seguro de fianza no la pueden otorgar sino aseguradoras debidamente autorizadas, porque las personas, entidades o empresas distintas a compañías de seguros que sirvan como fiadoras, solo estarán celebrando un contrato de fianza que para nada queda sujeto a la normatividad de la aseguradora.

c) Los modelos de las pólizas correspondientes a los seguros de fianza se colocan a disposición del organismo que ejerce el control antes de su utilización, en la forma y con la antelación que determine con carácter general y tiene que ajustarse a ciertas exigencias y observar los principios técnicos de equidad y suficiencia (art 184, D. 663/93).

d) La entidad aseguradora que explota el ramo de seguros está obligada a constituir reservas técnicas correspondientes de las primas que recaude, según la reglamentación que para el efecto expide el Gobierno Nacional, lo que a ningún otro fiador o garante por razones obvias – se le exige.

e) Dentro de los argumentos más importantes para denominarse seguro de fianza, está el que se refiere a la distribución de los riesgos, como el coaseguro y el reaseguro, presupuestos técnicos que le dan viabilidad a la institución del seguro y que se aplican estrictamente en este contrato y no en otro tipo de afianzamiento.

f) A los seguros de cumplimiento o garantía única, que para nosotros son seguros de fianza, se les liquida el impuesto del IVA del 16% sobre el valor de la prima, esto en razón a que se trata de un seguro patrimonial, tal como lo ha calificado la doctrina, porque tiene como objeto restablecer el patrimonio del asegurado que se haya visto afectado por el incumplimiento del fiado. El seguro patrimonial es gobernado por el principio indemnizatorio, con relación al cual no puede existir enriquecimiento. De ahí que se exija demostrar la cuantía de la pérdida. (pp. 61-63).

1.1.4 Estado de la jurisprudencia colombiana respecto de la naturaleza del seguro de cumplimiento.

La Corte Suprema de justicia en lo que tiene que ver con la naturaleza del seguro de cumplimiento, ha manifestado que la obligación que contrae la aseguradora, es una obligación propia.

En sentencia del 02 de mayo (2002), la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, siendo M.P. Manuel Ardila Velásquez, exp.6785, señala:

Enfatizase sí que se trata en verdad de un seguro en el que el acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia, exigiendo a cambio el pago de una prima. Carácter asegurativo que ha venido reiterando la sala en las sentencias del 22 de julio de 1999 (expediente 5065), 24 de mayo de 2000 (expediente 5439) y el 02 de febrero de 2001 (expediente 5670). (Subrayado fuera de texto). (Corte Suprema de Justicia – Sentencia de 02 del Mayo, 2002, Exp.6785).

Desde otro punto de vista, la Corte clasifica el seguro de cumplimiento como un seguro de daños. En la sentencia del 21 de septiembre de 2000, que recoge otras de la misma corporación, precisó lo siguiente:

El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, “serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor. (Subrayado fuera de texto). (Corte Suprema de Justicia – Sentencia 170, 2000, Exp. 6140).

Reitera esta posición el alto tribunal en sentencia de 12 de diciembre de 2006, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

(...) implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo

siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños. (Corte Suprema de Justicia – Sentencia del 12 de Diciembre, 2006, Exp. 11001-31-03-035-1998-00853-01).

En sentencia del 15 de agosto de 2008 (Corte Suprema de Justicia – Sentencia del 15 de Agosto, 2008, Exp. 11001 31 03 016 1994 03216 01), la Corte se refirió a la diferencia entre el seguro de cumplimiento y la fianza apoyándose en el criterio del tratadista Efrén Ossa (1991), textualmente transcribió la Corte:

(...) se trata de un seguro que, por su estructura y por su función, participa de la naturaleza de la fianza. Uno y otra están destinados a caucionar el cumplimiento de una obligación. En el seguro, como en la fianza, intervienen un acreedor (el asegurado) interesado en la garantía de su derecho, un fiador (el asegurador) que otorga la garantía y un deudor (el contratista) cuya obligación se garantiza. La función económico-jurídica de las dos instituciones es uniforme. –Afianzando un hecho ajeno se afianza solo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva- (C. C., art. 2369, inc. 3). Por su parte, el seguro de cumplimiento provee a la indemnización del asegurado en caso de incumplimiento del contratista. Uno y otra, el seguro y la fianza, dan origen a la subrogación (ley 225 de 1938, art. 4º, C. C., art. 2395). Lo que no es uniforme es su operación técnico-comercial. (p. 474).

Aunque la Corte señala muchas coincidencias entre el seguro de cumplimiento y la fianza, reitera que se trata de un seguro de daños.

1.2 De la Garantía Única de Seguro de Cumplimiento

La Garantía única de seguro de cumplimiento, a pesar de no ser el único medio para cubrir los perjuicios que eventualmente pueda sufrir la actividad contractual de la administración, se ha posicionado como el respaldo por excelencia de la administración pública; la cláusula de constitución de garantías es de forzosa estipulación, por cuanto satisface durante la etapa contractual, la necesidad de asegurar el anticipo entregado al contratista, el cumplimiento del

contrato, así como los salarios y prestaciones de los empleados al servicio del contratista, según se requiera.

El contrato de seguro colabora en el desempeño de la Función Pública, porque no solo asegura la ejecución oportuna del objeto contractual sino que protege el patrimonio estatal del daño derivado de un cumplimiento tardío o de un incumplimiento definitivo por parte del contratista.

Delanteramente, es preciso examinar el alcance de “garantía”, que se le otorga al del seguro de cumplimiento así como su naturaleza jurídica, para entender la función que cumple como respaldo a los perjuicios que puedan sufrir las entidades del Estado y de paso la regulación que le es aplicable.

De otra parte, tratándose de la Garantía única de seguro de cumplimiento, hay que tener claridad, si es un contrato de derecho privado, o si es un contrato estatal, al que le aplican las normas del derecho privado. Para tal efecto, dentro de este acápite se analiza la línea conceptual del Consejo de Estado, que a la fecha le ha dado al seguro de cumplimiento el reconocimiento de Seguro de daños y de contrato estatal. Este hecho es de suma importancia, pues a pesar de que ésta garantía cuenta con una regulación propia para algunos aspectos, esto no significa que se salga de la regulación de los seguros de daños, en los temas que no han sido objeto de regulación específica.

1.2.1 Definición de la garantía.

Es indispensable tener en cuenta, que al seguro de cumplimiento se le ha clasificado como una forma de garantía.

En cuanto a uno de los significados que enmarca la palabra GARANTÍA está: “(de garante) f. Efecto de afianzar lo estipulado. 2. Fianza. Prenda. 3. Cosa

que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. 4. Seguridad o certeza que se tiene sobre algo” (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 2001, p.1117).

Etimológicamente proviene del francés “garant”, es decir, protege contra lo aleatorio y riesgoso que pudiera impedir el uso y goce de un producto, o servicio, o el acaecimiento de determinado hecho. En síntesis la garantía es un respaldo.

No se encontró legalmente una definición de garantía, más si de caución, el Código Civil Colombiano (1971) define la caución como “cualquiera obligación que se contrae para seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda” (art.65).

El profesor Juan Manuel Díaz Granados (2011) en el artículo denominado: “El Seguro de Cumplimiento en Colombia” preparado para el encuentro de Acoldece en el año 2011, señala que los contratos de garantía se definen como “las instituciones que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento, de las obligaciones propias o ajenas” (p.280).

El profesor Jorge Eduardo Narvárez (2011, p.3) en lo que toca con la función de garantía que desarrollan algunos contratos, afirma que estos se encuentran encaminados a asegurar el cumplimiento de una obligación, por consiguiente acrecientan la expectativa de satisfacción del crédito del acreedor, por cuanto refuerzan la capacidad patrimonial del deudor.

1.2.2 De dónde proviene la obligación de garantizar.

Las Garantías fueron concebidas desde el derecho romano, como seguridades reales o personales que otorga el deudor o un tercero al acreedor, con el objeto de garantizar o asegurar el cumplimiento de una obligación.

El cumplimiento de la obligación se asegura mediante la sujeción de un objeto determinado a la acción directa del acreedor (garantía real), o bien, mediante una persona distinta del deudor de la obligación o (garantía personal) que responde de la deuda con su propio patrimonio.

Así, no solo el deudor responde sino también otras personas, lo que aumenta el número de patrimonios afectados al cumplimiento; o, de otra parte, obtener la seguridad de su crédito a través de un derecho real accesorio sobre un bien o varios bienes determinados (del deudor o de un tercero), que al darle el derecho de preferencia y de persecución, lo aseguren contra el riesgo de tener que concurrir con otros acreedores en la efectividad de su derecho.

En el primer caso se habla de garantías personales y en el segundo de garantías reales.

No escapa al objetivo de las garantías, protegerse de los eventuales perjuicios que pueda sufrir el contratante ante el incumplimiento de su contratista; por tal motivo ha sido de larga tradición en el derecho colombiano la exigencia de garantías en el campo público como en el privado.

El seguro de cumplimiento desempeña una función de garantía, así lo reconocen doctrinantes como el Profesor Díaz Granados (2011) en el artículo denominado El Seguro de Cumplimiento en Colombia, donde puntualiza que: “el seguro de cumplimiento cumple una función de garantía admitiendo que también el acreedor podría ser el tomador” (p.287).

También la jurisprudencia ha reconocido esta función; en el fallo proferido por la Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia del 15 de abril de 2009, Exp. 03216-01, esta alta Corte expresa:

En consecuencia, en palabras de la Corte, el cometido de esta especie de seguro no es otro que el de “garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’” (Sent. de marzo 15 de 1983) (Sent. de septiembre 21 de 2000, Exp. 6140). (Sent. Cas. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670).

Y justamente, en torno a la especificación de su naturaleza jurídica un buen número de importantes especialistas han concurrido a nutrir las confrontaciones sostenidas sobre el tema en cuestión, disquisiciones que abarcan aspectos de distinto talante, como que esta clase de seguro se identifica con la fianza e, inclusive, que se trata realmente de un contrato de ese linaje; criterio fundamentado, en esencia, en que siendo una garantía y, por ende, que su función principal se circunscribe a asegurar o a caucionar la eventual indemnización derivada de los perjuicios provenientes del incumplimiento de obligaciones legales o derivadas de un contrato,(...) (Subrayado ajeno al texto). (Corte Suprema de Justicia – Sentencia del 15 de Agosto, 2008, Exp. 11001 31 03 016 1994 03216 01).

1.2.3 Las garantías en los contratos de la administración pública.

En la Administración Pública existe la exigencia que obliga en la mayoría de contratos a garantizar el cumplimiento de las obligaciones, con el objetivo de proteger los bienes del estado.

Este requerimiento es de larga tradición en el derecho Colombiano, pues tal como lo menciona el jurista Rodrigo Escobar Gil (2003) data desde la Ley 53 de 1909;

Que le exigía al contratista prestar una fianza para amparar el pago de la cláusula penal en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Es preciso resaltar, que el Decreto Legislativo 911 de 1932, la Ley 225 de 1938 y el Decreto 1348 de 1939, regularon en forma completa la materia y crearon las bases para la sustitución de las fianzas personales, por las garantías otorgadas por las entidades profesionales como los bancos y las Compañías de Seguros, lo que constituyó un avance importante en relación con las otras legislaciones Iberoamericanas. (p.241).

En la actualidad el cambio de denominación de fianza a garantía se presenta para poder enmarcar en dicho término la globalidad de modalidades que respaldan un negocio jurídico, sobre éste aspecto Escobar Gil (2003) refiere:

(...) En el derecho moderno se utiliza el término garantía para designar genéricamente todos los modos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en un contrato, en reemplazo de la locución fianzas, que fue rechazada por la doctrina científica, al circunscribirse específicamente a la garantía personal ofrecida por un tercero, excluyendo las otras modalidades de amparar un negocio jurídico, como el depósito de dinero, los títulos de crédito, las pólizas de seguros, etc., que satisfacen adecuadamente el mismo fin. Así es como en España la Ley 13 de 1995, que contiene la más reciente regulación de los contratos de las Administraciones Públicas, sustituye deliberadamente la tradicional expresión de fianzas por la de garantías, que es técnicamente más apropiada. (p. 241).

En Colombia, la evolución normativa en lo que tiene que ver con las garantías ha sido la siguiente:

Desde la vigencia de nuestro Código Civil (finales del siglo XIX), existe en Colombia la figura de la fianza; ésta podía otorgarse dentro de los lineamientos universales de la obligación heredada del derecho romano bajo las formas de fianza civil o mercantil, vinculada a nuestra legislación bajo los clausulados del Código Napoleónico o del antiguo Código de Comercio Terrestre. La fianza civil prevalece dentro de nuestra legislación. La mercantil fue suprimida de nuestras normas Comerciales con la vigencia del Nuevo Código de Comercio (Enero de 1972).

En la tercera década del siglo XX, la incursión del estado en la construcción de obras públicas a través de contratistas independientes, hizo evidente la necesidad de garantías y se fue extendiendo al buen manejo y correcta inversión de los dineros anticipados.

Fue ésta la razón por la cual se hizo necesaria la promulgación de una ley que propiciara la organización del, desde entonces llamado, Seguro de Manejo de Cumplimiento.

En Colombia los seguros de Cumplimiento deben su origen a la Ley 225 de 1938, ésta en su artículo 2º marcaba un ámbito muy amplio que ella misma denominó “SEGURO DE MANEJO O CUMPLIMIENTO” y que en términos generales comprendía el seguro que tuviera por objeto garantizar el correcto manejo de todos los valores de cualquier clase que confiaran a los empleados públicos o a particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales fueren responsables; y, agrega la ley, que también podía extenderse al pago de impuestos, tasas, derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanaran de leyes o de contratos.

Durante mucho tiempo se discutió si el Código de Comercio había derogado esta ley y las resoluciones de la Contraloría General de la República que la reglamentaron; es el 12 de octubre de 1990, cuando la Corte Suprema de Justicia a través de sentencia emitida concluye que el artículo 2033 del Código de Comercio derogó la Ley 225 de 1938.

Hoy, esta discusión está zanjada, pues el decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sector Financiero en su artículo 203, recoge este seguro en términos similares a los expuestos y lo ubica dentro de la categoría de Seguros Especiales.

1.2.4 Naturaleza jurídica de la garantía única.

La garantía única de seguro de cumplimiento no ha sido definida, La Federación de aseguradores de Colombia “Fasecolda”, en su cartilla de seguros, se ha aproximado al tema diciendo que:

El seguro de cumplimiento es uno de los mecanismos previstos por la ley, para proteger el patrimonio público de los perjuicios que se causen a una entidad estatal a causa del incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones que surgen del contrato por estos celebrado. (FASECOLDA, S.f, p. 5).

Para entrar a establecer cuál ha sido el desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico acerca de este tema, es necesario consultar a las dos fuentes del derecho: La jurisprudencia y la Doctrina, toda vez que la normatividad no ha sido clara.

1.2.4.1 La jurisprudencia.

La naturaleza jurídica de la garantía única que respalda los contratos que celebran las entidades estatales también ha sido objeto de estudio del Consejo de Estado, el análisis se ha efectuado desde dos perspectivas: **i)** Si se considera un contrato de seguro o de fianza y **ii)** Si se considera un contrato privado o estatal.

1.2.4.1.1 En lo que tiene que ver con la primera perspectiva (seguro o fianza).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que el seguro de cumplimiento, constituye una especie de los seguros de daños, de lo cual se desprendería que no es una fianza; para ello se ha apoyado en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que reiteradamente ha sostenido que los seguros de cumplimiento constituyen una especie de los seguros de daños.

En efecto, el Consejo de Estado, el 30 de marzo de 2006, a través de la sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda, emitió concepto acerca de la naturaleza jurídica del seguro de cumplimiento, acogiendo íntegramente el concepto de la Corte Suprema de Justicia, en lo atinente a que es un contrato de seguro.

A su vez, la sección tercera del Consejo de Estado a través de la providencia emitida el 22 de abril (2009), afirma que la Ley 80 de 1993, en su artículo 25 numeral 19 estableció la obligación de constituir una garantía para los contratos celebrados por el Estado y actualmente la Ley 1150 de 2007, en su artículo 7°, modificatorio de la Ley 80, también consagra este deber legal, cuya obligatoriedad, finalidad y clasificación como seguro, de que trata la Ley Comercial la describe así:

...En cumplimiento de las disposiciones legales, los contratos celebrados por las entidades estatales, salvo las excepciones previstas en la norma, deberán contener obligatoriamente una cláusula de garantía con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, es decir, que su inclusión en el contrato es imperativa y no está determinada por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares cuya estipulación tiene carácter dispositivo.

El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración.

La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía se seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

El artículo 1088 del Código de Comercio establece que "Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso".

Al tenor de la norma transcrita, los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio para el asegurado con el fin de evitar que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del hecho constitutivo del riesgo asegurado; en otras palabras, los seguros de daños tienen como finalidad última la de indemnizar al asegurado o beneficiario cuando su

patrimonio es afectado por la realización del riesgo asegurado, principio este denominado "de la indemnización" por la ley comercial.

En este orden de ideas, si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario, cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial. (Subrayado ajeno al texto).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha sostenido que los seguros de cumplimiento constituyen una especie de los seguros de daños, así se desprende del contenido de los siguientes pronunciamientos... (Consejo de Estado – Sentencia del 22 de Abril, 2009, Rad. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)).

En la actualidad, la discusión sobre si la garantía única de seguro de cumplimiento es un seguro, es una posición sólida y no controvertida por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

No sobra anotar que doctrinalmente Hernando Galindo (2011) sostiene que se trata de un seguro que opera como fianza, aunque le da más relevancia al seguro, pero enfatizando que se trata de un seguro con rasgos excepcionales.

1.2.4.1.2 De la garantía única de cumplimiento, contrato estatal o privado.

La sección tercera del Consejo de Estado ha venido sosteniendo, que la Garantía Única de Seguro de cumplimiento, es un contrato de naturaleza privada, que se convierte en un contrato estatal, por diferentes factores que se pasan a enunciar a continuación:

En el año 2000, la sección tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Jesús María Carrillo Ballesteros, afirmó que el contrato de seguro de cumplimiento no es un contrato estatal, es decir, le reconoce su naturaleza privada, sin embargo, manifestaba que como siempre se otorga en beneficio de

una entidad estatal, esto lo hace especial. Este pronunciamiento se hizo en los siguientes términos:

Frente a los contratos estatales, el contrato de seguro presenta las siguientes características:

a) Si bien el contrato de seguro por naturaleza es de derecho privado la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella.

b) No es un contrato unilateral en sentido estricto, más bien afecta finalmente tanto a las dos partes contratantes, como al beneficiario.

c) Es irrevocable por el contratista, por lo tanto la garantía no expira por revocación unilateral. Aun tratándose de mora en el pago de la prima, ésta tampoco expira y no podrá la compañía de seguros alegarla, como excepción ante la entidad estatal y por el contrario deberá reconocer el monto asegurado.

d) Bajo el régimen del Decreto 222 de 1983, los contratos de garantías formaban parte integrante de aquel que se garantizaba, es decir, el artículo 70 se ocupó en señalar su carácter accesorio. Esta disposición fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, por lo tanto no existe un respaldo positivo que asegure dicho carácter.

Ahora bien, bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo pero colabora en el desempeño de la función pública, dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración.

No obstante su autonomía, el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo que su cumplimiento y ejecución dependen del primero. Si bien el contrato de seguro strictu sensu no es un contrato estatal, y es celebrado entre dos particulares en beneficio de un tercero, este tercero siempre es la administración pública, el otorgamiento de la garantía tiene justificación en razón del patrimonio estatal comprometido por estar afectado directamente, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados en interés de los particulares exclusivamente, tanto es así que la constitución de la garantía y su aprobación son requisitos indispensables para la ejecución del contrato.

De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y proyecta su eficacia en el tiempo, sólo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato. (Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo del 24 de Agosto, 2000, Exp. 11.318).

El 19 de febrero de 2009, con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez, la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, reconoce que el contrato de seguro de cumplimiento se rige por la

normatividad del Código de Comercio (1971), pero también por normatividad de derecho público lo cual genera que se encuentre sometido a un régimen legal mixto. Así lo señala la mencionada Corporación:

Sobre el particular, resulta necesario señalar que los contratos de seguro que se originan para garantizar el cumplimiento de un contrato estatal, si bien están regidos por las normas de derecho privado y particularmente por las disposiciones del Código de Comercio, también están sujetos, en determinados aspectos, a normas de derecho público.

En efecto, el estatuto de contratación estatal se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, lo cual evidencia que los mismos también se encuentran sometidos a sus disposiciones, normatividad especial que, al menos, da lugar a la configuración de un régimen legal de carácter mixto que en modo alguno puede tildarse como integrado exclusivamente por normas de derecho privado, tal como lo reflejan el contenido del numeral 4º del artículo 5º, el inciso final del artículo 18, el numeral 19 del artículo 25, el inciso 2º del artículo 41 y el inciso final del artículo 60, todas esas disposiciones de la Ley 80, normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades estatales contratantes como para los contratistas particulares, quienes no podrán negociar sobre su contenido ni eludir su observancia.

Así, por ejemplo, los efectos que se derivan de las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad y reversión, previstas, consagradas y reguladas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80, tan propias y específicas de determinados contratos estatales, gravitan permanentemente sobre los contratos de seguros que se celebren para garantizar el cumplimiento de los vínculos obligacionales que los contienen y generan, al punto que por expresa disposición legal, la declaratoria de caducidad administrativa de un contrato estatal "... será constitutiva del siniestro de incumplimiento" (L. 80, art. 18), efecto este que naturalmente se proyecta solo en relación con el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento. (Consejo de Estado del 19 de Febrero, 2009, Rad. No. 2000-01720).

En el año 2010, la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, siendo magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez, cambia de posición y afirma que los contratos de seguros que garantizan contratos estatales, pasan también a ser estatales, así lo estableció:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales,

o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...) Ahora bien, también conoce la Sala de los conflictos originados en los contratos de seguros que se celebran para respaldar o garantizar el cumplimiento de contratos estatales, toda vez que aquellos también participan de la naturaleza jurídica de éstos, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la corporación. (Subrayado ajeno al texto). (Consejo de Estado - Sentencia 1996-00376, 2010, Exp. 18168).

En el año 2013, también con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez, el Consejo de Estado mantiene la línea conceptual relacionada con la naturaleza administrativa de los contratos de seguros, que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales y se apoya en las razones que se exponen a continuación:

(...) **A.-** Porque los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, deben examinarse con la misma óptica conceptual con la que se ha diseñado el régimen legal especial de los contratos estatales que ellos garantizan, comoquiera que ambos participan de una sola e idéntica finalidad, cual es la de servir a unos mismos intereses generales.

B.- Porque el estatuto de contratación estatal también se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, de lo cual se deduce que los mismos se encuentran sometidos a las disposiciones contenidas en el estatuto de contratación estatal, normatividad especial que, al menos, da lugar a la configuración de un régimen legal de carácter mixto que en modo alguno puede tildarse como integrado exclusivamente por normas de derecho privado, tal como lo reflejan el contenido del numeral 4 del artículo 5, el inciso final del artículo 18, el numeral 19 del artículo 25, el inciso 2 del artículo 41 y el inciso final del artículo 60, todas esas disposiciones de la Ley 80, normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades estatales contratantes como para los contratistas particulares, quienes no podrán negociar sobre su contenido ni eludir su observancia.

A lo anterior se agrega la consideración, no menos significativa, de que la regulación especial e imperativa, de orden público y de derecho público, que la Ley 80 consagra en su artículo 25-19 en relación con los aspectos básicos de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, forma parte esencial del principio de economía, el cual, a su turno, según los dictados de los artículos 1, 3, 23 y 25 del mismo estatuto de contratación estatal, es uno de los principios rectores que orientan e inspiran los contratos estatales, de lo cual fluye con claridad la integración e inescindibilidad que, por previsión legal, cabe predicar entre el

correspondiente contrato de seguro de cumplimiento y el contrato estatal garantizado.

C.- Porque los efectos que se derivan de las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad y reversión, previstas, consagradas y reguladas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80, tan propias y específicas de determinados contratos estatales, gravitan permanentemente sobre los contratos de seguros que se celebren para garantizar su cumplimiento, al punto de que por expresa disposición legal, la declaratoria de caducidad administrativa de un contrato estatal "... será constitutiva del siniestro de incumplimiento" (artículo 18 Ley 80), efecto éste que naturalmente proyecta sus efectos sólo en relación con el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento.

D.- Porque la estructura legal de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, impone concluir que aquellos son especiales y participan de la naturaleza de éstos, comoquiera que resultan totalmente diferentes de los demás contratos normales o corrientes de seguros que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio, de conformidad con las siguientes anotaciones:

a).- En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; de ello se infiere, necesariamente, que en estos contratos especiales de seguros tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado o al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro, a la aseguradora, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer (artículo 1075 C. de Co.), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal.

En el caso de los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales, la que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones –como ocurre en el derecho privado con la objeción con que se responde la reclamación del asegurado-, pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye a favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro (artículo 77 Ley 80; artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62, 63, 64, 66, 68 y demás concordantes C.C.A.).

b).- Como ya se indicó, en los contratos especiales de seguros, el siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad

administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80).

Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio, según la cual el sólo aspecto fáctico acerca de la realización del riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, resultará suficiente para la configuración del siniestro; ello sin perjuicio de añadir para estos casos, como lo ha precisado la Jurisprudencia, que en cuanto esta clase de seguros de cumplimiento tienen un propósito eminentemente indemnizatorio (artículo 1089 C. de Co.), para que resulten viables las pretensiones del asegurado y se concrete la obligación a cargo de la compañía aseguradora, será necesario, en los términos del artículo 1077 del estatuto mercantil, que el asegurado, además del incumplimiento del contratista afianzado (siniestro), demuestre también los perjuicios que tal incumplimiento le hubiere ocasionado (cuantía de la pérdida).

c).- El riesgo que debe amparar el contrato de seguro lo determina la entidad estatal contratante, de manera unilateral, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia, sin que su alcance pueda ser libre y voluntariamente convenido entre el contratista particular y la correspondiente aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).

d).- El término de vigencia del respectivo contrato de seguro, así como el de sus diferentes amparos, también obedece a decisiones que adopta de manera unilateral la entidad estatal contratante, sin que ese aspecto pueda ser definido de manera libre y voluntaria entre el contratista particular y la compañía aseguradora. (Artículo 25-19, Ley 80).

e).- La cuantía de cada amparo es impuesta unilateralmente por la entidad estatal contratante, sin que su monto pueda responder al libre y voluntario convenio entre el contratista particular y la aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).

f).- Aquellas características o cláusulas que deba contener la respectiva póliza y que la entidad estatal contratante hubiere señalado o exigido como obligatorias en el pliego de condiciones o términos de referencia, en modo alguno podrán ser variadas, discutidas o negociadas por el contratista particular o por la aseguradora. (Artículo 30-6, Ley 80).

g).- El correspondiente contrato de seguro se celebra de manera obligatoria, por mandato de la ley, en los términos que establezca la respectiva entidad estatal contratante, sin que el contratista particular o la aseguradora tengan la opción de discutir o negociar si hay lugar, o no, a su celebración o a la expedición de la respectiva póliza. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).

h).- La ejecución de los contratos estatales se encuentra supeditada, por expreso mandato legal, a la previa aprobación que la entidad estatal contratante debe impartir respecto del correspondiente contrato de seguro mediante el cual se garantice el cumplimiento de aquellos. (Artículo 41, Ley 80).

Ese mismo mandato legal impone el requisito consistente en que el contrato de seguro deba someterse a la revisión y aprobación expresa de la entidad estatal contratante.

i).- En cuanto el objetivo del contrato de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que ambos contratos participan de una misma y común finalidad, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales.(subrayado ajeno al texto).

Si una de las principales razones que a lo largo del tiempo han justificado la existencia misma de la clasificación de los contratos estatales y su sometimiento a un régimen legal especial –por lo general mixto o de derecho público-, radica en el hecho de que los contratos del Estado apuntan a la satisfacción del interés general y constituyen una herramienta eficiente e idónea para asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales –a diferencia de lo que ocurre con los contratos celebrados entre particulares, los cuales, en principio y sin perjuicio de la función social que le corresponde a la propiedad privada, encuentran como móvil fundamental la consecución de fines puramente individuales y por ello están sometidos en su totalidad a las normas del derecho privado–, al momento de definir la naturaleza jurídica de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, no puede pasar inadvertido el hecho de que esos contratos también participen del mismo fin, consistente en asegurar la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales. (Subrayado ajeno al texto). (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo del 10 de Julio, 2013).

En este último pronunciamiento el Consejo de Estado, cita, con base en los argumentos que expuso en el año 2003, lo siguiente:

Si bien, en el estatuto contractual, el contrato de seguro no contiene regulación normativa, como ocurría bajo el régimen del Decreto 222 de 1983, en el cual se entendía que dicho contrato gozaba de la misma naturaleza de aquél que garantizaba, y en ese sentido el artículo 70 del Decreto 222 de 1983, dispuso: “Los respectivos contratos de garantía forman parte integrante de aquél que se garantiza”. Esto no significa que bajo el régimen actual el contrato de seguro celebrado para garantizar el cumplimiento de un contrato estatal sea autónomo y no dependa de aquel que le sirvió de fundamento para su celebración.

Bajo este orden de ideas, independientemente de que la Ley 80 de 1993, guarde silencio frente al contrato de seguro, como no ocurría en la legislación anterior y que dicha figura se someta fundamentalmente a las reglas de derecho privado; también lo es que su fin último es garantizar el cumplimiento de un contrato principal celebrado entre una entidad pública y un particular y, desde este punto

de vista no hay duda que sigue la suerte del contrato garantizado.
(Subrayado ajeno al texto)

La cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público y le confiere al contrato de seguro un elemento diferencial de aquellos contratos suscritos en interés particular, pues constituye un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal como es la satisfacción del interés general, fin que tiene como una de sus facetas la protección del patrimonio público.

El contrato de seguro constituye un contrato que colabora en el desempeño de la función pública, primero porque asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y segundo, porque protege el patrimonio estatal del daño derivado de un cumplimiento tardío o de un incumplimiento definitivo por parte del contratista.

Además, resulta claro que el contrato de seguro tiene su origen en el contrato estatal y se encuentra sustancialmente unido a la suerte de éste, goza de las mismas características del contrato accesorio al que garantiza, de tal manera que encaja dentro de la previsión contenida en el artículo 1499 del Código Civil, “el contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

De este modo, el contrato de seguro no puede valorarse separadamente de aquel cuya ejecución garantiza, ni es válido predicar del mismo su plena autonomía para someter la ejecución a la jurisdicción ordinaria, ya que se rompería la continencia de la causa y se desconocería la circunstancia que da origen a la ejecución de la póliza de seguro, que no es otra cosa que el incumplimiento del contrato estatal por parte del contratista (...). (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Auto del 20 de Noviembre, 2003, Exp. 19929).

La Corte Constitucional como máximo organismo judicial, también ha tenido la oportunidad de estudiar la naturaleza pública o privada del contrato de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales y en su criterio establece que el seguro de cumplimiento es un contrato estatal, en la medida en que la argumentación coincide con la del Consejo de Estado, que nos permite llegar a esta conclusión

En efecto, analizando la viabilidad de las Contralorías para embargar a los garantes por el valor total de las pólizas de cumplimiento expedidas con ocasión de respaldar un contrato estatal, la Corte Constitucional en Sentencia C- 648 de 2002 (Sala Plena de la Corte Constitucional , 2002), expresa que los contratos de

seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales están sujetos a los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública, principios que se predicán de los contratos estatales y no privados. La Corte en esa oportunidad señaló:

Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas. (Subrayado ajeno al texto).

El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas.

El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.

Por consiguiente, la vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa garantizado en estas materias por el artículo 150 de la Carta Política. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público. Así, desde la perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes.

En conclusión, las respuestas a los interrogantes arriba planteados son estas: 1ª) Las contralorías sí pueden ejercer control fiscal sobre los contratos estatales, en dos momentos, a) una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos y b) una vez liquidados o terminados los contratos; tal actuación no constituye vulneración del carácter posterior del control asignado a estos organismos por los artículos 267 y 272 de la Constitución Política; 2ª) La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, lo cual no significa que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación; y 3ª) La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública. (Sala Plena de la Corte Constitucional – Sentencia C-648, 2002).

Así las cosas para la Corte Constitucional, el seguro de cumplimiento como garantía que es, constituye un mecanismo de protección del interés general, en la medida en que permite resarcir el detrimento patrimonial que se le ocasione al patrimonio público, por tal motivo, participa de los principios que gobiernan los contratos estatales.

1.2.4.2. La doctrina.

El contrato de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales o la llamada garantía única de seguro de cumplimiento, es un seguro por cuenta.

De los tres doctrinantes que se van a citar a continuación, dos de ellos: Juan Manuel Díaz Granados y Andrés Ordoñez, parecieran estar de acuerdo con la posición actual de la Sección tercera del Consejo de Estado, acerca de la naturaleza estatal de la garantía única de seguro de cumplimiento, en atención a que se le considera como un seguro por cuenta.

En efecto, Juan Manuel Díaz Granados Ortiz (2011) hace un recuento de la evolución que ha tenido la jurisprudencia administrativa con relación a la naturaleza del seguro de cumplimiento, haciendo especial énfasis en las condiciones particulares de esta garantía, manifiesta que:

El seguro de cumplimiento es tomado por un contratista que usualmente es una persona de derecho privado, con una compañía de seguros, lo que corresponde a un contrato entre particulares que estaría llamado a ser regido por el Derecho privado.

Sin embargo, el asegurado es una entidad pública y la vía para hacer efectiva la póliza se adelanta por el procedimiento gubernativo, lo que ha propiciado una discusión acerca de su naturaleza (...). (p. 305).

Menciona que con el Decreto 222 de 1983, se le consideró como un contrato administrativo y por auto de 09 de marzo de 1988 Exp. 4913 el Consejo de Estado manifestó que el contrato de seguro que garantiza un contrato administrativo también es administrativo. Afirmación que se sustentaba en el artículo 70 del referido estatuto, según el cual, los contratos de garantía forman parte integrante de aquel que garantizan. Y Con la expedición de la Ley 80 de 1993, que eliminó la norma, según la cual, el contrato de seguro formaba parte del contrato administrativo, la Sección Tercera del Consejo de Estado a través de auto del 04 de abril de 2002, Exp. 17.244, manifestó que dada la calidad privada de las partes, el contrato se regía por las disposiciones de derecho privado.

Resalta que posteriormente el Consejo Superior de la Judicatura, al decidir un conflicto de competencias, mediante Sentencia del 29 de octubre de 2003, Exp. 2003-0446-01 afirmó que las pólizas de seguro de cumplimiento sin ser contratos estatales tienen una férrea cercanía con la relación jurídica subyacente en la cual la entidad pública es acreedora y cuenta con potestades excepcionales, por consiguiente, la jurisdicción competente para conocer de sus diferencias es la Contencioso Administrativa.

Actualmente desde el auto del 30 de enero de 2008, Exp. 32867, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que los seguros de cumplimiento a favor de entidades públicas son verdaderos contratos estatales, no solo por su cercanía al derecho público, sino porque la administración aprueba la póliza, acepta la estipulación para otro, lo cual convierte a la entidad pública en parte del seguro de cumplimiento. Esta posición ha sido reiterada por la sección tercera del Consejo de Estado en Sentencias recientes así: 28 de abril de 2010 Exp. 18168 y 09 de febrero de 2011 exp.17558.

El profesor Andrés Ordoñez (2011, pp. 17-20), en lo que tiene que ver con la naturaleza estatal o privada del contrato de seguro de cumplimiento, señala que la operación de la garantía como seguro de cumplimiento impone la necesidad que las entidades estatales deben actuar como verdaderas tomadoras del seguro y deben controlar estrictamente la información que se suministra a los aseguradores sobre el estado del riesgo, esto es, sobre el estado de solvencia del contratista, sobre su capacidad y antecedentes como contratista del Estado, así como el conocimiento de las condiciones en las que se ha producido la celebración del contrato garantizado, pues solo de esta manera, sus intereses

estarán debidamente protegidos en caso de siniestro y frente al reclamo que deberá hacerse ante el asegurador.

Para Jorge Eduardo Narváez (2011, pp. 282-283), la garantía única no es un contrato estatal, sin embargo actualmente la jurisprudencia estima que es un seguro por cuenta, lo cual deviene en que la entidad estatal se convierta en parte de dicho contrato de seguro.

1.2.5 Características de la garantía única en los contratos de la administración pública.

El examen de las características inherentes a la garantía de cumplimiento ha sido objeto de análisis de dos doctrinantes: Rodrigo Escobar Gil (2003, pp. 244-246) desde el ámbito del derecho público y Juan Manuel Díaz Granados (2011, pp. 305-311) desde el ámbito del derecho privado; los dos muestran que la garantía única de seguro de cumplimiento presenta unos rasgos especiales que el primero agrupa en cuatro ítems generales, en tanto que el segundo simplemente se refiere en los términos en que aparecen enunciados en la Ley o Decreto que los estipula.

1.2.5.1 La unilateralidad de la garantía.

Esta característica es definida por Rodrigo Escobar Gil, como la peculiaridad que tiene la garantía, para beneficiar únicamente a una de las partes que, en el caso en estudio, es la administración Pública, como quiera que lo que se pretende proteger es el patrimonio estatal. En tal virtud, el contratista no goza del mismo derecho de la administración.

En la garantía de seguro de cumplimiento, la única legitimada para reclamar del asegurador indemnización, es la entidad estatal, que ostenta la calidad de asegurado - beneficiario en la póliza.

1.2.5.2 Naturaleza de orden público.

Como el objeto de la garantía única, es la protección del patrimonio del Estado, las partes, por mandato de la Ley, deben consagrar en el texto del contrato la cláusula de garantía, en consecuencia, su constitución tiene un carácter imperativo y la Administración pública no puede renunciar a su estipulación, constituyéndose en una verdadera obligación principal del contrato.

De acuerdo con lo manifestado por Escobar Gil (2003) en su obra “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública” (p. 244) en el evento que se omita la inclusión de la garantía en el contrato, no se afecta la validez del vínculo pues para todos los efectos debe reputarse incorporada.

Con relación a esta característica, en la práctica la cláusula que se entiende incorporada por mandato legal, poca o casi ninguna efectividad presenta, ya que para poder emitir la póliza de seguro, es decir la garantía sobre un contrato suscrito entre la administración y un contratista, éste último debe suministrarle a la Compañía de Seguros información acerca de las coberturas que deben expedirle (cumplimiento, calidad, etc.), así como la suficiencia de las mismas, es decir, qué porcentajes, sobre el valor del contrato se desean cubrir. (20% o 10%, etc.).

También es importante anotar que el artículo 2.2.1.2.1.5.4., del Decreto 1082 de 2015, exime de exigir garantías a los contratos de mínima cuantía y bienes adquiridos a grandes superficies, por tal motivo, no se puede entender incorporada.

1.2.5.3 La intangibilidad de la garantía de cumplimiento.

Señala Escobar (2003), que: “La garantía prestada por el contratista deberá mantenerse inalterable durante toda la ejecución del contrato, para lo cual tendrá que guardar siempre la proporción exigida en la ley o en los pliegos de condiciones respecto al valor del contrato” (p.245).

Esta característica presenta dos consecuencias que Escobar (2003) enuncia así:

- a) La reposición de la suma asegurada, en el caso de la aplicación de multas por cuanto si se llegare a aplicar alguna durante el periodo de ejecución del contrato y se llegare a presentar algún incumplimiento el asegurador solo indemnizará a la administración hasta el tope del valor asegurado, que ya fue disminuido con la multa. (p. 245).

Sobre esta afirmación es importante tener en cuenta que en el evento que la entidad estatal llegue a imponer multas durante la ejecución del contrato, es indispensable que dé aplicación a los clausulados generales de las pólizas de seguro de cumplimiento que consagran la figura de la compensación, es decir, que el valor de la multa deberá primero descontarla de los saldos a favor del contratista; en consecuencia, la misma mecánica de avance del contrato impide que el contratista deba solicitar a la aseguradora la reposición del valor asegurado, con el correspondiente pago de prima adicional.

En cuanto a la cláusula penal pecuniaria, ésta se impone como consecuencia de la declaración de incumplimientos contractuales que suponen en algunos casos la finalización del vínculo contractual. En el evento en que se presente la finalización del vínculo, por obvias razones no podría haber lugar al restablecimiento del valor asegurado. De continuarse la ejecución del contrato,

definitivamente deberá el contratista propender por el restablecimiento antes mencionado.

La segunda consecuencia de este principio, la enuncia Escobar Gil (2003) así “Si se presenta una modificación del valor o una prórroga del plazo del contrato, el particular tiene la obligación de ajustar la garantía para que se mantenga intangible la protección de la entidad pública” (p. 245).

Efectivamente teniendo en cuenta que el seguro de cumplimiento es una garantía, si el contrato que respalda sufre alguna modificación, la garantía deberá reflejar esa modificación.

1.2.5.4 La irrevocabilidad de la garantía de cumplimiento.

Esta característica hace referencia a la imposibilidad por parte del asegurador de revocar el contrato de seguro. Contraria a la esencia del seguro que es revocable por naturaleza de acuerdo con lo señalado por el artículo 1071 de Código de Comercio, las garantías no pueden revocarse unilateralmente por el tomador del seguro ni por el asegurador, porque están instituidas por la ley en beneficio de la Administración Pública.

Desde otro punto de vista, La garantía de cumplimiento goza de la característica de ser irrevocable, así esté garantizando un contrato entre particulares o un contrato estatal, por cuanto está de por medio la buena fe de la persona que funge como asegurado, en tal sentido no cabe diferenciar la naturaleza privada o pública del contrato garantizado. El artículo 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015, consagra la improcedencia de la facultad de revocación de la garantía única.

1.2.5.5 No terminación por mora en el pago de la prima.

Esta característica es enunciada desde la expedición de la Ley 80 de 1993, cuando el legislador pretendiendo proteger el patrimonio de las entidades estatales consagró la excepción al artículo 1068 del Código de Comercio y a través de norma legal, hoy artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, con sus decretos reglamentarios (Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.2.5) mantuvo la imposibilidad que la garantía termine por mora en el pago de la prima.

1.2.5.6 Duración de la garantía hasta la liquidación o por más tiempo para las garantías post contractuales.

La Ley 1150 de 2007, no modificó la obligación contemplada por la Ley 80 en la que ordenaba que la garantía debe estar vigente hasta la liquidación del contrato, ésta procederá en el término fijado por las partes, sin embargo, si guardan silencio al respecto, lo podrán hacer dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados desde la expiración del término para la ejecución contractual, o desde el acto que disponga la terminación.

Si no llegaren a un acuerdo, la administración unilateralmente podrá hacerlo, dentro de los dos meses siguientes. Vencido este plazo, la entidad podrá liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) años siguientes.

Todo este término debe estar vigente la garantía y los amparos post contractuales como calidad, estabilidad o salarios también deberán prorrogarse.

1.2.5.7 No aplicación de la cláusula de proporcionalidad.

Esta característica hace relación al artículo 1102, aplicable a los seguros reales según la cual en caso de seguro insuficiente o infraseguro se aplica la regla proporcional tratándose de pérdidas parciales, es pertinente tener en cuenta que

en esta clase de seguros es posible calcular el valor total y real del interés asegurable, a diferencia de los seguros patrimoniales en donde ello no es posible, lo que deja sin justificación que se castigue de algún modo no haber asegurado el interés por su valor total.

Además, en los seguros de cumplimiento, el valor de cada amparo es un porcentaje de la obligación total, por tal motivo el artículo 2.2.1.2.3.2.4., del Decreto 1082 de 2015, prohíbe la inclusión de este tipo de cláusulas y si se llegaren a pactar, se consideran ineficaces.

Ahora bien, la regla proporcional como se plantea en el Código de Comercio para los seguros reales, no le es aplicable al seguro de cumplimiento, pero ello no significa que al contrato garantizado se le deje de dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 1596 del Código Civil (1873) que hace referencia a la proporcionalidad de la cláusula penal en los siguientes términos: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal” (art. 1596). Por consiguiente, se hace necesario resaltar que son dos conceptos diferentes y su aplicación opera para contratos diferentes, pues mientras el primero hace referencia a la garantía, el otro tiene que ver con el contrato garantizado.

1.2.5.8 Inoponibilidad de excepciones a la entidad contratante que provengan de la relación asegurador-contratista.

El artículo 2.2.1.1.3.2.6., del Decreto 1082 de 2015, consagra la Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros. De acuerdo con esta norma:

La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista. (Decreto 1082 , 2015, art. 2.2.1.1.3.2.6).

Esta disposición es una excepción al artículo 1044 del Código de Comercio (1971), según el cual la Compañía estaría legitimada para invocar la reticencia y la inexactitud en que haya incurrido el tomador, quien en el contrato garantizado ostenta la calidad de contratista, en la declaración del estado del riesgo.

El artículo 1058 del C de Co, establece que el contrato de seguro puede ser anulado a petición del asegurador, si el tomador no declaró sinceramente el estado del riesgo.

Claramente el artículo 2.2.1.1.3.2.6., del Decreto 1082 de 2015, consagra la Inoponibilidad en favor de la Entidad Estatal ante esta circunstancia.

1.2.5.9 Indivisibilidad de la garantía de cumplimiento.

El artículo 2.2.1.2.3.1.31.3., del Decreto 1082 de 2015, consagra la Indivisibilidad de la garantía en los siguientes términos:

La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato. (Decreto 1082 , 2015, art. 2.2.1.2.3.1.31.3.).

Así las cosas, la entidad estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación, debe indicar las garantías que exige en cada etapa del Contrato o cada periodo Contractual.

El mencionado artículo señala que antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.

Pero si el garante de una etapa del contrato decide no continuar garantizando la etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la etapa contractual o periodo Contractual en ejecución. Ahora bien, si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Periodo Contractual subsiguiente.

1.2.6 Partes que intervienen en el contrato de seguro de cumplimiento.

En este acápite se examinarán las partes que intervienen en el contrato de seguro de cumplimiento y las obligaciones que les atañen. Es preciso tener en cuenta que en éste último aspecto, la legislación no ha realizado ninguna modificación, por el hecho de que una de ellas tenga la connotación de pública o estatal. Lo que sugiere que las obligaciones a cargo de la entidad estatal, cuando ésta actúa conforme con lo señalado por el artículo 1039 del Código de Comercio

(1971) son las que se predicán del tomador- asegurado, tal como se observa más adelante.

Como lo menciona la profesora Hilda Zornosa (2001, pp. 11-21), citando al jurista Efrén Ossa, las normas de derecho privado de seguro identifican dos grupos de sujetos que intervienen como partes del contrato: los que concurren al proceso de formación del contrato de seguro y en consecuencia son los llamados a dar cumplimiento a las obligaciones surgidas de dicho contrato; y los que intervienen durante la etapa de ejecución; ésta última parte ha sido denominada por la doctrina como parte interesada; en tanto que los que expresan su consentimiento durante el periodo de formación del contrato se les denomina parte estipulante.

No obstante, de acuerdo con el artículo 1037 del Código de Comercio (1971), son partes del contrato de seguro: el asegurador y el tomador, disposición que en estricto rigor no es concluyente, pues existen figuras que permiten considerar al asegurado como parte del contrato de seguro siempre y cuando se den unas condiciones específicas, como se examinará en las obligaciones del tomador-asegurado, en cuyo caso quien funge como asegurado, tiene deberes que en principio se predicán del tomador.

1.2.6.1 El tomador.

Es preciso definir cada parte que interviene en la formación del contrato de seguro para identificar cuáles son sus obligaciones. En palabras de la profesora Hilda Zornosa (2001, p.13), el tomador es el contratante del seguro o estipulante, ya sea persona natural o jurídica; de conformidad con el artículo 1037 del Código de Comercio Colombiano (1971), es quien traslada los riesgos, puede obrar en

nombre propio o en representación de un tercero, con o sin poder para representarlo y puede también comparecer a nombre propio pero por cuenta ajena.

El tomador es quien está llamado a responder por las obligaciones derivadas del contrato; en caso que obre por cuenta ajena, tomador y asegurado serán dos personas distintas.

1.2.6.2 El asegurado y beneficiario.

Tiene la calidad de asegurado el titular del interés asegurable. Es aquél cuyo patrimonio resulta afectado con la realización del riesgo, es realmente a quien corresponde las obligaciones surgidas del contrato.

En cuanto al beneficiario, la ley comercial no señala una definición, sin embargo normas como el numeral 3 del artículo 1047 lo mencionan, dejando claridad que en todo contrato de seguro debe haber un beneficiario, porque la ley exige en la póliza su nombre y a falta de esta identificación el asegurado tiene esa calidad. En ese orden de ideas el beneficiario es la persona natural o jurídica, que a título oneroso o gratuito, recibe el valor de la indemnización una vez ha tenido lugar la ocurrencia del riesgo.

1.2.6.3 El asegurador.

Es el contratante que debe tener la calidad de persona jurídica y debe estar debidamente autorizada por la Ley para asumir los riesgos. Por involucrar la confianza del público en general, el Estado supervisa la actividad aseguradora a través de la Superintendencia financiera.

El desarrollo de las operaciones que llevan a cabo las aseguradoras están enmarcadas en dos principios: el de la protección de los derechos de los

tomadores y asegurados y el de la libertad de empresa, conforme lo dispone el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero.

La actividad desarrollada por las Compañías de Seguros es de naturaleza mercantil, según lo señala el numeral 10 del artículo 20 del Código de Comercio (1971).

1.2.7 Obligaciones de las partes que intervienen en el contrato de seguro.

Esta enumeración de obligaciones contempla no sólo las señaladas en el Código de Comercio, sino también en ordenamientos que tienen que ver con la protección al consumidor financiero como la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 1480 de 2011 que inciden en el contrato de seguro.

1.2.7.1 Obligaciones generales a cargo del asegurador.

Una de las principales obligaciones que el Código de Comercio de Colombia (1971) señala para el asegurador, es: indemnizar al tomador- asegurado o beneficiario, cuando se cumpla la condición a que está sujeta su obligación, esto es, la realización del riesgo asegurado.

El asegurador puede cumplir con la obligación debida: pagando en dinero, reparando, reponiendo o reconstruyendo la cosa asegurada, de conformidad con lo expresado por el artículo 1110 del Código de Comercio (1971).

Otras obligaciones generales a cargo del asegurador están consagradas en los artículos: 1046, 1070 y son las siguientes:

- Entregar la póliza al tomador con fines probatorios, dentro de los quince (15) días siguientes a la celebración del negocio.
- Suministrar las copias que bien el asegurado, tomador o beneficiario le soliciten.

- Devolver la prima no devengada, cuando el contrato termina anticipadamente. (Código de Comercio Colombiano, 1971, arts. 1046 y 1070).

1.2.7.1.1 Otras obligaciones a cargo del asegurador:

La aseguradora, como entidad Financiera, se encuentra sujeta a las normas de protección al consumidor financiero, por tal motivo contempla entre sus obligaciones entregar información cierta, suficiente y oportuna para que los clientes conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas, al respecto, el artículo 7 de Ley 1328 de 2009 (Ley 1328 - Congreso de la República, 2009), establece que las compañías aseguradoras deben responder a las siguientes obligaciones especiales:

- a. Suministrar información al público respecto de los Defensores del Consumidor Financiero, de conformidad con las instrucciones que sobre el particular imparta la Superintendencia Financiera de Colombia, en particular, la C.E. 015 de 2010.
- b. Entregar el producto o prestar el servicio debidamente, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas con el cliente, y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos.
- c. Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado.
- d. Contar con un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), en los términos indicados en la presente Ley, en los decretos que la reglamenten y en las instrucciones que imparta sobre el particular la Superintendencia Financiera de Colombia, en particular, en la C.E. 015 de 2010.
- e. Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.
- f. Elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de éstos para su aceptación. La copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, y las tasas de interés, precios o tarifas y la forma para determinarlos.

g. Abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados previamente al cliente, de acuerdo con los términos establecidos en las normas sobre la materia, y tener a disposición de éste los comprobantes o soportes de los pagos, transacciones u operaciones realizadas por cualquier canal ofrecido por la entidad vigilada. La conservación de dichos comprobantes y soportes deberá atender las normas sobre la materia.

h. Abstenerse de realizar cobro alguno por concepto de gastos de cobranza prejudicial sin haberse desplegado una actividad real encaminada efectivamente a dicha gestión, y sin haber informado previamente al cliente el valor de los mismos. Las gestiones de cobro deben efectuarse de manera respetuosa y en horarios adecuados.

i. Guardar la reserva de la información suministrada por el cliente y que tenga carácter de reservada en los términos establecidos en las normas correspondientes, sin perjuicio de su suministro a las autoridades competentes.

j. Dar constancia del estado y/o las condiciones específicas de los productos a una fecha determinada, cuando el consumidor financiero lo solicite, de conformidad con el procedimiento establecido para el efecto, salvo aquellos casos en que la entidad vigilada se encuentre obligada a hacerlo sin necesidad de solicitud previa.

k. Atender y dar respuesta oportuna a las solicitudes, quejas o reclamos formulados por los consumidores financieros, siguiendo los procedimientos establecidos para el efecto, las disposiciones consagradas en esta ley y en las demás normas que resulten aplicables.

l. Proveer los recursos humanos, físicos y tecnológicos para que en las sucursales y agencias se brinde una atención eficiente y oportuna a los consumidores financieros.

m. Permitir a sus clientes la consulta gratuita, al menos una vez al mes, por los canales que la entidad señale, del estado de sus productos y servicios.

n. Contar en su sitio en Internet con un enlace al sitio de la Superintendencia Financiera de Colombia dedicado al consumidor financiero.

o. Reportar a la Superintendencia Financiera de Colombia, en la forma que ésta señale, el precio de todos los productos y servicios que se ofrezcan de manera masiva. Esta información deberá ser divulgada de manera permanente por cada entidad vigilada en sus oficinas y su página de Internet.

p. Dar a conocer a los clientes, en los plazos que señale la Superintendencia Financiera de Colombia, por el respectivo canal y en forma previa a la realización de la operación, el costo de la misma, si lo hay, brindándoles la posibilidad de efectuarla o no.

q. Disponer de los medios electrónicos y controles idóneos para brindar eficiente seguridad a las transacciones, a la información confidencial de los clientes ya las redes que la contengan.

r. Colaborar oportuna y diligentemente con el Defensor del Consumidor Financiero, las autoridades judiciales y administrativas y los organismos de autorregulación en la recopilación de la información y la obtención de pruebas, en los casos que se requieran, entre otros, los de

fraude, hurto o cualquier otra conducta que pueda ser constitutiva de un hecho punible realizada mediante la utilización de tarjetas crédito o débito, la realización de transacciones electrónicas o telefónicas, así como cualquier otra modalidad.

s. No requerir al cliente información que ya repose en la entidad vigilada o en sus dependencias, sucursales o agencias, sin perjuicio de la obligación del cliente de actualizar la información que de acuerdo con la normatividad correspondiente así lo requiera.

t. Desarrollar programas y campañas de educación financiera a sus clientes sobre los diferentes productos y servicios que prestan, obligaciones y derechos de estos y los costos de los productos y servicios que prestan, mercados y tipo de entidades vigiladas, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la protección de sus derechos, según las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

u. Las demás previstas en la ley, las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los clientes, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos... (Ley 1328 - Congreso de la República, 2009, art. 7).

Finalmente, en lo que tiene que ver con el estatuto al Consumidor, el numeral 3 del artículo 37 del Decreto 1480 (2011), establece como obligación de la Compañía de Seguros, hacer entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

1.2.7.2 Obligaciones a cargo del tomador – asegurado.

Para realizar el análisis de éstas obligaciones se hace necesario distinguir en que calidad está actuando el tomador, así:

Si el tomador de manera simultánea ostenta la calidad de asegurado y beneficiario, es decir, si obra expresamente por su propia cuenta y es el titular del interés asegurable, se considera que el seguro está contratado por cuenta propia y deberá cumplir con todas las obligaciones que se enuncian dentro del desarrollo de este numeral.

Sin embargo, cuando el tomador, es diferente del asegurado y beneficiario, como en el caso de la póliza de seguro de cumplimiento, estamos ante un seguro por cuenta. Esta clase de seguro, se encuentra establecida en el artículo 1039 del Código de Comercio (1971), así:

El seguro puede ser contratado por un tercero determinado o determinable. En tal caso al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo. (Código de Comercio Colombiano, 1971, art. 1039).

Así las cosas, cuando el tomador obra en nombre propio y el interés asegurable está en un tercero determinado o determinable, estamos ante un **seguro por cuenta**.

En punto de esta este tema, la profesora Hilda Zornosa (2001), citando a Javier Avilés García, señala que en el seguro de cumplimiento “el afianzado no le traslada al asegurador su propio riesgo, transfiere el riesgo de la entidad contratante, el de la asegurada” (p. 21).

En cuanto a las obligaciones que surgen en el seguro por cuenta, tal como lo manifiesta el profesor Ossa (1991, p. 19), al tomador le incumben las obligaciones inherentes al seguro. Como parte que interviene en la formación del contrato, es el llamado a declarar el estado del riesgo, de acuerdo como lo establece el artículo 1058 del Código de Comercio. De igual forma, debe notificar por escrito al asegurador de los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo y variación de su identidad local, solo está exento del

cumplimiento de aquellas obligaciones que solo pueden ser cumplidas por el mismo asegurado.

Ahora bien, si el asegurado es el único que está en capacidad de cumplir una de las obligaciones derivadas del contrato, por ejemplo: “si tiene bajo su control la cosa asegurada” (Ossa, 1991), es quien debe dar aviso de las agravaciones del riesgo y de la ocurrencia del siniestro, etc., obligaciones que se le trasladan sólo en virtud de la posibilidad de atenderlas, así lo señala el doctrinante Efrén Ossa.

Así las cosas, en cuanto a las obligaciones a cargo del tomador estas pueden sintetizarse así:

- Declarar el estado del riesgo es una obligación previa a la celebración del contrato.
- Mantener el estado del riesgo, se refiere a conservar el bien o el interés en condiciones similares sino equivalentes a las que existían al momento de suscribir el contrato. En consecuencia, cuando éstas se modifiquen bien sea por circunstancias inherentes o no a la voluntad del tomador, deberá darse aviso al asegurador.

Entre la declaración del estado de riesgo y la conservación del estado del riesgo existen diferencias de fondo, pues la declaración está siempre a cargo del tomador en tanto que la conservación corresponde al asegurado o al tomador, de acuerdo con quien tenga la posibilidad de cumplir.

La declaración es un deber de información y la conservación un deber de conducta. En consecuencia, el incumplimiento del deber de informar sinceramente el estado del riesgo, genera la nulidad del contrato o la reducción de la prestación

asegurada, mientras que el incumplimiento del deber de conservar el estado del riesgo, produce el reajuste de prima o la terminación del contrato.

➤ Cumplir con las Garantías

La garantía es una promesa que debe constar por escrito, se trata como bien lo indica el artículo 1061 del Código de Comercio (1971), de una obligación adicional a cargo del tomador, la cual no tiene injerencia en ninguno de los elementos esenciales del contrato de seguro. Conforme lo señala el Profesor Hernán Fabio López (2014) este deber lo radica la norma en mención, en cabeza del asegurado, pero lo puede pactar el tomador; en consecuencia, “puede ofrecerla no solo el asegurado sino también el tomador y predicarse el cumplimiento de ella en el asegurado, cuando éste es diverso de aquel y ratifica el contrato” (pp. 305-324).

➤ Pagar la Prima

El artículo 1066 del Código de Comercio (1971), pone en cabeza del tomador ésta obligación y establece que deberá pagar la prima dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza, certificados o anexos, salvo que se pacte otra cosa. En virtud de la modificación introducida por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990, la mora en el pago de la prima produce la terminación automática del contrato, quedando el asegurador facultado para exigir el monto de la prima devengada (correspondiente al tiempo de vigencia del amparo) y los gastos en que ha incurrido para la expedición de la póliza. Esta disposición encuentra dos excepciones consagradas en nuestro orden jurídico positivo, una en materia del seguro de vida, cuando se hayan cubierto las primas correspondientes de por lo

menos dos años de vigencia, y la otra en contratación administrativa, por expreso mandato del estatuto contractual para entidades estatales.

No obstante lo anterior, en lo referente al seguro de cumplimiento, que respalda un acuerdo de voluntades suscrito entre particulares, la jurisprudencia ha señalado que aunque no exista norma que así lo consagre, ésta clase de seguro de cumplimiento no puede terminarse automáticamente por falta de pago del precio del seguro, debido a su carácter de garantía. Al respecto la Corte Suprema de Justicia (2009) en su oportunidad señaló lo siguiente:

Dada la función económico social que al seguro de cumplimiento corresponde, concretamente la de servir de garantía de cumplimiento de obligaciones ajenas, no es posible admitir que obre frente a esa especie aseguraticia la regla del artículo que le permite al asegurador extinguirlo unilateralmente. No sólo sería 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. (Corte Suprema de justicia – Sentencia del 18 de Diciembre, 2009, Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01).

A pesar de estos pronunciamientos jurisprudenciales, en los clausulados generales de las Compañías de Seguros se consagra la terminación automática del contrato de seguro de cumplimiento en favor de particulares, excepto cuando la prima es pagada a través de un medio de pago como el cheque y éste sale impagado, ahí la Compañía procede a perseguir al deudor y deja incólume la garantía.

1.2.7.3 Obligaciones legales del asegurado- beneficiario en virtud del seguro por cuenta.

Los artículos 1039 y 1041 del Código de Comercio (1971), establecen que las obligaciones a cargo del tomador también se predicán del asegurado y beneficiario, cuando respecto de ellos se ostenta la calidad de tomador.

Una vez ocurrido el siniestro surgen para el asegurado o para el beneficiario las siguientes obligaciones:

➤ **Dar aviso del siniestro**

El artículo 1075 del Código de Comercio (1971), consagra esta obligación una vez ocurrido el siniestro, en los siguientes términos: “El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer” (art. 1075). Esta obligación no tiene un propósito diferente a que el asegurador despliegue las acciones que considere pertinentes para evitar la extensión o propagación del siniestro, y así poder actuar en defensa de sus intereses.

La ley no consagra una ritualidad o medio específico para el cumplimiento de esta obligación, en consecuencia, cualquier medio es idóneo para tal fin.

El aviso de siniestro como lo señala el Profesor Hernán Fabio López (2014, p. 330) no tiene ningún efecto vinculante para la aseguradora, quien no está obligada a responderlo, pero una de las finalidades del aviso, es que el asegurador pueda verificar las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, para que llegado el momento de la definición del siniestro, esté en la debida capacidad de optar por el pago o por la negativa de la reclamación.

La omisión de las obligaciones, que le corresponden en caso de siniestro al asegurado o beneficiario, faculta al asegurador, para deducir del monto de la indemnización, el valor de los perjuicios que cause dicho incumplimiento. Así lo dispone el artículo 1078 del Código de Comercio (1971).

➤ **Evitar la extensión y propagación del siniestro**

Esta obligación implica que el asegurado debe desplegar los actos que sean necesarios para lograr que la pérdida sea menor; este deber está encaminado a evitar que por parte del asegurado se presente una conducta negligente, que lleve al asegurador a desembolsar una erogación mayor de la que debería a título de indemnización.

Está relacionado también con la protección de los bienes que se denominan como “salvamentos” y como la afirma Hernán Fabio López (2014, p. 327), si el salvamento se pierde, porque el asegurado no tomó las medidas para protegerlos, la indemnización no puede cubrir éstas pérdidas.

➤ **Informar sobre la existencia de otros seguros**

Esta obligación se encuentra estipulada en el artículo 1093 del Código de Comercio (1971) así: “el asegurado deberá informar por escrito al asegurador de los seguros de la misma naturaleza que contrató, sobre el mismo interés, dentro del término de diez días a partir de su celebración” (art. 1093).

El incumplimiento de esta obligación conlleva la terminación del contrato, salvo que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado, pues conforme lo señala el profesor Hernán Fabio López (2014): “(...) dicho artículo no cualifica el motivo de la omisión, esto es no se requiere que sea

maliciosa o negligente, sino sencillamente que no se haya dado aviso para que el contrato termine” (p. 337).

También el artículo 1076 del Código de Comercio (1971), hace alusión a la declaración de seguros coexistentes pero al momento de dar noticia del siniestro, acerca de la forma como se debe interpretar esta disposición la interpretación que hace Hernán Fabio López (2014, p. 338) según la cual, en el único caso que podrá aplicarse la sanción impuesta por el artículo 1076, es aquel en que se ha ocultado la existencia de otros seguros que se tomaron con anterioridad, pero cuyo valor íntegro no excede el total del interés asegurable, caso en el cual, no termina el contrato a menos que dicha información se oculte al momento de dar aviso de siniestro.

➤ **No asegurar el deducible o franquicia**

El deducible es la parte del perjuicio que una vez ocurrido el siniestro está obligado a soportar el asegurado, implica la prohibición para éste de protegerse respecto de tales cuotas. Su objetivo es conminar a que se de en todo momento por parte del tomador asegurado o beneficiario una conducta diligente. El artículo 1103 del Código de Comercio (1971), señala que se puede estipular en contrario, sin embargo, cuando esto no ocurre y se infringe la norma, se produce la terminación del contrato original.

➤ **Permitir el ejercicio del derecho a la subrogación**

El artículo 1097 del Código de Comercio (1971) dispone que “el asegurado no podrá renunciar en ningún momento a sus derechos contra los terceros responsables del siniestro. El incumplimiento de esta obligación acarreará la pérdida del derecho a la indemnización” (art. 1097).

Esta renuncia debe realizarse antes del pago de la indemnización por cuanto una vez indemnizado el siniestro, la subrogación opera por ministerio de la ley. Además la obligación no se circunscribe únicamente a no renunciar, también implica facilitar al asegurador todos los medios posibles para que pueda ejercer sus derechos adecuadamente, tal como lo señala el artículo 1098 del C de Co (1971).

1.2.7.3.1 Obligaciones según las condiciones generales contractuales de la garantía.

Para el análisis de este ítem, se utilizaron y compilaron las condiciones generales de dos Compañías privadas, líderes en la expedición de seguros de cumplimiento (Seguros Confianza y Seguros del Estado) así como el clausulado de la Compañía de seguros Estatal (Previsora Seguros).

Dentro de los Condicionados de las Compañías enunciadas, se consagran obligaciones diferentes a las estipuladas por Ley, por tal motivo es preciso enunciarlas así:

➤ **Deber de información**

El tomador se compromete a actualizar como mínimo anualmente, la información registrada en el formulario de conocimiento del cliente, que la aseguradora suministre para tal efecto.

➤ **Deber de vigilancia**

En los términos definidos por el artículo 1060 y 1061 del Código de Comercio (1971), durante la vigencia del seguro, no se introducirán modificaciones al contrato garantizado por la presente póliza, sin la notificación al asegurador para la expedición del certificado de modificación correspondiente.

El asegurador tiene derecho a ejercer la vigilancia sobre el contratista garantizado en la ejecución del contrato, para lo cual la entidad estatal contratante asegurada le prestará la colaboración necesaria.

La entidad estatal contratante asegurada se compromete a ejercer estricto control sobre el desarrollo del contrato y sobre el manejo de los fondos y bienes correspondientes, dentro de las atribuciones que dicho contrato le confiere.

La entidad estatal deberá verificar durante la vigencia del contrato amparado en esta póliza, que el contratista se encuentra cumpliendo con sus obligaciones patronales relativas al sistema integral de seguridad social de que trata la Ley 100 de 1993.

➤ **Aplicación de la compensación**

En virtud de la Compensación como medio de extinción de las obligaciones reconocida en el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 (Ley 1150 - Congreso de la República, 2007), la aseguradora tendrá en cuenta todas las sumas de dinero que la entidad estatal asegurada le adeude al contratista garantizado, por cualquier concepto, para tales efectos se deberá tener en cuenta la liquidación del contrato garantizado, efectuada en los términos legales o convencionales.

➤ **Procesos de insolvencia**

La Entidad Estatal asegurada, se obliga a hacer valer sus derechos dentro de cualquier proceso de insolvencia empresarial en el que llegare a ser admitido el Tomador garantizado, en la forma en que debería hacerlo si careciese de la garantía otorgada por la póliza, sus certificados de aplicación y sus amparos dando aviso al Asegurador de tal conducta.

➤ **Debido proceso**

En caso de declaratoria de incumplimiento parcial, total o de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 (Ley 1474 - Congreso de la República, 2011), la entidad estatal contratante asegurada, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad o de incumplimiento, procederá a hacer efectiva la cláusula penal, a imponer multas, o a cuantificar el monto del perjuicio, según sea el caso, y a ordenar su pago tanto al contratista garantizado como al garante.

➤ **Obligación de agotamiento de mecanismos alternativos de solución**

El artículo 68 de la Ley 80 de 1993 (Ley 80 - Congreso de la República, 1993), establece que las entidades estatales deberán buscar solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, para tal efecto establece que se debe acudir a los mecanismos previstos en la Ley como conciliación, transacción, amigable composición. Cuando dentro del contrato estatal se pacten este tipo de cláusulas, la entidad estatal deberá agotar los mecanismos alternativos de solución de conflictos pactados por las partes, antes de acudir a la efectividad de la garantía.

1.3 Conclusiones Primer Capítulo

➤ Por disposición legal en Colombia, la garantía de seguro de cumplimiento, es un seguro que no opera completamente como tal, sino que goza de unas características sui generis, que se identifican con la fianza.

➤ La línea conceptual de la Corte Suprema de justicia, reconoce que es un seguro y que pertenece a la clasificación de seguro de daños; que asume una obligación propia a cambio de la exigencia de una prima.

➤ La Corte Suprema de justicia reconoce que el seguro de cumplimiento por su estructura y por su función, también participa de la naturaleza de la fianza y que lo que lo diferencia de ésta es su operación técnico-comercial.

➤ El seguro de cumplimiento cumple una función de garantía.

➤ La Doctrina define los contratos de garantía: como instituciones que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones propias o ajenas.

➤ La garantía de cumplimiento del contrato estatal, está orientada a indemnizar los perjuicios que sufra el Estado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas con sus contratistas, en virtud de la celebración de un contrato, por consiguiente debe arribarse a la conclusión, de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales, se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial.

➤ La sección tercera del Consejo de Estado desde el año 2000, ha coincidido con la Corte Suprema de Justicia en darle a la garantía de cumplimiento el tratamiento de seguro, y la ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial.

➤ En la actualidad la Sección tercera del Consejo de Estado considera que el seguro de cumplimiento, es un contrato accesorio a favor de entidades públicas y es un verdadero contrato estatal, no solo por su cercanía al derecho

público, sino porque la administración aprueba la póliza, acepta la estipulación para otro, lo cual convierte a la entidad pública en parte del seguro de cumplimiento.

➤ En virtud de la connotación de ser un seguro por cuenta, la garantía de cumplimiento, se convierte en un contrato estatal.

➤ Las características del seguro de cumplimiento que operan indistintamente así el asegurado tenga la calidad de persona pública o privada son:

- La unilateralidad
- La irrevocabilidad
- La duración de la garantía hasta la liquidación o por más tiempo para las garantías post contractuales.

➤ El seguro que respalda el cumplimiento de un contrato estatal, contempla unas características que evidencian la intención del legislador de dar mayor protección al asegurado, es decir, a la entidad estatal; éstas son:

- Naturaleza de orden público
- Intangibilidad
- No termina por mora en el pago de la prima.
- No puede aplicarse la cláusula de proporcionalidad a los amparos de la póliza.
- A la entidad estatal asegurada, no se le pueden oponer excepciones que provengan de la relación asegurador contratista.
- La garantía de cumplimiento es Indivisible.

➤ La garantía de seguro de Cumplimiento está diseñada para beneficiar únicamente a una de las partes: a quien funge como asegurado/beneficiario, cuando se garantiza un contrato estatal, esta calidad la ostentan las entidades públicas.

➤ La constitución de las garantías en los contratos con la administración tiene un carácter imperativo y la Administración pública no puede renunciar a su estipulación, constituyéndose en una verdadera obligación principal del contrato.

➤ La garantía prestada por el contratista deberá mantenerse inalterable durante toda la ejecución del contrato, para lo cual tendrá que guardar siempre la proporción exigida en la ley o en los pliegos de condiciones respecto al valor del contrato, generándose dos consecuencias:

- La reposición de la suma asegurada, en el caso de afectación de la garantía sin que se haya terminado el vínculo contractual.
- La obligación de ajustar la garantía cuando se presente una modificación al valor o una prórroga del plazo.

➤ Las garantías en los contratos de la administración pública no pueden revocarse unilateralmente por el tomador del seguro ni por el asegurador, porque están instituidas por la ley en beneficio de la Administración Pública.

➤ La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista

➤ De acuerdo con el artículo 1037 del Código de Comercio, son partes del contrato de seguro: el asegurador y el tomador, sin embargo esta enunciación no es taxativa, por cuanto existen figuras legales que permiten considerar al asegurado, como parte del contrato de seguro

➤ Si el asegurado es el único que está en capacidad de cumplir una de las obligaciones o cargas derivadas del contrato, por ejemplo “si tiene bajo su control la cosa asegurada” es quien debe dar aviso de las agravaciones del riesgo y de la ocurrencia del siniestro, etc., obligaciones que se le trasladan solo en virtud de la posibilidad de atenderlas, que por lo demás son de exclusiva incumbencia del tomador.

➤ Entre la declaración del estado de riesgo y la conservación del estado del riesgo existen diferencias de fondo, pues la declaración está siempre a cargo del tomador en tanto que la conservación corresponde al asegurado o al tomador, de acuerdo con quien tenga la posibilidad de cumplir.

➤ La declaración del estado del riesgo es previa a la celebración del contrato, mientras que mantener el estado del riesgo, es un deber que se presenta una vez se ha celebrado el contrato y durante su ejecución.

➤ El asegurado es quien tiene la calidad de titular del interés asegurable. Es aquél cuyo patrimonio resulta afectado con la realización del riesgo, es realmente a quien corresponde las obligaciones surgidas del contrato, en principio.

2 El Principio de la Buena Fe en el Seguro de Cumplimiento

Una vez examinada la naturaleza del seguro de cumplimiento, las partes y las obligaciones consagradas en la Ley, se hace necesario examinar por separado lo que tiene que ver con la interpretación de las obligaciones que le atañen a las partes en este contrato, pues el seguro es un contrato considerado como de ubérrima buena fe, es decir, que este principio es el eje trascendental que lo gobierna.

La buena fe es un principio general de derecho, es decir, una directriz que permea todo el ordenamiento jurídico y por consiguiente se entiende inmerso en todas las actuaciones jurídicamente relevantes.

Los principios generales de derecho cumplen tres funciones conexas: servir de fuente creadora de derecho, servir como fuente de integración en caso de lagunas o vacíos y de medio interpretativo.

Es primordial tener en cuenta que el principio de la buena fe, rige la contratación y es absoluto por cuanto no admite contradicción o excepción, es tal su importancia, que se le ha tomado como el principal elemento integrador del contenido contractual.

La profundización en el análisis de este principio, permite arribar no solo a deberes que se encuentran inmersos y que las partes deben cumplir, sino también a funciones que enriquecen el contenido contractual. En el caso particular del seguro de cumplimiento. cuyo objeto es garantizar contratos estatales, éstos deberes se predicen también del asegurado, es decir, las entidades estatales, quienes en virtud de suscribir un seguro por cuenta, se

encuentran también sujetas a éste principio y a los deberes secundarios de conducta que se derivan de él.

Para entender cómo las obligaciones de las partes se ven directamente afectadas por este principio, el Profesor Arturo Solarte (2004) en el estudio denominado “La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta” (pp. 287 - 288), efectúa un análisis acerca de la forma como la buena fe objetiva, permea la regulación e interpretación de las obligaciones de las partes en los contratos.

En efecto, la buena fe objetiva, manifiesta el Profesor Solarte (2004), citando a Díez Picazo y Luis Ponce de León, en la obra El principio General de la Buena Fe, corresponde a un concepto técnico jurídico, referido a la conducta o al comportamiento que se considera como el parámetro, que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen y también como un deber de conducta, que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico.

En este orden de ideas, la buena fe, es examinada a la luz de las relaciones intersubjetivas de las partes que intervienen en un contrato.

De acuerdo con lo anterior, a la hora de analizar un contrato, se debe tener en cuenta en primer lugar la voluntad de las partes, sin embargo, ésta no abarca todas las actividades que implican la relación contractual, por tal motivo se hace indispensable recurrir a las fuentes normativas externas, que sean necesarias para integrar el contenido del contrato, siendo necesario tener en cuenta las obligaciones que por ley le pertenezcan, es decir, las que corresponden por ley imperativa y las que tienen que ver con la naturaleza del

respectivo contrato, por cuanto a través de los elementos de la naturaleza, se incorporan al contrato las prácticas usuales y los estándares de conducta propios de las negociaciones inherentes a ese contrato, en este aspecto es imprescindible tener en cuenta que el contrato de seguro es considerado como de ubérrima buena fe, es decir, que las obligaciones a cargo de cada parte que intervienen en él, deben estar en concordancia con el principio de la buena fe, de la cual se derivan.

Así las cosas, a través de la buena fe integradora, se crean unos deberes especiales que tienen que ver con la naturaleza del contrato y su finalidad, éstos deberes y derechos surgen como consecuencia del enriquecimiento contractual, por consiguiente, al lado de las relaciones obligacionales existen otros deberes jurídicos, denominados deberes secundarios de conducta o deberes complementarios, que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes y son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria.

Estos deberes, aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de la buena fe. Dentro de este contexto se pueden mencionar: los de información, protección, consejo y fidelidad o secreto.

El principio de la Buena Fe, es tan importante para el ordenamiento jurídico colombiano, que está consagrado a través de preceptos constitucionales y legales así:

El artículo 83 de la Constitución Política (1991), ordena que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas, deben ceñirse a

los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas.

En lo que tiene que ver con la regulación comercial, el Código de Comercio (1971) en su artículo 835, consagra la presunción de la buena fe y el Código Civil en el artículo 1603, señala la obligación de actuar de buena fe durante la ejecución de los contratos.

Otra fuente de derecho, la jurisprudencia, le ha dado un gran reconocimiento a la Buena Fe, así:

En la sentencia **C-1194/08**, la Corte Constitucional ha considerado que la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, en consecuencia, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones; en cuanto a su función como integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares, y entre estos y el Estado, como postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también puede establecer, en casos específicos, ésta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.

En lo que concierne con el contrato de seguro, la Corte Constitucional en Sentencia **C-232/97**, enfatiza que en el contrato de seguro no basta la diligencia y honestidad que se exigen en el común de los contratos, pues el ser considerado como de ***ubérrima bona fidei contractus***, (máxima buena fe contractual) implica que éstos deberes, deben ser expresados dentro de su máxima calidad, para tal efecto la Corte señaló:

En consecuencia, como al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la masa de riesgos que contractualmente asume, debe reconocerse que él contrae sus obligaciones, en la mayoría de los casos,

solamente con base en el dicho del tomador. Esta particular situación, consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra, es especial y distinta de la que se da en otros tipos contractuales, y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de ubérrima buena fe.

Aseverar que el contrato de seguro es de ubérrima bona fidei contractus, significa, ni más ni menos, sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo.

Joaquín Garrigues expresa que la exigencia de la ubérrima buena fe obedece el hecho de que “el seguro es un contrato celebrado en masa, en el que se ofrecen las características propias de un contrato de adhesión”, agregando que “la exigencia de la buena fe lleva en el contrato de seguro a consecuencias extremas, desconocidas en los demás contratos. En tal sentido se dice que el seguro es **ubérrima fidei contractus**. Esta nota peculiar se manifiesta no sólo en la ejecución del contrato (...), sino en el momento anterior al contrato. Esto es justamente lo típico del seguro. Ya hemos dicho que la entidad aseguradora debe escrupulosamente cumplir con el principio de la buena fe, pero lo característico es que la buena fe opera de modo especial respecto del contratante del seguro (tomador) en el momento en que éste todavía no lo es. Se trata de un deber precontractual a cargo del tomador del seguro, consistente en declarar exactamente todas las circunstancias que pueden influir en la apreciación de los riesgos, cuyas circunstancias el asegurador va a asumir. (...)” (Joaquín Garrigues, ob. cit. págs. 256 y 257).

Para la Corte Constitucional, es claro que el régimen rescisorio especial para las reticencias e inexactitudes relevantes, surge de bases objetivas, determinadas por la naturaleza de las cosas: la ineludible necesidad de contratar en masa, que constriñe a la empresa aseguradora, y la correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados, que explica por qué el asegurador queda supeditado a la honradez del tomador, y por qué éste debe asumir, en todo momento, una conducta de máxima buena fe(...). (Sentencia C-232, 1997).

Ahora bien, teniendo en cuenta que el seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, ha sido considerado por el Consejo de Estado como un contrato estatal y que su función está dada en garantizar el cumplimiento de un contrato también clasificado como estatal, es preciso traer a colación lo establecido por la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con la existencia y aplicación del Principio de la Buena Fe dentro del régimen de contratación

estatal colombiano, en la sentencia T- 209 del 17 de marzo de 2006, esta alta

Corte expresa:

De esta manera, el régimen de contratación del Estado, sostuvo la Corte en sentencia C-892 de 2001^[21] “no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular. (Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional - Sentencia T-209, 2006).

Con relación al principio de la buena fe, en el régimen de la contratación pública, ésta sentencia también hace referencia al fallo emitido por la sección tercera del Consejo de Estado, el 22 de abril de 1996.C.P. Jesús María Carrillo., a través del cual se enfatiza que el principio de la buena fe debe permanecer durante todas las etapas del contrato y que la buena fe que aplica es la objetiva.

En su momento el Consejo de Estado manifestó:

La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en

un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico.

Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.^[4] (subrayado ajeno al texto)

El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina^[5], son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios (...). (Consejo de Estado del 22 de Abril, 1996).

Desde el punto de vista del Derecho Comercial, el estudio de la buena fe como principio que enmarca al contrato de seguro, ha generado pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha sido prolija en el estudio de la buena fe como principio que informa el contrato de seguro y contundentemente establece que se debe predicar de las dos partes que intervienen en la formación del contrato, por tal motivo en el fallo emitido por la sala de Casación Civil del 21 de mayo de 2002, dentro del expediente número 7288, siendo Magistrado ponente Silvio Trejos Bueno y citando la sentencia del 02 de agosto de 2001, expediente 6146, establece categóricamente que este principio “es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla , sin que sea predicable, a modo de

unicum, respecto de una sola de ellas” (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 02 de Agosto, 2001).

Ahora bien, para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, es imperativo examinar en cada una de las fases del contrato la conducta desplegada por él, de manera integral, o sea en conjunto, pues, puede suceder, que la conducta en inicio se ciña a los principios dados por la buena fe y ulteriormente varíe generándose así su inequívoco rompimiento. De ahí que la buena fe no se puede circunscribir solo a un segmento o a una fase del contrato, pues se hace necesario valorar las diversas oportunidades que los interesados debieron actuar con lealtad, corrección y diligencia, según sea el caso.

En sentencia del 02 de agosto de 2008, en lo relacionado con la buena fe en el contrato de seguro de cumplimiento, la Corte Suprema de Justicia, manifestó:

No puede perderse de vista que los contratos y en general toda relación surgida por ese intercambio de bienes y servicios, establece parámetros comportamentales diversos, tanto positivos como negativos, plegados a un mínimo de requerimientos relativos a la lealtad y corrección en la celebración y ejecución del negocio; pilares estos que, especialmente, se exigen en los contratos de seguros (uberrima fides).

El ordenamiento jurídico condiciona a los individuos a que su obrar se adecue a la observancia de un mínimo de pautas que objetivamente valoradas estructuran la buena fe. Por ello, no es dable proceder a su total arbitrio (conducta negativa), amén de que no les es facultativo proceder abusivamente o con propósito de engaño; también, están condicionados a actuar (conducta positiva), continuamente, con observancia estricta de las reglas generales fijadas socialmente. Obviamente, tal cual acontece con la ley, cuya interpretación debe repeler cualquier conclusión en la que aniden resultados contrarios a la buena fe, en los negocios jurídicos dicho ejercicio debe conducir, igualmente, a excluir, de manera rotunda, los brotes de mala fe o contrarios a ese referente ético fijado por la sociedad y reproducido en las disposiciones vigentes. (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 02 de Agosto, 2008, Ref. 11001 31 03 016 1994 03216 01).

Posteriormente, el 27 de junio de 2013, la Corte después de citar muchas jurisprudencias de ésta misma Corporación en donde se evidencia que el

contrato de seguro es de ubérrima buena fe, manifiesta: “Así las cosas, en este “contrato” la exigencia de buena fe aumenta en grado máximo, pues como ha dicho la Corte, la protección de las partes que concurren al mismo, requiere el máximo de transparencia posible...” (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 27 de Junio, 2013).

2.1 Naturaleza de los Deberes Derivados del Principio de la Buena Fe

Para entender el alcance de los deberes surgidos de este principio como integrador de derecho, es primordial diferenciar si éstos tienen la calidad de deber, obligación o carga.

Para la celebración del contrato y durante su desarrollo las partes deben observar algunas conductas que implican deberes orientados a preservar las condiciones preexistentes al momento de la celebración del contrato o el equilibrio del mismo, teniendo como fin primordial la satisfacción del interés jurídico, que cada parte tiene para celebrar el contrato integrado tanto por una autolimitación como por una satisfacción.

Para entrar a medir el alcance de esos deberes que se pueden enmarcar dentro de los términos obligaciones, deberes o cargas, se hace necesario identificar su significado.

El profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2012, pp. 236 - 267) en su obra Derecho de Seguros, considera que los deberes jurídicos, en sentido amplio, son receptáculo de las obligaciones y con relación a definición de Carga (p. 242) señala que las doctrinas contemporáneas: germana en primera instancia y luego la italiana han procedido a formular puntuales teorías orientadas a separar nítidamente la obligación (débito), o deber de prestación, de la carga

(incumbencia), pues mientras en la obligación el deber de conducta es impuesto al sujeto pasivo en interés de otro, en la carga el deber de conducta se impone para tutelar el deber de quien debe observarla; por tal motivo las consecuencias legales también son diferentes pues ante el incumplimiento de una obligación, el acreedor puede exigir su cumplimiento, en tanto que en las cargas la conducta del gravado no es legalmente exigible.

De acuerdo con lo expuesto, se infiere acertada la posición doctrinal del citado autor, que se inclina por concluir que dentro del contrato de seguros no se presenta la figura de la carga, sino de los deberes especiales de conducta pues la omisión de alguno de ellos genera un efecto que aqueja a la otra parte.

Este mismo criterio es aceptado en la doctrina española por Joaquín Garrigues (1954), según la cual:

(...) la carga se caracteriza por el dato de imponerse al sometido a ella y no en interés de otro contratante, pues en el seguro quien está más interesado en la observación de cierta conducta por parte del tomador del seguro es el asegurador, ya que de esa conducta dependerá o no abonar una indemnización superior a la que hubiera tenido que pagar si el tomador del seguro hubiese actuado con diligencia y buena fe. Es pues dudoso que estos deberes se establezcan preferentemente en interés del asegurado (al asegurador no le es indiferente, por ejemplo, que el riesgo resulte agravado sin el correlativo aumento de prima) En nuestra opinión es más bien un deber de observar una conducta leal, impuesta por el principio de la buena fe que ilumina todo el ámbito del contrato de seguro... (p. 262).

Ahora bien, en cuanto a la jurisprudencia colombiana, similar posición ha sido adoptada en el Laudo arbitral, que dirimió la controversia entre Ocesa y Liberty Seguros S.A., el 08 de noviembre de 2006, en el que el Tribunal respectivo se inclinó por calificar que las obligaciones que impone el artículo 1074 del Código de Comercio (1971) son conductas clasificadas como deberes de las partes contratantes, concretamente en lo que se refiere a evitar la propagación del

siniestro y a proveer el salvamento de las cosas aseguradas (Jaramillo, 2012, p. 263) y que esta tendencia se plasma en los Principios del Derecho Europeo del Contrato de Seguro, pues no se alude a la figura de la carga, sino que se refieren a deberes, los cuales se encuentran consignados en diferentes artículos, como el de información, el deber de comunicar la agravación del riesgo, los precontractuales, entre otros. En igual forma acontece en legislaciones como la española, belga y luxemburguesa (Jaramillo, 2012, p. 264).

Conviene ahora examinar como a partir de la Buena Fe éstos deberes inciden en las obligaciones de las partes que suscriben el contrato.

Para tal efecto, es preciso considerar que la buena fe exigida en materia contractual tiene que ver con el modelo de conducta de los parámetros socialmente aceptados, por consiguiente, de ella se derivan deberes contractuales que inciden en el contrato celebrado por las partes, de esta forma actúa como función integradora, pues permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas que la ley prevé, esta función es puesta de presente por el Doctor Arturo Solarte (2004), en su obra: La Buena Fe y los Deberes secundarios de conducta, a la cual ya se había hecho referencia (pp. 287 – 288).

Ahora bien, en cuanto al campo de aplicación de la buena fe contractual, Solarte manifiesta:

Está presente no sólo en la ejecución del acto jurídico, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, a través **del deber de información**. También la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, sobre este aspecto, la buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de ejecución continuada, desde la etapa de las

tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada). (Solarte, 2004, pp. 288 – 299).

De igual forma afirma que en la ejecución de un contrato ya perfeccionado, la buena fe contractual genera los deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía las obligaciones contractualmente asumidas por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra.

Esta “*buena fe integradora*” produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad. El Doctor Solarte (2004) citando a Díez-Picazo señala:

Estos deberes accesorios exigidos por la buena fe son de naturaleza muy variada y dependen en cada caso de las especiales circunstancias que rodean a la relación jurídica: suministrar informes sobre las cosas y sus características o aclaraciones sobre la finalidad perseguida o sobre el sentido de la declaración; proceder con esmero, cuidado y diligencia en la prestación, evitando molestias; prestar colaboración y ayuda a la otra parte para la consecución no sólo del fin comercial común, sino también de su particular y exclusivo interés, etc. (p. 301).

De acuerdo con lo mencionado, de esta buena fe integradora, se derivan varios deberes de conducta, que influyen directamente en los contratos, sin embargo, solo se analizará el que afecta no solo las relaciones con la otra parte contractual, sino el que también incide sobre los contratos que garantizan esa relación contractual.

2.1.1 Los deberes secundarios de conducta.

Los deberes secundarios de conducta se presentan o generan su existencia al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más

relevantes, y aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe.

Estos deberes tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes y se consideran obligatorios, como quiera que enriquecen las obligaciones que se encaminan al cumplimiento de la finalidad principal perseguida por las partes.

La importancia de la buena Fe y los deberes secundarios de conducta ha sido tema de estudio por parte de nuestra doctrina, es así como en la Revista de Derecho de la Fundación Universidad del Norte, en el artículo escrito por Vladimir Monsalve Caballero (2008), se sostiene:

El ordenamiento jurídico reconoce o admite que la autonomía privada sea el punto de partida y conformación del contrato, pero no hasta el punto de considerar que, así las negociaciones preliminares permitan la concreción de un contrato, este tenga un sistema propio o autónomo, que esté sujeto a los términos incluidos en el texto contractual. Por el contrario, las reglas generales del juego siguen siendo las establecidas por el marco normativo en su conjunto y por tanto comparten una necesaria adecuación del acuerdo contractual (*lex privata*,) a las mismas. Así, el principio de buena fe se hace presente, se extiende de igual forma, en el contenido de eticidad de cada acto que deba examinarse a la luz de las circunstancias particulares, direccionando las conductas humanas y en especial los actos y contratos que gobiernan la convivencia, de tal forma que estas prescripciones generales siempre serán aplicadas, no solo al acuerdo contractual, sino que también estarán llamadas a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución. (p. 31).

En éste artículo el profesor Monsalve (2008) se refiere a los deberes secundarios de conducta pues indudablemente son una consecuencia de la aplicación del principio de la buena fe así:

Los deberes secundarios de conducta tienen su nacimiento en la doctrina, y en la actualidad, en diferentes países europeos, se reconoce su existencia y vinculación por vía jurisprudencial; su inclusión legal comenzó en las normas de consumo y su extensión ha alcanzado los diferentes proyectos de unificación y armonización del derecho privado como una de las perspectivas de las políticas de la Unión Europea. La

importancia de estos deberes no se presenta solamente en la ejecución del contrato, como complemento de las obligaciones nucleares, sino que tales deberes también adquieren una gran importancia en la etapa precontractual y en la etapa postcontractual, toda vez que con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se producirá una ordenada y completa "liquidación" de los efectos que la relación contractual haya producido entre las partes.

Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente lo que determina el texto legal, sino a todo lo que impone cada situación. En este sentido se desarrollan los deberes y derechos que se le imponen a las partes cuando están en negociaciones; por una parte, absteniéndose de ejecutar actos que dañen o perjudiquen a su contraparte, y a su vez ejercitando todos aquellos actos necesarios para la satisfacción de sus mutuas necesidades, lo que nos conlleva a que en el ejercicio de sus intereses legítimamente protegidos, las partes deben actuar de conformidad con la buena fe. (p. 33).

2.1.2 Clases de deberes secundarios de conducta con incidencia en el riesgo que asume la garantía de seguro de cumplimiento.

Según los doctrinantes citados, la buena fe es productora de obligaciones, esto es, creadora de los deberes secundarios de conducta o deberes complementarios que se pueden clasificar en atención a su finalidad en dos grandes categorías: deberes secundarios de finalidad negativa como los deberes de protección, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes; y deberes secundarios de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente. El profesor Emilio Betti (1969) señala que los deberes secundarios de conducta, que él denomina "*obligaciones complementarias*", pueden clasificarse en:

- a) Los que son antecedentes a la celebración del contrato;
- b) Los que son concomitantes con el desarrollo de la relación contractual; y

c) Aquellos que son subsiguientes al cumplimiento de la prestación.

Luego de estudiar la naturaleza y clasificación de los deberes secundarios de conducta, es necesario entrar a analizar su alcance, su exigibilidad y ámbito de aplicación, se tomará únicamente el Deber de Información, por cuanto éste tiene que ver directamente con el riesgo asumido a través de la garantía de seguro de cumplimiento como se establece a continuación:

2.1.2.1 el deber de información.

El deber de información dentro del ámbito del contrato de seguro es de gran importancia, como quiera que una vez expedida la póliza por parte del asegurador, éste pierde contacto con el riesgo y son el tomador, asegurado o el beneficiario, quienes en la mayoría, sino en todas las ocasiones, se encuentran en contacto directo con el riesgo amparado. Por tal motivo, cualquier modificación al riesgo, debe ser comunicada oportunamente al asegurador, so pena de faltar al deber de información, que es uno de los deberes que derivan su existencia de la buena fe.

Toda vez que el seguro de cumplimiento, desempeña una función de garantía, este deber de información se hace aún más exigente, pues solo el tomador y el asegurado son los que tienen la certeza absoluta de los devenires en la ejecución del contrato garantizado.

Informar es una palabra que engloba fundamentalmente la comunicación de noticias, datos, etc., el deber de información dentro del desarrollo de un contrato lo describe Carlos Chichilla (2011) para la revista Externado de Colombia, en el año 2011, en los siguientes términos:

El deber de información consiste en dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros

elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de buena fe. (p. 329).

Para que el deber de informar efectivamente se entienda cumplido sustancialmente y no formalmente, la información debe llenar unas características que merecen ser enunciadas así: claridad, oportunidad y transparencia, porque para poder cumplir con el objeto del contrato y satisfacer los intereses de las partes la intención pura y real de los contratantes debe estar expresa y diáfana y el momento de emitir la información debe ser oportuno para que puedan las partes tomar decisiones.

Para entrar a considerar este deber desde el ámbito que tiene que ver con el contrato de seguro, es pertinente citar algunos apartes del análisis efectuado por Carlos Ignacio Jaramillo (2012, pp. 321 - 328), especialmente cuando analiza la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 02 de Agosto de 2001- Exp 6146, en donde toma como punto de partida la obligación del tomador en la etapa de formación del contrato y manifiesta que el deber de información y auto información en el contrato de seguro es plenamente pertinente, no solo en lo que tiene que ver con la declaración del estado del riesgo, obligación radicada en cabeza del tomador, sino también en la actitud desplegada por el asegurador.

En efecto, si bien el artículo 1058 del Código de Comercio (1971): consagra la exigencia de “declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo”, esta obligación no se agota con el solo diligenciamiento del cuestionario, por consiguiente los hechos o circunstancias de

importancia que incidan en el riesgo y posteriores a la declaración, deben ser comunicados inmediatamente al asegurador.

Sin embargo a pesar de que el asegurador está protegido de cara al fraude del que puede ser objeto por parte de su co-contratante, aquel no puede asumir una actitud pasiva pues sobre él también pesa un correlativo deber de colaboración referido a la buena fe objetiva alusivo al comportamiento interpartes, incluido el precontractual. En consecuencia el actuar de la aseguradora debe ser diligente, pues el principio general de la buena fe es un postulado de doble vía, que se expresa en una información recíproca.

Concluye el profesor Jaramillo (2012):

(...) en materia informativa, como secuela de la buena fe y, en particular del postulado de la cooperación negocial el límite o el confín de la carga de informar al otro radica, precisamente en el deber de informarse a sí mismo en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto, observación que coincide con la opinión expresada por los juristas galos GERARD CAS Y DIDIER FERRIER, según la cual existe claramente [...] una relación dialéctica entre la obligación de información de una parte y, de la otra el deber de informarse” el que a juicio de un sector de la dogmática jurídica, como ya se ha referido, está enclavado en otro deber, aún de mayor espectro: el de cooperación, signado por un criterio de reciprocidad, tan propio de la ratio contractual (...). (p. 331).

Pero la obligación de información que tiene el tomador no solo se circunscribe a los momentos previos a la formación del contrato, pues ésta se extiende a los hechos que sobrevengan después de la declaración del estado del riesgo, este deber de acuerdo con la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, 02 de agosto de 2001; Exp. 6146, comprende el deber de aclaración – o actualización de la información.

La obligación de información está presente también durante el periodo de ejecución del contrato de seguro, pues el tomador y en dado caso el asegurado,

tienen la carga de mantener el riesgo en las condiciones en que fue asegurado ab initio, por tal motivo deberán notificar al asegurador los hechos o circunstancias relevantes, imprevisibles y sobrevinientes que alteren su estado, obligación consagrada en el artículo 1060 del Código de Comercio (1971).

En relación con esta obligación, la Corte Suprema de Justicia el 19 de mayo de 1999, Exp. 4923, señaló:

Entre la declaración del Estado del riesgo (art 1058 del C de Co) y la conservación del estado del riesgo (art. 1060 ibídem) existen sustanciales diferencias que implican que unos mismos hechos puedan ser invocados con referencia a una y otra situación indistintamente. A modo de ejemplo cabe hacer notar que en tanto la declaración del riesgo es un deber precontractual, la conservación del riesgo se impone como tal durante la vigencia del contrato de seguro. Por lo demás la declaración incumbe al tomador, mientras que la conservación corresponde al asegurado o al tomador, según sea éste o aquel el que cuente con la posibilidad de cumplir con el deber de información y la conservación, como deber de conducta; el incumplimiento del deber de informar verazmente genera nulidad del contrato o reducción de la prestación asegurada y el incumplimiento del deber de conservar el estado del riesgo da lugar a la terminación del contrato. De modo que las diferencias además de múltiples identifican naturalezas distintas y oportunidades y consecuencias que no es dable asimilar. (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 19 de Mayo, 1999).

De acuerdo con lo anterior, es acertado lo afirmado por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2012, p. 331) en cuanto a que el deber de información sobre el estado del riesgo es transversal al contrato de seguros y el mantenimiento del estado del riesgo, tiene como propósito preservar durante la ejecución las condiciones esenciales que llevaron al asegurador a dar su consentimiento y a que se mantenga la ecuación entre riesgo asegurado y precio del contrato.

En este orden de ideas, la variación del riesgo incide en el compromiso obligacional del asegurador, por eso la ley colombiana, da como opciones cuando ésta se presenta, la revocación o el reajuste del valor de la prima.

En cuanto a los hechos que deben ser informados al asegurador el profesor

Jaramillo (2012) señala que la doctrina ha decantado los siguientes:

(...)(a) influir en el riesgo asegurado, esto es, producir una alteración negativa y relevante en las condiciones bajo las cuales fue asumido por aquel, de modo que el asegurador, de conocerlas se abstendría de continuar asumiendo el riesgo, o lo haría e condiciones diferentes a las pactadas; las alteraciones insubstanciales o anodinas, son intrascendentes para la carga en comento; (b) ser nuevos y posteriores, es decir, que tengan una entidad propia y no sean simplemente modificaciones inherentes al transcurso del tiempo (p.ej.: el deterioro normal del bien), y que sobrevengan a la celebración del contrato, porque si son anteriores, el caso se enmarcaría en la hipótesis de reticencia; (c) ser imprevisibles pues es apenas obvio entender que el asegurador en el momento que analizó el riesgo asegurable con el fin de decidir si lo asumía o no y cuál sería el monto de la prima debió considerar a partir de la información liminarmente (sic) suministrada por el tomador al declarar el estado del riesgo, todas aquellas variables que desde una perspectiva lógica y natural podrían afectarlo... (p. 352).

Volviendo a la obligación de información en cualquier tipo de contrato el profesor Arturo Solarte (2004), afirma:

Es claro que si de las dos partes involucradas en un determinado contrato, una es conocedora de una ciencia u oficio, o de los pormenores de un mercado, y la otra carece de conocimientos en los campos citados, surgirá por virtud de la buena fe un deber en cabeza del sujeto informado de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones. (p. 306).

El deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.

El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual, toda vez que es allí cuando los contratantes están recopilando los elementos de juicio suficientes para emitir su declaración de voluntad. Para el efecto, resulta indispensable la cooperación entre los contratantes, en un contexto de corrección y lealtad.

En la etapa de ejecución del contrato, el deber de información subsiste, aunque su finalidad se modifica, ya que el propósito del mismo será complementar a los deberes de prestación para que los mismos se puedan cumplir en forma adecuada, oportuna y satisfactoria para el acreedor.

La existencia del deber de información no es contradictoria con la *carga* que a los contratantes se asigna de informarse adecuadamente respecto de la materia sobre la que vayan a contratar, para lo cual habrá que analizar las circunstancias concretas de las partes, su entorno, sus aptitudes y sus particulares posibilidades de “autoinformarse”, para determinar hasta dónde llega el deber de informar y dónde empieza el terreno de las cargas que tienen las partes en la contratación, en particular las cargas de “sagacidad” y “conocimiento” (2004, p. 306).

2.1.3 Incumplimiento de los deberes secundarios de conducta.

En cuanto a los efectos que produce el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta el estudio que el profesor Solarte (2004), realizó acerca de este tema, establece:

En presencia del incumplimiento de los deberes secundarios de conducta, tales como los deberes de protección, de información, de consejo, etc., que cause un daño a la persona en cuyo favor se han establecido, se ha discutido en la doctrina sobre el régimen legal aplicable para determinar la responsabilidad civil resultante, o si, incluso, será viable solicitar la resolución del contrato, cuando se esté en el marco de un negocio jurídico ya perfeccionado. (p. 306).

Es preciso resaltar que también doctrinantes como Andrés Ordoñez (2012), en su artículo “Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador” (pp. 121 – 122) hacen referencia a que el contrato pueda ser terminado por la violación de uno de éstos deberes, por cuanto la ley regula el contenido de la información que debe suministrarse y las consecuencias que puede llegar a tener el incumplimiento correspondiente, en tal sentido enuncia especialmente las siguientes obligaciones:

- Informar sobre la agravación del riesgo (artículo 1060 del C de Co).
- Notificar al asegurador sobre los seguros coexistentes antes del siniestro (artículos 1092 y 1093 del C DE Co.)
- Avisar la ocurrencia del siniestro (artículo 1075 del C de Co).
- Informar la coexistencia de seguros posterior a la ocurrencia del siniestro (artículo 1076 del C de Co.)
- Información necesaria para que el asegurador pueda ejercer el derecho de subrogación (artículo 1098 del C de Co).
- Informar acerca de la transmisión o transferencia del interés asegurable (artículo 1106 y 1107 del C de Co). (pp. 121 – 122).

De conformidad con lo señalado, es preciso tener en cuenta que el deber de información cuenta con el suficiente respaldo legal, para que en el evento que él no se observe o se quebrante, el contratista afectado, pueda llegar a solicitar la terminación del contrato y el resarcimiento de los perjuicios generados con esta actitud; sustenta esta opinión, lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 02 de febrero de 2005, cuando refiriéndose a los deberes derivados de la buena fe, declaró:

Como quiera que la inobservancia de los dictados de la buena fe denota un comportamiento antijurídico, prontamente se advierte que del mismo deben desgajarse diversas consecuencias adversas para quien incurre en él, secuelas que, según cada caso, van desde la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa de buena fe; o la sanción contra la validez, o eficacia del acto o negocio de que se trate; o, justamente el nacimiento de la responsabilidad civil con la obligación de resarcir los daños derivados de tal conducta. En igual sentido. Casación

Civil. 09 de agosto de 2000, Exp. 5372. (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 02 de Febrero, 2005, Exp. 9124).

En este orden de ideas, es acertado lo afirmado por el Doctor Solarte (2004) en cuanto a la inmensa importancia de la que goza la Buena Fe en nuestro ordenamiento, en punto sobre esta situación manifiesta:

El principio general de buena fe se ha convertido en la piedra angular del derecho privado moderno. Sus aplicaciones son variadas e importantes, los efectos que de ella se derivan para la vida de la comunidad en particular, en el campo contractual destaca la importante función que la buena fe cumple en la integración del contenido contractual, enriqueciendo el programa de derechos y deberes establecido por las partes, con otros, derivados de la necesaria corrección y lealtad que debe presidir las relaciones entre particulares. (p. 308).

Con relación a las consecuencias de la no observancia de los deberes secundarios de conducta, es necesario tener presente que el deber quebrantado por la parte, debe tener relación directa con las obligaciones principales objeto de negocio o contrato, para que genere responsabilidad contractual; sobre este aspecto Solarte (2004) señala:

Es nuestra opinión que los “deberes secundarios de conducta” desempeñan una trascendental labor en la contratación moderna. Con ellos se asegura el cabal cumplimiento de la finalidad común perseguida por las partes y se contribuye a hacer más efectivo el anhelado equilibrio que debería procurarse existiera entre los contratantes. Finalmente, se debe tener presente que la desatención de los “deberes secundarios de conducta” generará responsabilidad contractual cuando los mismos tengan relación directa con los principales deberes de prestación derivados del correspondiente negocio jurídico. (p. 308).

2.2 Conclusiones del Segundo Capítulo

- El principio de la buena fe rige la contratación y es absoluto por cuanto no admite contradicción o excepción, es tal su importancia, que se le ha tomado como elemento integrador del contenido contractual.
- La buena fe es examinada a la luz de las relaciones intersubjetivas de las partes que intervienen en un contrato.

➤ El principio de la Buena Fe, es tan importante para nuestro ordenamiento jurídico, que está consagrado a través de precepto constitucional y en las regulaciones normativas: civiles, comerciales y el estatuto de contratación para entidades públicas.

➤ La Corte Constitucional ha resaltado la existencia y aplicación del Principio de la Buena Fe dentro del régimen de contratación estatal así: La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

➤ A través de la buena fe integradora se crean unos deberes especiales que tienen que ver con la naturaleza del contrato y su finalidad, éstos deberes y derechos surgen como consecuencia del enriquecimiento contractual, por consiguiente al lado de las relaciones obligacionales existen otros deberes jurídicos, denominados deberes secundarios de conducta o deberes complementarios, que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes y son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria. Estos deberes aunque no se pacten expresamente por las partes se incorporan a los contratos en virtud del principio de la buena fe.

➤ Los deberes secundarios de conducta, derivados de la Buena Fe, tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes y

se consideran obligatorios, como quiera que enriquecen las obligaciones que se encaminan al cumplimiento de la finalidad principal perseguida por las partes.

➤ Los deberes secundarios de conducta dentro del contrato de seguros no son considerados como carga, sino como deberes especiales, pues la omisión de alguno de ellos genera un efecto que aqueja a la otra parte.

➤ El deber de información dentro del ámbito del contrato de seguro es de gran importancia, como quiera que una vez expedida la póliza por parte del asegurador, éste pierde contacto con el riesgo y es el tomador, asegurado o el beneficiario, quien en la mayoría, sino en todas las ocasiones, se encuentra en contacto directo con el riesgo amparado. Por tal motivo, cualquier modificación al riesgo debe ser comunicada oportunamente al asegurador, so pena de faltar al deber de información, que es uno de los deberes que derivan su existencia de la buena fe.

➤ La obligación de información que tiene el tomador no solo se circunscribe a los momentos previos a la formación del contrato, pues ésta se extiende a los hechos que sobrevengan después de la declaración del estado del riesgo, este deber lo ha denominado la Corte Suprema de Justicia como “el deber de aclaración – o actualización de la información”.

➤ El deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación

e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.

➤ Las obligaciones de información cuentan con el suficiente respaldo legal para que en el evento que ellas no se observen o se quebranten, el contratista afectado pueda llegar a solicitar la terminación del contrato y el resarcimiento de los perjuicios generados con esta actitud.

3 El Contrato Estatal Garantizado

La garantía única de seguro de cumplimiento, tiene como único fin proteger a la entidad estatal contratante, de los perjuicios que pueda sufrir con ocasión del incumplimiento de su contratista, por tal motivo, las vicisitudes que pueda tener el contrato garantizado, se verán reflejadas en la garantía que lo respalda. Para tener claridad acerca de las responsabilidades que asumen las partes y que inciden en la garantía, se hace necesario conocer los principios, las características del contrato estatal, así como las responsabilidades que asumen quienes lo celebran, éste es el objetivo del presente capítulo.

3.1 Definición de Contrato Estatal

Desde el punto de vista legal, La Ley 80 de 1993, en su artículo 32, definió el contrato estatal así: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad...” (Ley 80 - Congreso de la República, 1993, art. 32).

Desde el punto de vista Jurisprudencial, la sección tercera del Consejo de Estado ha definido el contrato estatal en los siguientes términos:

Negocio jurídico de la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado, esto es, un acto bilateral en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o como acuerdo entre ellas para construir regular o extinguir entre ellas una relación jurídica (artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, previsto actualmente en los artículos 13.23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993... (Consejo de Estado - Sentencia del 20 de Noviembre, 2008, Rad. 50422-23-31-000-01817.031).

Desde el punto de vista doctrinal, la definición dada por el tratadista Samuel Yong (2013) después de la reforma realizada por la Ley 1150 de 2007, muestra una visión más ajustada a la forma como se ejecuta actualmente la contratación con entidades estatales.

Young Serrano (2013) define que el contrato estatal es:

Un acto jurídico bilateral que puede tener origen en una entidad estatal o en un particular en los casos permitidos, generador de obligaciones, celebrado de manera virtual, o en documento físico por una entidad pública o una persona particular que cumpla funciones administrativas, con el oferente escogido, de acuerdo al procedimiento establecido en el estatuto contractual; acto que puede encontrarse regulado en el mismo estatuto, en el derecho privado en disposiciones especiales, o puede derivar del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en el mismo. (p. 36).

3.2 Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales

Conforme lo dispone el estatuto de contratación (Ley 80 – Congreso de la República, 1993), las normas aplicables a este tipo de contratos, serán las disposiciones comerciales y civiles, que de acuerdo con la naturaleza del objeto a contratar se le deba aplicar, excepto que el contrato verse sobre una materia especialmente regulada por la mencionada ley.

Tomando como referencia los artículos 13, 32 y 40 del estatuto contractual se presentan tres categorías de contratos estatales dependiendo de la normatividad que le es aplicable:

- a) Los celebrados por las entidades públicas señaladas en la Ley 80 de 1993 y reguladas íntegramente por este estatuto.
- b) Los sujetos a un régimen legal propio.
- c) Los que su régimen jurídico es mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado.

Esta conclusión tiene además sustento en la providencia del Consejo de Estado (2008), que sostiene:

...la clasificación de estatal respecto de un determinado contrato no determina per se el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a las cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar – como ocurre con la generalidad de los casos- que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado por normas de derecho público como de derecho privado.

Por las anteriores razones se comprende que los contratos administrativos celebrados por la administración puedan estar también en algunos aspectos regulados por el Código Civil o por el Código de Comercio, o por cualquiera otro según su naturaleza, respetando desde luego las disposiciones especiales que se hayan dictado para cada tipo de negocio, y sin que por tal circunstancia se afecte el carácter de contrato administrativo.

Se podría decir que hay contratos administrativos civiles, si están regulados de modo general por el Código Civil y de modo especial por las normas de derecho público que se hayan dictado para ese tipo de contratos; contratos administrativos comerciales si están regulados por el Código de Comercio y además por las disposiciones especiales expedidas sobre ese particular. Esto es así, porque las normas especiales dictadas para los contratos administrativos unas veces los sustraen totalmente de las regulaciones del derecho común y, otras veces, tan sólo los afectan parcialmente... (Consejo de Estado - Sentencia del 30 de Enero, 2008).

Finalmente la doctrina se ha pronunciado al respecto, autores como Ernesto Matallana Camacho (2009) coincide con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en que existe solo una categoría de contrato estatal, que se somete a la regulación civil o comercial en aquellos asuntos no regulados expresamente por la Ley 80 de 1993 y sus normas modificatorias o complementarias. Afirma Matallana (2009):

Con respecto a la autonomía de la voluntad se le otorga amplia libertad a la administración para que, atendiendo al interés público, regule sus relaciones amparado en el acuerdo de voluntades como regla general, para lo cual se enuncia una sola categoría de contrato estatal que se somete a las normas civiles y comerciales en aquello no regulado por la

Ley 80 de 1993. Lo anterior no obsta para que el legislador tuviera autorización para regular aspectos que permitan la protección del interés público, como son la consagración de las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los derechos y deberes de las partes del contrato, la competencia y capacidad para contratar, responsabilidad, liquidación de los contratos, solución de controversias, etc. (p. 774).

3.3 Características del Contrato Estatal

Las características del contrato estatal permiten ver palmariamente que la contratación que adelanta la administración o entidad estatal, está sujeta a una serie de obligaciones derivadas precisamente de ellas, estas características son la que se enuncian a continuación:

3.3.1 Contrato bilateral.

Es pertinente remitirse al artículo 1496 del Código Civil (1873), según el cual un contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente; en los contratos que suscribe la administración, esta característica está presente cuando las obligaciones de las partes intervinientes están ligadas entre sí por un vínculo de interdependencia, haciendo posible que se pueda presentar la excepción del contrato no cumplido, que recoge el artículo 1609 del Código Civil (1873).

El carácter de bilateral también envuelve la condición resolutoria tácita, para el caso de incumplimiento por una de las partes y en la contratación estatal se reducen a la solicitud indemnizatoria para el contratista, ya que el incumplimiento de la entidad estatal impide la solicitud de cumplimiento.

El carácter bilateral afecta el régimen de responsabilidad, por cuanto el artículo 1604 del Código Civil (1873), asigna a este tipo de contratos, la responsabilidad que se predica de la culpa leve, si el contrato no pacta cosa diferente.

Esta característica es importante, por cuanto el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad estatal, la afectan directamente y otorga al contratista la posibilidad de apelar a la excepción de contrato no cumplido, circunstancia que se ve directamente reflejada en la garantía que respalda el contrato estatal.

3.3.2 Contrato oneroso.

Esta característica se encuentra regulada en el artículo 1497 del Código Civil (1873), según la cual, un contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

Los contratos estatales son onerosos en cuanto que reportan utilidad o beneficio para ambas partes, gravándose uno en favor del otro, esta característica facilita que se pueda evaluar la existencia o no de la lesión enorme.

Esta particularidad influye no solo en las relaciones entre contratista y contratante, también en la garantía, por cuanto las modificaciones que se hagan al contrato y que no respeten la utilidad del contratista, terminan afectando la póliza de seguro de cumplimiento que respalda el contrato, por cuanto a través de ella se garantizan los riesgos asumidos por el contratista.

3.3.3 Contrato conmutativo.

El artículo 1498 del Código Civil (1873) establece que un contrato 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, esta característica de la que gozan los contratos estatales, conforme lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, favorece la aplicación del principio de la ecuación contractual, aunque el ordenamiento jurídico no lo contemple.

De acuerdo con lo señalado por Dávila (2006)

Bajo esta orbita también es que tiene plena operancia el derecho al reajuste de los precios, aún en caso de pacto de precios fijos, si las hipótesis de tiempo, modo y lugar que sirvieron de base para el cálculo de los mismos fracasa por hechos no atribuibles al contratista. Reajuste obligatorio sin necesidad siquiera de pacto, especialmente en economías inflacionarias como la nuestra. (p. 375).

Esta característica influye no solo en las relaciones entre contratista y contratante, también en la garantía, por cuanto toda la falta de equivalencia en las prestaciones afecta el principio de la ecuación contractual y por ende la garantía que respalda el contrato, por cuanto a través de ella se garantizan los riesgos asumidos por el contratista.

3.3.4 Autonomía de la voluntad.

La ley 80 de 1993, en su artículo 40, destaca como aplicable en la contratación estatal la autonomía de la voluntad al consagrar:

...Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley y el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración. (Ley 80 - Congreso de la República, 1993, art. 40).

Dentro de este contexto la Ley otorga amplia voluntad a las entidades contratantes para escoger los diferentes tipos contractuales o incluir estipulaciones que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales. Sin embargo, esta autonomía tiene límites, no solo las leyes imperativas, sino también el orden público y las buenas costumbres.

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional (2001):

La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley. (Sala Plena de la Corte Constitucional - Sentencia C-949, 2001).

Otra consecuencia de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales tiene que ver también con la aplicación de los deberes secundarios de conducta, entendidos éstos como los comportamientos o actitudes que las partes deben observar con el fin de obtener los efectos queridos con la celebración del contrato, tema que fue tratado ampliamente en el capítulo segundo de esta investigación.

3.4 Principios que Informan la Contratación Estatal

Los principios que informan la contratación estatal, implican para las entidades estatales sujetas a ellos, una serie de obligaciones cuya inobservancia acarrea no solo la contingencia que el contratista pueda verse inmerso en causal de incumplimiento y por consiguiente también afecta directamente la garantía que lo respalda.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, reguló cinco principios que rigen la contratación, así:

3.4.1 El principio de transparencia.

Tanto la jurisprudencia (Consejo de Estado - Sentencia del 28 de Mayo, 2012), como la doctrina (Yong, 2013, pp. 43 - 48), coinciden en afirmar que este principio busca garantizar la moralidad en la contratación, por tal motivo, la actividad contractual debe realizarse siguiendo el procedimiento establecido en el estatuto contractual, lo que implica que la selección de los contratistas de la

administración se debe efectuar a través de reglas claras, objetivas, que deben ser plasmadas en los pliegos de condiciones, conforme con el procedimiento que le corresponda.

En aplicación de este principio, tanto la administración, como los oferentes, deben actuar de manera leal recta y honesta, cumpliendo sus obligaciones y respetando los derechos del otro contratante.

Este principio se conjuga también con los de igualdad, publicidad, imparcialidad, participación, libre competencia, que sirven de base para la selección del contratista y se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el 2 de la Ley 1150 de 2007.

3.4.2 El principio de la economía.

La jurisprudencia (Consejo de Estado - Sentencia del 29 de Agosto, 2007) y la Doctrina (Yong, 2013, pp. 49 -52) señalan que a través de este principio, se busca que todas las actuaciones en la actividad contractual se realicen con celeridad (en el menor tiempo posible) y eficacia (evitando situaciones que dilaten y perjudiquen a la otra parte), además, que generen la menor cantidad de gastos para quienes intervienen en el proceso. Se encuentra consagrado en los artículos 25 de la Ley 80 de 1993 y 5 del Decreto Ley 10 de 2012.

En virtud de este principio los procedimientos y etapas deben ser los necesarios para la selección del contratista, las entidades deben constituir las reservas y recursos presupuestales necesarios. La administración deberá haber realizado juiciosamente los estudios y diseños requeridos, al igual que los estudios de conveniencia y oportunidad del objeto contractual, de cara a la viabilidad, impacto social, económico y ambiental, etc.

Este principio envuelve la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades durante el proceso de selección del contratista, así como la adopción de mecanismos que garanticen la pronta solución de las controversias que se presenten con motivo de la celebración, ejecución o liquidación del contrato, y se consagra el silencio administrativo positivo para el evento en que la entidad no se pronuncie sobre la solicitud del contratista en el término de tres meses.

Finalmente este principio encierra también la obligación para los entes estatales de incluir en el presupuesto de los contratos que se proyecten, las sumas que permitan hacer los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios, como de los costos originados por los retrasos.

3.4.3 El principio de la responsabilidad.

Este principio desarrolla la responsabilidad patrimonial de todos los que intervienen en la actividad contractual como resultado del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, sean éstas actuaciones, omisiones, hechos o abstenciones antijurídicas, que les sean imputables y que causen perjuicios a la otra parte.

Los funcionarios tienen la obligación de vigilar la correcta e idónea ejecución del objeto contractual, igualmente el contratista debe responder por el cumplimiento de la prestación a su cargo, en las condiciones contractualmente exigidas.

En virtud de este principio, tanto funcionarios de las entidades contratantes, como contratistas y consultores e interventores responden patrimonialmente, penal y disciplinariamente, por el cumplimiento de las obligaciones y de los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las

entidades.

3.4.4 El principio de la ecuación contractual.

La ley 80 de 1993, en el artículo 27 señala que:

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer y de contratar según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. (Ley 80 - Congreso de la República, 1993, art. 27).

En este principio se evidencia la necesidad de mantener las condiciones inicialmente convenidas por las partes, guarda una estrecha relación con el de responsabilidad y por consiguiente con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, que consagra la indemnización integral.

Con relación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad contractual y principios informadores del contrato administrativo, la Corte Constitucional (1993) se ha pronunciado así:

Dentro del sistema jurídico que nos rige, la responsabilidad contractual se constituye en el único mecanismo de defensa con que cuenta el particular que colabora en la gestión de los servicios públicos, para exigir la tutela de sus derechos vulnerados o amenazados y lograr que se reemplace la prestación o prestaciones que no efectuó la Administración, por el reconocimiento y pago de una indemnización que lo ubique en la situación patrimonial que habría tenido de haberse dado estricto cumplimiento al contrato -utilidades y ganancias no percibidas-, complementada a su vez con el resarcimiento de los perjuicios directos que también se pudieron derivar del incumplimiento -pago de los mayores costos que se causen. (Sentencia C-333, 1993).

La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. Según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado, han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces "la consagración de

un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la naturaleza contractual como la extracontractual” (Sentencia C-333, 1993).

Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual” (Sentencia C-333, 1993).

3.4.5 El principio de la interpretación de las reglas contractuales.

La ley 80 de 1993, en el artículo 28 señala que:

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. (Ley 80 – Congreso de la República, 1993, art. 28).

Este principio toca directamente con la buena fe que debe permear las actuaciones contractuales de la administración, la Corte Constitucional (2006) lo ha enmarcado dentro del campo ético así:

Las exigencias éticas que se extraen del principio de la **bona fides**², coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses

² Bona fides (buena fe)

patrimoniales de las partes. (Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional - Sentencia T-209, 2006).

3.4.6 Principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales.

El régimen de contratación del Estado se encuentra nutrido tanto por las normas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil (1873) y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, como por aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, cuyo objetivo es trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular. En tal sentido, al contrato estatal le es aplicable el principio de la autonomía de la voluntad, el de la buena fe, de la reciprocidad de prestaciones, etc., tal como lo señala la Corte Constitucional (2001) en el fallo que se cita, y que es sustento suficiente en este tema:

...Los temas de mayor importancia y trascendencia en el ámbito de la contratación estatal, como lo son el proceso de licitación pública, las potestades contractuales y la misma equivalencia económica, no estarían en capacidad de configurarse si se desconocen los principios jurídicos que informan los contratos estatales. En este sentido, los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza, constituyen ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, contribuyen a trasladar a la Administración Pública aquellos riesgos que en forma anormal o extraordinaria suelen presentarse en el desarrollo del contrato estatal. Bajo esta nueva percepción del contrato, se supera en el derecho moderno aquél criterio civilista regido por los postulados de la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad -que promovían la omnipotencia contractual de la administración-, incorporándose para su formación y ejecución los referidos postulados de la reciprocidad y la buena fe, con lo que se persigue garantizar los ideales de justicia conmutativa y mutua confianza, respectivamente incorporados en nuestra Constitución Política como un fin esencial (art. 2º) y como un valor fundante (art.83) del Estado Social de Derecho.

(...) De esta manera, el régimen de contratación del Estado no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.

Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos... (Sentencia C-892, 2001)

3.5 Los Riesgos en la Contratación Estatal

Dentro del proceso de contratación que llevan a cabo la entidades del Estado, se identificó que la tardanza en la ejecución de los contratos y el visible encarecimiento de los mismos se debía en gran medida a las discusiones presentadas entre las partes por la definición y asunción del riesgo, es así como a través de la ley 1150 de 2007, se exige a las entidades públicas incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible del contrato, los que a su vez, antes de la presentación de las propuestas deben ser revisados y discutidos entre los posibles oferentes y la entidad estatal contratante para su distribución definitiva.

3.5.1 Noción general del riesgo.

El riesgo acepta definiciones desde varias perspectivas como lo menciona Suárez Beltrán (2014, p. 11) así:

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, el riesgo consiste en una “contingencia o proximidad de un daño.”

Acudiendo al lenguaje técnico, el riesgo puede entenderse de distintas maneras, como lo señala el documento Conpes 3714 de 2011:

El riesgo en forma general, es una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento. (12 Oscar Bravo Mendoza, Gestión Integral del riesgo Tomo 1 2006).

El riesgo contractual en general es entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo y ha tenido una regulación desde cinco ópticas, asociadas con el proceso de gestión que se requiere en cada caso. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011, p. 13).

Desde la perspectiva de la administración de riesgos, la Norma Técnica Colombiana NTC-ISO 31000 (2012), define el riesgo como el “Efecto de la incertidumbre sobre los objetivos” (p. 18).

La norma Icontec 5424 de 2006 establece que un riesgo está asociado a:

1. Una fuente de riesgo o peligro que no es otra cosa que aquello que tiene el potencial para hacer daño.
2. Un evento o incidente cuando la fuente de riesgo genera un impacto, es aquello que ocurre.
3. Una consecuencia es el resultado o impacto
4. Una causa generadora del qué y por qué.
5. Controles asociados a metodologías para disminuir el impacto de los hechos dañosos (ICONTEC, 2008, p. 34).

Desde luego que una organización vive en función de alcanzar sus objetivos y la connotación de “efecto” que trae la citada definición, está asociada con la desviación de los resultados que se esperan, desviación que bien puede ser positiva, negativa o ambas. De acuerdo con esta norma, el riesgo se caracteriza por la referencia a los eventos potenciales y sus consecuencias, que normalmente se expresa en términos de una combinación entre la probabilidad de que el evento ocurra, frente al impacto o consecuencia económica que ello acarrea, en una sencilla fórmula que se ilustra así:

$$R = \text{PROBABILIDAD} \times \text{CONSECUENCIA (o impacto)}$$

En la desagregación que la NTC-ISO 31000 hace de la definición de riesgo, alude al término *incertidumbre*, que en esta materia está asociado a la deficiencia total o parcial de información en cuanto al conocimiento de los eventos a los que está expuesta una organización y más aún, al desconocimiento de la probabilidad y alcance de las consecuencias que le puedan sobrevenir en caso de materializarse el riesgo.

En este orden, para evitar que una eventual desviación de los resultados afecte adversamente los propósitos organizacionales, se hace necesario institucionalizar la política de **Gestión del Riesgo**, que se define como “Actividades coordinadas para dirigir y controlar una organización con respecto al riesgo” (ICONTECC, 2008, p. 19).

La gestión o administración del riesgo supone desde luego su tratamiento, luego de superadas las fases de establecimiento del contexto en que se mueve la organización y la valoración del riesgo que incluye: Identificar, analizar y evaluar el riesgo.

Los riesgos derivados de la contratación pública, no son de naturaleza eminentemente técnica, sino que se determinan con la intervención de los diversos procesos organizacionales que se encargan de evaluar las exposiciones a que está avocada la entidad estatal en esta materia; tal examen no puede sustraerse de establecer claramente las obligaciones de la entidad estatal en torno a la vigilancia y conservación adecuada del riesgo, para evitar su realización.

En el contexto de la contratación pública, es preciso citar uno de los elementos de noción del riesgo a que alude la profesora Anna García Hom (2005), en el recorrido teórico que se ilustra en su obra “Negociar el Riesgo” y que plantea en los siguientes términos:

...(b) Los riesgos no son <verdaderos> o <falsos> sino que dependen del acuerdo, de la intencionalidad de los afectados que resuelven nombrar y considerar algo como riesgo (o no). De ahí la dificultad para establecer comparaciones entre riesgos. Además, los riesgos y su aceptación (o no) varían con el tiempo; lo que hoy se categoriza como riesgo, quizá se encuentra mañana integrado a la rutina diaria del funcionamiento normal de las sociedades, y al contrario, podrán percibirse y considerarse repentinamente, como arriesgadas acciones consideradas antes como no peligrosas. (p. 105).

Es por esta razón, que reviste capital importancia la gestión o administración de riesgos, en tanto que permite adentrarse en la implementación de acciones preventivas orientadas a un adecuado tratamiento de los mismos; una de las técnicas por excelencia del tratamiento del riesgo, se conoce como “*Transferencia*”, que equivale decir “*Compartir el Riesgo*”; esta actividad se puede realizar a través de pólizas de seguro u otras formas contractuales (2012, p. 63).

Ahora bien, en la contratación estatal, una de las formas de transferencia del riesgo se hace a través del seguro de cumplimiento; el asegurador asume los riesgos que le corresponden al contratista. ¿Pero qué riesgos asume el

contratista? los riesgos previsibles.

En efecto, los riesgos previsibles serán asumidos por el contratista de acuerdo con la distribución acordada y los imprevisibles por la entidad estatal.

Ahora bien, el artículo 4 de la ley 1150, ordena que en los pliegos de condiciones se deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Para Suárez Beltrán (2014, p. 16) el significado de tipificar los riesgos, no es cosa distinta que la identificación de los diferentes riesgos que puedan ocurrir durante la ejecución del contrato y determinar la clase a la que los mismos pertenecen; la estimación tiene que ver con la cuantificación, es decir, las partes establecen a partir de qué valor máximo el riesgo de previsible se transforma en imprevisible, por consiguiente, si el riesgo excede del límite fijado, será tratado como imprevisible y no podrá atribuirse al contratista. Y la distribución se lleva a cabo cuando la entidad estatal divide y asigna los riesgos previsibles, identificados durante la etapa de tipificación entre ella y su eventual contratista, afirma que la distribución de los riesgos procede en los contratos de tracto sucesivo o en los que se someten a plazo o condición, pues en los de ejecución instantánea es menos probable que ocurran riesgos.

Finalmente, en cuanto a los factores que se tienen en cuenta para tipificar los riesgos previsibles, tal como se menciona en el manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación, las Entidades Estatales cuando estructuran su sistema de administración de riesgos tienen en cuenta:

Los eventos que alteren la ejecución del contrato

- a. El equilibrio económico del contrato

b. La eficacia del proceso de contratación, es decir, que la entidad estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el proceso de contratación.

c. La reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio.

3.5.2 Clasificación de los riesgos en la contratación estatal.

El documento Conpes número 3714 de 2011, clasifica los riesgos que pueden aquejar la contratación estatal de acuerdo con los siguientes tipos:

- Riesgos Económicos: son los derivados del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos.
 - Riesgos Sociales o Políticos: son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato.
 - Riesgos Operacionales: son los asociados a la operatividad del contrato, tales como la suficiencia del presupuesto oficial, del plazo o los derivados del procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos inadecuados o insuficientes.
 - Riesgos Financieros: son el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez para obtener recursos, tales como plazos, tasas, garantías, contragarantías y refinanciaciones, etc.
 - Riesgos Regulatorios: derivados de cambios regulatorios o reglamentarios que afectan la ecuación económica del contrato.
 - Riesgos de la naturaleza: son los eventos naturales previsible en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones, lluvias, sequias, etc.
 - Riesgos Ambientales: son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, como de las licencias, planes de manejo o permisos y autorizaciones ambientales, incluyendo tasas redistributivas y compensatorias, obligaciones de mitigación, tareas de monitoreo y control, etc.
 - Riesgos Tecnológicos: son los derivados de las fallas en los sistemas de comunicación, de voz y de datos, suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, obsolescencia tecnológica (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011, pp. 20 - 23).

Por su parte, la Doctrina ha efectuado un análisis acerca de las modalidades de riesgos, para tal efecto, siguiendo a Escobar Gil (2003), éstos se

pueden analizar desde dos ópticas: riesgos empresariales y riesgos externos así:

a) **Riesgos Empresariales:** son los aleas normales e inherentes al funcionamiento de una empresa y por tal motivo se imputan al contratista. Estos a su vez se pueden subdividir en:

➤ **Riesgos normales** que corresponden al giro ordinario de la empresa y que debieron haber sido previstos por el contratista al momento de presentar su oferta. Estos riesgos se pueden enunciar así: incremento del precio de los materiales o de la mano de obra, en una economía inflacionaria como la nuestra, las condiciones climáticas donde se ejecutará el contrato, etc. Estos riesgos son asumidos por el contratista como quiera que son previsibles y se deben tener en cuenta desde la celebración del contrato.

La ocurrencia de este riesgo por incumplimiento imputable al contratista, es trasladado a través de la garantía única al asegurador.

➤ **Riesgos Constitutivos del Caso Fortuito**, que tienen ocurrencia en la organización interna de la empresa o en el círculo propio del sujeto afectado, tales como accidentes de trabajo que puedan sufrir los trabajadores del contratista, averías de los equipos, incumplimiento de proveedores o subcontratistas, etc.

Como quiera que estos riesgos contienen un riesgo creado o riesgo beneficio son imputables exclusivamente al contratista y exoneran a la Administración de la obligación de restablecer la equivalencia económica del contrato.

b) **Riesgos Externos :**

Son hechos sobrevinientes y externos a la empresa del contratista que no pueden haber sido previstos desde el momento de la celebración del contrato, por tal motivo se imputan a la Administración. Estos aleas a su vez se subdividen en:

➤ **Administrativos:**

Son alteraciones a la equivalencia económica del contrato causadas por la acción unilateral de las partes así:

Protestas Variandi: cuando la Administración por motivos de interés público modifica el contrato.

Factum Principis: cuando la Administración (autoridades públicas) expiden normas jurídicas o actos administrativos que inciden indirectamente sobre el contrato.

Responsabilidad Contractual: cuando la Administración incumple sus obligaciones contractuales.

➤ **Coyunturales:**

Se refieren a fenómenos de orden social (paros cívicos, laborales, económicos o políticos), que no son previsibles al momento de ejecución del convenio.

➤ **Naturales:** se refieren a hechos de fuerza mayor como (movimientos sísmicos, erupción volcánica, etc.) que causan pérdida en las obras o en los bienes y equipos o por dificultades que no pudieron ser previstas por las partes al momento de la celebración (condiciones del subsuelo, cimentación, etc.). (pp. 503 – 514).

Finalmente, la práctica de la atención de reclamos que pretenden afectar

pólizas de seguro de cumplimiento, permite inferir la existencia de otros riesgos que complementan los ya expresados, tanto por el documento Conpes, como por Escobar Gil y también se clasifican como riesgos externos:

➤ Cuando la entidad estatal es la encargada de realizar los diseños de ingeniería y se los entrega al contratista, es decir, le asigna las condiciones técnicas al contratista, cualquier variación en el contrato por mayores cantidades de obra a ejecutar y que generen costos adicionales deberán ser asumidos por la Administración.

➤ Si las partes acuerdan la cancelación del precio en moneda extranjera, el riesgo cambiario al momento de efectuar el pago lo asume la Administración.

3.6 Responsabilidad Contractual de las Entidades Estatales

En lo que tiene que ver con la responsabilidad contractual de las entidades estatales, la ley, la jurisprudencia y la doctrina establecen que el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las Entidades estatales, configura la teoría de la responsabilidad contractual y permite la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento forzoso, con la consecuente indemnización de perjuicios.

En efecto, La Ley 80 de 1993, en su artículo 50 consagra la responsabilidad contractual de las entidades públicas en los siguientes términos:

Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que ocasione la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista. (art. 50).

La responsabilidad Contractual de la Administración Pública es definida por Rodrigo Escobar Gil (2003) en los siguientes términos: "...por ésta se entiende la

obligación que surge a cargo de las entidades estatales de reparar los daños antijurídicos que causen a los contratistas, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en el seno de los contratos” (pp. 402 - 406).

Para identificar la naturaleza de la responsabilidad contractual pública, es preciso remitirse a los principios de la reciprocidad de prestaciones y de la buena fe, que informan el contrato administrativo, así como a la reacción jurídica esperada que le impone a un sujeto el reparar el daño antijurídico causado a otro sujeto (Sentencia C-892, 2001).

El análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual de las entidades estatales, que se desarrolla a continuación, se encuentran soportados en el estudio realizado por el tratadista Escobar Gil (2003), quien trayendo los criterios generales de responsabilidad y aplicándolos a la Administración, señala que se deben presentar tres requisitos así:

- a. El incumplimiento de una obligación emanada del contrato, imputable a la Administración Pública.
- b. El daño antijurídico sufrido por el contratista o la lesión de su derecho a la prestación.
- c. La relación o nexo de causalidad entre el daño antijurídico sufrido por el contratista y el incumplimiento de la obligación imputable a la administración Pública. (p. 508).

El incumplimiento contractual de la Administración siempre supone una conducta antijurídica porque causa un daño, un detrimento o menoscabo patrimonial a un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

En la contratación administrativa existen dos formas básicas de incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración Pública:

1. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las cláusulas del contrato: consiste en la no ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto

de la obligación, en las condiciones de modo, tiempo y lugar convenidos por las partes. (Como el no pago del anticipo, la falta de entrega de los diseños y planos, el atraso en la entrega de los materiales o de los terrenos, etc.).

2. El incumplimiento de los deberes que le impone la ley, consiste en la transgresión de los deberes que el ordenamiento positivo le señala a la Administración Pública para el ejercicio de su actividad jurídica en el seno del contrato, como se presenta cuando ésta ejerce irregular o ilegítimamente sus potestades públicas o cuando omite el deber de restablecer la equivalencia económica del contrato.

De otra parte, El artículo 90 de la Constitución Política consagra la responsabilidad patrimonial del Estado, en cualquier modalidad, ya sea contractual o extracontractual, en concordancia con este precepto constitucional el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, establece la obligación de las entidades estatales de indemnizar los perjuicios que causen a los contratistas.

Siguiendo a Escobar Gil (2003), uno de los presupuestos que se debe cumplir para que la administración responda por los perjuicios causados al contratista, es que el daño causado debe ser antijurídico y la define en los siguientes términos:

La antijuridicidad del daño como presupuesto de la responsabilidad civil de la Administración Pública no se refiere a la conformidad o disconformidad de la actuación administrativa con la norma jurídica, lo que es causa de efectos jurídicos (nulidad del acto), sino a que la consecuencia de aquella, que es el daño patrimonial, es una situación contraria a derecho porque se ha desconocido la garantía de los derechos patrimoniales de los particulares que el ordenamiento tutela. (p. 520).

Esta aseveración se encuentra en concordancia con la sentencia del 01 de agosto de 1996, citada por Escobar según la cual la Corte Constitucional (1996) ha señalado:

(...) la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre, no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable... (Sentencia C-333, 1996).

Ahora bien, en lo que hace relación con el daño, para que éste sea indemnizable debe reunir tres aspectos fundamentales:

1. Que tenga una existencia real, es decir, que existan los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, pues éste último puede producirse pero no generar perjuicios.
2. Que los perjuicios sean susceptibles de ser valorados económicamente.
3. Que sea especial con relación a la persona o personas que lo sufren, es decir, que no sea una carga general que toda persona deba soportar; es la causalidad como presupuesto de la responsabilidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado (2012) también se ha pronunciado acerca de la Responsabilidad Contractual en los siguientes términos:

Las entidades estatales “están llamadas a responder pecuniariamente mediante una condena proferida por la autoridad judicial correspondiente, en términos generales cuando quiera que en desarrollo de un contrato debidamente celebrado: (i) incumplan con las obligaciones contractuales que emergen de la autonomía de las partes, expresadas en el texto contractual o en todos los documentos que hacen parte integrante del contrato, tanto previos (pliego de condiciones, adendos), concomitantes (anexos), o posteriores (adiciones); (ii) incumplan con las obligaciones contractuales que surgen de las normas imperativas ; (iii) o de las normas dispositivas o supletorias, salvo que se haya dispuesto en contra de ellas de manera expresa en el texto contractual o en los documentos que hacen parte del contrato; (iv) incumplan con las obligaciones que se

derivan de la buena fe, la costumbre y la equidad, (v) ejerzan irregularmente las facultades exorbitantes de interpretarlo, modificarlo, terminarlo o caducarlo; (vi) impongan multas o hagan efectivas cláusulas penales pecuniarias por fuera de los supuestos o de las normas que lo permiten; (vii) incumplan la obligación de reparar la ecuación financiera y restablecer el equilibrio económico del contrato como consecuencia de las alteraciones que ocurran por la modificación del contrato (*ius variandi*), el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión...(Consejo de Estado del 26 de Julio, 2012).

Otra Sentencia que ilustra los elementos de la responsabilidad contractual del Estado, es la sentencia del 11 de agosto de 2010, que señaló los elementos de la responsabilidad contractual del Estado, así:

La responsabilidad contractual del Estado se configura cuando concurren los siguientes elementos:

(...) 1) La existencia de un daño consistente en la lesión del derecho de crédito del contratista. Al respecto cabe recordar que el contrato es fuente de obligaciones y a la vez de derechos correlativos para cada una de las partes, denominados estos derechos de crédito que consisten en la facultad de exigir al otro sujeto contratante el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, conforme lo señaló la Sala en la citada sentencia proferida el 25 de febrero de 2009 en la cual reiteró lo expuesto en anteriores providencias y explicó: Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso; en otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza.

El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación. (...) En este tipo de responsabilidad el elemento central es el daño, de conformidad con el principio de garantía de la integridad del patrimonio de los particulares, según el cual la responsabilidad se fundamenta en la posición jurídica de la víctima, cuya esfera patrimonial ha sido lesionada y no sobre la conducta del autor del daño.

El daño antijurídico para que sea indemnizable debe tener una existencia real y concreta y debe ser evaluable en términos económicos; es necesario entonces que el contratista acredite su existencia, lo cuantifique en dinero, de acuerdo con los parámetros del contrato celebrado o los factores objetivos existentes y además lo individualice.

Ahora bien, en el entendido de que el daño que configura la responsabilidad contractual consiste en la lesión del derecho de crédito del contratista, resulta claro inferir que, para deducir su ocurrencia, debe demostrarse la existencia del derecho subjetivo que se afirma conculcado y, en tratándose del derecho de una de las partes del contrato a esperar la ejecución de la prestación debida que está a cargo de la otra, resulta imperativo probar como hechos fundamentales: Que exista el contrato fuente de la obligación debida; Que estén cumplidas las condiciones

legales y contractuales que condicionan la ejecución del contrato; y, que la obligación que se afirma incumplida sea exigible. (...)

2). La imputación del daño a la entidad contratante. La imputación que permite atribuir el daño a un sujeto de derecho comporta un juicio jurídico que involucra una valoración de la causa material del mismo y del título de imputación aplicable al caso concreto. La responsabilidad contractual puede ser subjetiva, cuando el juicio de imputación se edifica en el incumplimiento del contrato estatal conforme lo precisó la Sala, entre otras, en sentencia proferida 25 de febrero de 2009.

El incumplimiento contractual puede revestir tres formas: la mora o falta de cumplimiento de la obligación en el plazo estipulado; el cumplimiento defectuoso de la obligación "() cuando la conducta se dirige a ejecutar la prestación que constituye el objeto de la obligación, pero no se logra la extinción de ésta, porque la ejecución de la obligación no se ajusta a los parámetros y condiciones exigidas por el contrato, la ley, o la buena fe para la satisfacción del interés público" y el incumplimiento definitivo de la obligación que la doctrina encuadra dentro de tres situaciones: i) por "la imposibilidad sobrevenida de la prestación objetiva y absoluta"; ii) "la imposibilidad relativa por expiración del plazo contractual con frustración del fin de interés público del contrato" y iii) por, "la decisión inequívoca de la Administración de no ejecutar el objeto contractual" Como también en sentencia proferida el 23 de abril de 2008: "siendo principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia, que las partes deban ejecutar las obligaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, el incumplimiento de las mismas, esto es, su falta de ejecución o su ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa (...).(Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa del 11 de Agosto, 2010).

3.7 Derechos y Deberes de los Contratistas

La Ley 80 en su artículo 5°, consagra los derechos y deberes a cargo de los contratistas de la administración, quienes al contratar con la administración persiguen un interés particular y personal, como es obtener una utilidad de la ejecución del contrato:

1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique dentro de la vigencia del contrato. En consecuencia, tendrán derecho previa solicitud, a que la Administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

2. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea

necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obraran con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse.

3. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren”.

4. Garantizar la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello”.

5. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la Ley, con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto. Cuando se presenten tales peticiones o amenazas los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes, para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos darán lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

Hay que tener en consideración además del artículo en mención, que el artículo 6 del Decreto Reglamentario 4828 de 2008 indica la obligación para las entidades estatales de incluir una cláusula dentro de los contratos que garantice la indemnidad de la entidad estatal, en donde será obligación del contratista mantenerlas indemnes de cualquier reclamación proveniente de terceros que tenga como causa las actuaciones del contratista. (Matallana, 2009, pp. 812 - 813).

El derecho del contratista que ha generado mayor controversia, tiene que ver con conmutatividad del contrato celebrado con la administración.

En efecto, el estatuto contractual en virtud de los principios de garantía del patrimonio de los administrados, de la reciprocidad de prestaciones y de la buena fe, le imponen a la administración pública, el deber de adoptar las medidas necesarias para restablecer la equivalencia económica del contrato, cuando ésta se altera por causas no imputables al contratista.

El deber que tiene la Administración Pública de restablecer la equivalencia económica del contrato, es una medida tendiente a asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, porque si el ordenamiento positivo no le concediera una indemnización, compensación o ayuda económica al contratista

cuando se presentan aleas extraordinarios, que tornan excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación, avocándolo a una situación en la que tendría la necesidad de paralizar las obras o incumplir sus obligaciones, con grave detrimento del interés público. De ahí, que la administración debe cumplir con sus obligaciones en los términos establecidos en la ley y de modo principal la del restablecimiento de la equivalencia económica, cuando ésta sea alterada, colocando al contratista en la posibilidad de cumplir las suyas, como una exigencia básica para asegurar la realización del fin del contrato (Escobar, 2003, pp. 512 - 514).

Ha sido constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato; toda vez que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.

La protección de los intereses económicos del contratista se realiza desde dos aspectos, el primero, en caso de incumplimiento de su contratante, caso en el cual se le otorga el derecho a la indemnización y el segundo, cuando las condiciones económicas pactadas inicialmente se vean alteradas, tiene el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

El equilibrio financiero del contrato se ha entendido como la relación establecida por las partes contratantes, en el momento de celebrar el contrato; entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.

Así las cosas, el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante su ejecución se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de licitación o concurso, o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes, los cuales están llamados a encuadrarse dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.

Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al Estatuto de Contratación Estatal, o que se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales, constituye un principio medular, que se encuentra inmerso tanto en la legislación en materia de contratación estatal como en disposiciones de derecho privado, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones de negocios, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal.

En este orden de ideas, el equilibrio económico en la contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir estas circunstancias con la responsabilidad contractual, pues como se menciona son

dos conceptos diferentes.

Con absoluta claridad, la sección tercera del Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia (Consejo de Estado - Sentencia del 06 de Mayo, 2015), profundiza en cada situación de la siguiente forma:

[A] diferencia del incumplimiento del contrato – que permite la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento forzoso, con la consecuente indemnización de perjuicios – la ruptura del equilibrio económico permite al juez adoptar cualquiera de las siguientes determinaciones: i) decretar la terminación del contrato en el estado en que se encuentre (casus), u ii) ordenar el restablecimiento de la ecuación financiera o matemática del negocio jurídico, a favor de cualquiera de las dos partes o sujetos contratantes en proporción que se determinará dependiendo si la situación, hecho o acto que genera ese desequilibrio, para lo cual será determinante establecer si esa ruptura es o no imputable a la entidad contratante o si por el contrario deviene de un hecho externo o ajeno a las partes. Si el desequilibrio se produce por cualquiera de las circunstancias (i) o (ii) antes analizadas, esto es por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su imperium, será procedente no solo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista. A contrario sensu, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera normal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes – cualquiera que sea, esto es, administración o contratista solo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida, es decir, solo se reconocerán los gastos o costos extras en que haya incurrido el contratista en virtud del exceso o sobre costo producido por la circunstancia imprevisible e irresistible, sin que sea posible cancelar la utilidad esperada, por el contrario si el desequilibrio se presenta a favor de la administración contratante, se reliquidará el valor del contrato para efectos de que no se haga muy oneroso su cumplimiento. (Consejo de Estado - Sentencia del 06 de Mayo, 2015).

Ahondando en la ruptura del equilibrio económico del contrato, la Sección Tercera del Consejo de Estado (Consejo de Estado - Sentencia del 27 de Marzo, 2014), ha señalado que las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, se presentan por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación

contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato. En lo relacionado con el hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, la sección tercera del Consejo de Estado (Consejo de Estado - Sentencia del 29 de Mayo, 2003) ha establecido que se presenta cuando concurren los siguientes supuestos: -La expedición de un acto general y abstracto. - La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal. -La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. -La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato. La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los otros supuestos de la teoría, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el ius variandi) y no

frente al hecho del príncipe. El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo.

3.8 Conclusiones Tercer Capítulo

➤ Desde el punto de vista legal, La Ley 80 de 1993, en su artículo 32, definió el contrato como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades consideradas estatales.

➤ El estatuto de contratación (Ley 80 de 1993), establece que las normas aplicables a los contratos estatales serán las disposiciones comerciales y civiles que de acuerdo con la naturaleza del objeto a contratar se le deban aplicar, excepto en aquellos aspectos regulados por normas de derecho público.

➤ La bilateralidad del contrato estatal es importante por cuanto el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad estatal, la afectan directamente y otorga al contratista la posibilidad de apelar a la excepción de contrato no cumplido, circunstancia que se ve directamente reflejada en la garantía que respalda el contrato estatal.

➤ La onerosidad del contrato estatal influye no solo en las relaciones entre contratista y contratante, también en la garantía, por cuanto las modificaciones que se hagan al contrato y que no respeten la utilidad del contratista, terminan afectando la póliza de seguro de cumplimiento que respalda el contrato, por cuanto a través de ella se garantizan los riesgos asumidos por el contratista.

➤ La conmutatividad influye no solo en las relaciones entre contratista

y contratante, también en la garantía, por cuanto toda la falta de equivalencia en las prestaciones afecta el principio de la ecuación contractual y genera una mayor probabilidad de incumplimiento del contratista, es decir de la presentación del siniestro que tiene que ver con la garantía que respalda el contrato.

➤ El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, contempla cinco principios que rigen la contratación estatal, así: 1) Transparencia, 2) Economía, 3) Responsabilidad, 4) Interpretación de las reglas contractuales y 5) Ecuación Contractual.

➤ Al contrato estatal también le son aplicables los principios de la autonomía de la voluntad, el de la Buena Fe, de la reciprocidad de prestaciones.

➤ Para controlar las posibles afectaciones que pueden alterar la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas de los contratos estatales, durante el plazo de ejecución es preciso tener en cuenta los riesgos que aquejan la mencionada etapa.

➤ A partir de la Ley 1150 de 2007, para la celebración de los contratos estatales, los riesgos deben estimarse, tipificarse y asignarse, pero solamente los previsibles, para lo cual debe entenderse que el concepto de previsibilidad se refiere a los eventos que razonablemente pueden esperarse que ocurran en condiciones normales.

➤ La distribución de los riesgos procede en los contratos de tracto sucesivo o en los que se someten a plazo o condición.

➤ Los derechos y deberes de las entidades estatales son las prerrogativas con las que cuenta la administración para exigir de su contraparte el

cumplimiento no solo de sus fines sino también los del interés público, estos derechos así no se pacten se entienden incorporados en el contrato.

➤ En lo que tiene que ver con la responsabilidad contractual de las entidades estatales, tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en establecer que el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las Entidades estatales, configura la teoría de la responsabilidad contractual, por tal motivo el legislador en el artículo 50 del Estatuto de Contratación, establece que el incumplimiento contractual entraña la obligación de indemnizar el perjuicio patrimonial recibido por el contratista.

➤ El incumplimiento contractual de la Administración siempre supone la causación de un daño antijurídico, es decir, un detrimento o menoscabo patrimonial a un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportarlo y la imputación del daño a la entidad contratante. En la sentencia de la Corte Constitucional C-333 del 1 de agosto de 1996, la Corte ha sido enfática en establecer que:

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares. (Sentencia C-333, 1996).

La protección de los intereses económicos del contratista se realiza desde dos aspectos, el primero, en caso de incumplimiento de su contratante, se le otorga el derecho a la indemnización y el segundo, cuando las condiciones económicas pactadas inicialmente, se vean alteradas, tiene el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

➤ El Derecho primordial reconocido por la Ley 80 de 1993, en su artículo 5 a los contratistas, es el reconocimiento del mantenimiento del equilibrio

económico del contrato, toda vez que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.

➤ Las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, se presentan por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (alea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión”.

4 La Agravación del Riesgo en la Garantía Única de Cumplimiento

Definido como quedó, que la garantía de seguro de cumplimiento es considerada y tratada tanto por la ley como por las altas cortes judiciales colombianas como un seguro de daños y que el principio de buena fe, informa no solo al contrato de seguro (considerado como de ubérrima buena fe) sino también al contrato garantizado, esto es el contrato estatal y que el cumplimiento de los principios y obligaciones del mismo se reflejan directamente en la garantía que respalda el contrato estatal; se realizará un análisis del riesgo asumido por el asegurador, toda vez que éste difiere de los riesgos que aquejan al contrato estatal garantizado.

4.1 El Riesgo como Elemento Esencial del Contrato de Seguro

El Código de Comercio (1971) en el artículo 1045, consagra el riesgo asegurable como uno de los elementos esenciales del contrato de seguro y en el artículo 1054 define el riesgo en los siguientes términos: “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...” (Art. 1045).

De esta definición legal se extractan los dos extremos que enmarcan el riesgo, uno es la certeza, si ella existe, no hay riesgo y el otro es la imposibilidad, si el riesgo desaparece o su ocurrencia se vuelve imposible, no se puede asegurar.

Con relación a éstos extremos, el profesor Jorge Eduardo Narváez (2011)

señala:

El riesgo como elemento propio del contrato de seguro puede definirse como el hecho futuro e incierto del cual se derivan consecuencias adversas para el asegurado y cuyo acaecimiento pende la obligación de indemnizar radicada en cabeza del asegurador. Claro que es preciso hacer la salvedad de que en el léxico de la actividad aseguradora suele utilizarse con diversas connotaciones como la del evento dañoso, o bien amparado, y en no pocas veces se le identifica con la persona del asegurado. Pero el artículo 1054 del Código de Comercio lo define como "...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. De esta noción descriptiva se infieren estas notas distintivas: la incertidumbre y la imposibilidad... (p. 147).

Ahora, en lo que concierne a la importancia del riesgo, éste es considerado como el elemento principal de los elementos esenciales que conforman el contrato de seguro. Esta tesis es liderada por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2013, p. 261) quien afirma que toda la operación del seguro directa o indirectamente apunta hacia riesgo.

En cuanto a las diferentes clasificaciones que han surgido acerca del contrato de seguro, teniendo como punto de partida, el riesgo asumido por el asegurador, es preciso resaltar la que trae el artículo 1082 del Código de Comercio, según el cual los seguros podrán ser de daños o de personas; aquéllos a su vez podrán ser reales o patrimoniales.

Ahora bien, conforme con la clasificación enunciada, los llamados seguros de personas, amparan Riesgos personales cuando lo que se ve amenazado es la integridad física de las personas o la reducción de su capacidad de trabajo y los seguros de daños amparan riesgos reales: cuando afectan la integridad de las cosas corporales, sean muebles o inmuebles o afectan los derechos radicados en ellas y a su vez se entiende

que el seguro es patrimonial cuando el riesgo asumido por el asegurador implica una pérdida económica y no propiamente física, es decir, afectan el patrimonio. En ésta última clasificación se encuentra inmerso el seguro de cumplimiento porque ampara riesgos que afectan el patrimonio.

En contravía de lo expuesto, Hernán Fabio López (2014) considera que “el riesgo es unitario no susceptible de clasificación, tan solo admite la denominación de patrimonial, pues todo detrimento que recaiga sobre personas o cosas implica una lesión económica” (p. 164).

Efectivamente, las consecuencias del riesgo recaen siempre sobre el patrimonio, sin embargo, el tratamiento del riesgo no es igual cuando se está en presencia de un riesgo personal o de uno real.

Desde la perspectiva jurisprudencial, para la Corte Suprema de Justicia (2008), lo importante del riesgo es su delimitación, en tal sentido, se ha pronunciado en los siguientes términos:

Dentro del contexto mencionado, la legislación patria regula el contrato de seguro, destacando su carácter de negocio jurídico “consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución continuada” (Art. 1036 del C. de Co., mod., art. 1º de la Ley 389 de 1997), al paso que consagra sus elementos esenciales, como son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima del seguro, y la obligación condicional del asegurador, con las consecuencias que en esta materia se producen respecto de la eficacia del contrato, de faltar alguno de ellos.

Con el fundamento normativo antes descrito, la Jurisprudencia civil ha señalado que el seguro es un contrato “por virtud del cual una persona –el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina ‘prima’, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al ‘asegurado’ los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de ‘daños’ o de ‘indemnización efectiva’, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro” (Cas. Civ. 24 de enero de 1994, S-002-94, Exp. 4045, CCXXVIII, 2467, pág. 30; 22 de julio de 1999, S-026-

99, Exp. 5065; reiterada recientemente en sentencia de casación civil del 27 de agosto de 2008, Exp. 14171). (Subrayado ajeno al texto). (Corte Suprema de Justicia del 19 de Diciembre, 2008).

La Corte aborda la clasificación del riesgo que el ordenamiento legal colombiano acoge a lo largo de la regulación del contrato de seguro, esto es, por la naturaleza de los intereses que afectan y otro aspecto que toca es la delimitación del riesgo, que es el meollo de la obligación indemnizatoria del asegurador. En efecto, tratándose el seguro de un contrato aleatorio, del análisis que el asegurador hace del riesgo, desde el punto de vista técnico y económico, surge su decisión de aceptación o no, así como el valor de la prima para que sirva como compensación por la asunción del riesgo.

Para entender a qué hace referencia la delimitación del riesgo, es preciso tener presente que el asegurador goza de total libertad para aceptar o no un riesgo. Esta potestad se encuentra consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio y no solo se refiere a la posibilidad de aceptarlo o declinarlo, también toca con la facultad que tiene de limitarlo con precisión para fijar la suma asegurada, la prima, el valor de la indemnización, las causas que suponen su materialización, etc.

Con relación a este aspecto, el profesor Jaramillo (2012, p. 11) en su obra Derecho de Seguros, señala que el riesgo asegurable ha de ser concreto y no abstracto y que uno de los principios que lo rigen es el de su individualización ya que ésta permite establecer no solo la extensión de la cobertura sino también las causas que determinan, limitan y excluyen la responsabilidad del asegurador.

La delimitación del riesgo no restringe los derechos del asegurado, sobre este aspecto, el profesor Sánchez Calero (1999, p. 33) anota que las cláusulas establecidas en el contrato no limitan los derechos del asegurado, sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, lo que constituye un límite objetivo, nacido de la voluntad de las partes.

Conforme lo señalado, el riesgo es el elemento más importante dentro del contrato de seguro, en torno de él giran los demás elementos esenciales; es el elemento que de primera mano analiza el asegurador; y de acuerdo con sus condiciones se establece la prima que se ha de pagar, como se analizará más adelante.

La ausencia del riesgo o la de alguno de los elementos esenciales, genera la inexistencia del contrato de seguro, sobre este aspecto, Efrén Ossa (1991, pp. 124 – 125) manifestó que a la luz del inciso final del artículo 1045 del Código de Comercio, y 897 del mismo estatuto, hay que afirmar que la falta de interés asegurable, riesgo asegurable, prima u obligación condicional del asegurador, todo seguro es inexistente, precisamente por defecto de uno cualquiera de sus elementos esenciales o es ineficaz porque no producirá efecto alguno y entender que sea lo uno o lo otro ha de ser el mismo resultado: no puede invocarse por el asegurador para hacer efectivo el pago de la prima, ni por el asegurado como título para reclamar la prestación asegurada en caso de siniestro.

A pesar de que todos los elementos esenciales son importantes para que el contrato de seguro nazca a la vida jurídica, a la luz del artículo 1054 del Código de Comercio (1971), la realización del riesgo asegurable, que no es otra cosa que la ocurrencia del siniestro, hace nacer ipso iure, el derecho del asegurado o

beneficiario y con él la obligación del asegurador, por tal motivo, podemos afirmar que el riesgo, como elemento esencial del contrato de seguro, juega un papel fundamental para que éste produzca efectos.

4.1.1 El riesgo en el seguro de cumplimiento.

Corresponde ahora, adentrarse en el análisis particular del riesgo asegurable bajo el seguro de cumplimiento y en tal medida se hace necesaria la evaluación de los riesgos que se trasladan por el asegurado y se asumen por el asegurador; acertadamente afirma Jorge Eduardo Narváez (2011, pp. 151 - 153) que en el seguro de cumplimiento, el riesgo es el contratista y el contenido del respectivo contrato, por tal motivo, adquiere una connotación especial, como quiera que el derecho del asegurado a la indemnización, surge, siempre y cuando la responsabilidad del contratista se vea comprometida a título de dolo o culpa.

Para Hernando Galindo (2011, p. 82), el riesgo asegurable en el seguro de cumplimiento, es la conducta del deudor, por cuanto es la eventualidad de un incumplimiento por parte de él, es decir, el riesgo se radica en la persona del contratista ya que depende de ella si se generan o no perjuicios para el contratante.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia, pues la Corte Suprema de Justicia (2002), sobre el particular señaló:

Enfatizase sí que se trata en verdad de un seguro, en el que un acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia exigiendo a cambio el pago de una prima(...). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 02 de Mayo, 2002, Exp. 6785).

En efecto, con el seguro de cumplimiento la entidad estatal pretende cubrirse del agravio patrimonial ocasionado por su contratista, por tal motivo, el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993, establece:

La garantía única tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía (...). (Ley 80 – Congreso de la República, 1993, art. 25, núm. 19).

De conformidad con lo señalado, si bien el riesgo en el seguro de cumplimiento lo constituye la conducta del contratista, la delimitación de ésta, se encuentra enmarcada en el contrato garantizado, por tal motivo la responsabilidad del contratista no puede apartarse del estricto cumplimiento de los deberes en cabeza del asegurado – beneficiario, pues de ello depende que se guarde el equilibrio de las prestaciones contractuales, entiéndase Asegurador vs Asegurado/beneficiario.

Con relación a los deberes derivados del estado del riesgo que el asegurado-beneficiario debe observar, es preciso recordar que aun cuando el seguro de cumplimiento cumple la función de una garantía, no por esto se desdibuja su naturaleza de contrato de seguro y por consiguiente la aplicación del principio constitucional de la buena fe, del cual derivan los denominados deberes secundarios de conducta, siendo para el seguro, uno de los de mayor importancia el de información, como se mencionó en el segundo capítulo de esta investigación.

Este deber: el de información, es recogido dentro del artículo 1060 del Código de Comercio y en punto a su aplicabilidad en el seguro de cumplimiento,

es preciso en primer lugar, volver la mirada a qué sucede con él cuando se trata de garantizar un contrato entre particulares; La Corte Suprema de Justicia (2009) ha aceptado que el artículo en mención tiene plena aplicación dentro del seguro de cumplimiento entre particulares, tal como lo señala la providencia que se transcribe a continuación:

El cumplimiento de esa relación contractual, pactada en esos precisos términos, fue amparado por el seguro instrumentado en la póliza CU 1075702, conforme quedó consignado al describir su objeto (folio 12, C.1), bajo el compromiso de que durante su vigencia no se introducirían modificaciones a la misma, sin el consentimiento expreso de Seguros del Estado S.A., so pena de dar lugar a la terminación automática del seguro (cláusula sexta).

En dicho seguro “El tomador o asegurado” asumió también la carga de notificar a la aseguradora por escrito los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevinieran con posterioridad a la celebración del contrato y que implicaran agravación del riesgo o variación de su identidad local, dentro de la oportunidad señalada (folio 14 vto, C.1); e, igualmente, se obligó a suspender todos los pagos al afianzado y a retenerlos hasta cuando se definieran las responsabilidades consiguientes (cláusula décima). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 03 de Marzo, 2009, Exp. 11001 3103 039 1999 01682 01).

De acuerdo con el énfasis que hace la Corte respecto de las obligaciones asumidas por el asegurado, se resaltan dos de ellas contempladas en el clausulado y que recogen las establecidas en el artículo 1060 del Código de Comercio (1971), el cual deja en cabeza del asegurado o el tomador las mismas dos obligaciones a saber:

La primera es mantener el estado del riesgo como bien lo señala la Corte en la cita anterior y la segunda es notificar por escrito al asegurador, los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

Ahora, cuando se habla de riesgo en el seguro de cumplimiento, éste se debe evaluar desde dos aspectos: uno el subjetivo que tiene que ver con el contratista, y otro el objetivo que tiene que ver con el contrato, que garantiza el asegurador, el cual está bajo la dirección del contratante que funge en la póliza con la calidad de asegurado.

En providencia posterior a la ya mencionada, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 28 de Febrero, 2007) reitera la aplicación de la agravación del riesgo en el seguro de cumplimiento entre particulares. En efecto, la relatoría de la Corte efectuando un análisis de esta providencia establece:

Síntesis: La demandante solicitó declarar que ante el incumplimiento por parte de una federación de vivienda popular del contrato de suministro con ella celebrado, la aseguradora demandada estaba obligada a reconocer el incumplimiento. El sentenciador de segundo grado señaló, que en el contrato de seguro el tomador tiene el deber de declarar sinceramente el estado del riesgo (art. 1058 C. de Co.), que debe ser mantenido o preservado durante la ejecución de aquel, por lo que el nombrado y el asegurado están obligados a notificarle al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles, que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen la agravación del riesgo o la modificación de su identidad local. Según el juzgador, la demandada tenía derecho a que se le diera noticia de los ajustes que se hicieron al contrato, con el objeto de establecer su alcance y su repercusión en el riesgo asumido, por manera que al no existir prueba de la notificación a la sociedad demandada, se violó lo acordado en la póliza. De otra parte, el riesgo también se agravó por el incumplimiento en cancelación de facturas y por un proceso ejecutivo que se ventiló y que culminó por transacción, la que se pactó sin enterar a la compañía aseguradora, con lo cual se desconoció lo consignado en las condiciones generales de la póliza. Existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado. (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 28 de Febrero, 2007, Exp. 68001 31 03 001 2000 00133 01).

Dentro de ésta misma providencia, la Corte analiza la diferencia entre la agravación del riesgo y las cláusulas de garantía que se pactan en las pólizas así:

En efecto, sólo para escrutar algunas de sus divergencias teóricas y preceptivas en el ámbito de los seguros terrestres, más concretamente en la esfera de los citados seguros de daños, obsérvese, entre otras, que:

a)) Mientras que la ley establece, de manera global, que el tomador o el asegurado, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo, exprésese o no en la póliza (art. 1060 C. de Co.), las cláusulas de garantía, necesariamente, tienen en el seguro terrestre un origen convencional o volitivo, más específicamente ex contractu, por lo que debe aparecer clara “la intención inequívoca de otorgarla” y, en adición, constar por escrito (art. 1061, ib. Vid: cas. civ. 30 de septiembre de 2002, Exp. 4799).

b) En la hipótesis del artículo 1060, ope legis, surge para aquellos el deber inexorable de notificar al asegurador las circunstancias imprevisibles que sobrevengan al contrato y agraven el riesgo asegurado. Es decir, existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado. En el caso del artículo 1061, en lo que respecta a su origen o fuente, al mismo tiempo que a su teleología, la prestación es enteramente diferente, puesto que la garantía constituye una promesa de conducta (hacer o no hacer), o de afirmación o negación que otorga el tomador o asegurado en relación con la existencia de un determinado hecho, lo que supone, invariablemente, una declaración ex voluntate y, por ende, de claro contenido negocial, la que en tal virtud no se puede inferir o presumir, menos si se tiene en cuenta las drásticas secuelas derivadas de su inobservancia o quebrantamiento. Ello explica que sea menester que aflore o se evidencie “...la intención inequívoca de otorgarla”. (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 28 de Febrero, 2007).

En cuanto a la obligación de conservación del estado del riesgo, ésta ha sido clasificada por la Jurisprudencia como un deber de conducta, así lo señaló la Corte Suprema de Justicia (1999) en los siguientes términos:

(...) Entre la declaración del estado del riesgo (art.1058 del C de Co.) y la conservación del estado del riesgo (art. 1060 ibidem), existen sustanciales diferencias que impiden que unos mismos hechos puedan ser invocados con referencia a una y otra situación indistintamente. A modo de ejemplo cabe hacer notar que en tanto la declaración del riesgo es un deber precontractual, la conservación del riesgo se impone como tal durante la vigencia del contrato de seguro. Por lo demás la declaración incumbe al tomador, mientras que la conservación corresponde al asegurado o al tomador, según sea éste o aquel el que cuente con la posibilidad de cumplir con el deber; la declaración es un deber de información y la conservación deber de conducta; el incumplimiento del deber de informar verazmente genera reducción del contrato o reducción de la prestación

asegurada y el incumplimiento del deber de conservar el estado del riesgo da lugar a la terminación del contrato...” (Subrayado ajeno al texto) (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 19 de Mayo, 1999, Exp. 4923).

Se trata de rescatar los medios que le sirvan al seguro de cumplimiento para conservarse sostenible y viable en el mundo de los seguros. Pues si bien la figura de “riesgo” en el marco del contrato de seguro refiere a eventos futuros e inciertos, será su administración y gestión, la que determine decisiones y acciones orientadas a la evitabilidad que los riesgos se realicen.

En efecto, estos medios son básicamente de orden legal y contractual, entre los cuales se cuenta el artículo 1060 del Código de Comercio (1971), que consagra la *conservación del estado del riesgo y la obligación de notificar los cambios*.

La norma citada es la que como se ha anotado a lo largo de esta investigación, sirve de fundamento para demostrar que la figura de la agravación del riesgo, sí le es aplicable a la entidad estatal que funge como asegurado-beneficiario de la garantía única de seguro de cumplimiento, pues la naturaleza del contrato de seguro, le hace aplicable la regulación comercial que se prevé para éstos contratos. En el seguro de cumplimiento, el deber de conducta de mantener el estado del riesgo en cabeza del asegurado se hace aún más exigente, porque la proyección del riesgo en la vigencia del seguro obedece a un proceso de suscripción que se centra en el análisis de la viabilidad de la ejecución por parte del contratista, en atención a su capacidad técnica, financiera y a su experiencia; de cara al contrato que se pretende garantizar (riesgo) que se toma como parámetro para identificar eventuales contratiempos durante su ejecución y de ese análisis aceptar o no la cobertura.

De llegarse a aceptar la cobertura por parte del asegurador, las condiciones iniciales del contrato garantizado, deben ser mantenidas a lo largo del periodo de ejecución del mismo, por parte del contratante que funge dentro del seguro en calidad de asegurado.

Así las cosas, es procedente hablar de riesgo objetivo, el cual es definido por el tratadista Narváez Bonnet (2011, pp. 150 - 151) como las obligaciones que asume el contratista y la responsabilidad que éste tome de acuerdo con las estipulaciones contractuales.

De otra parte, el riesgo subjetivo afirma Narváez (2011), hace relación a la seriedad, moralidad, conocimientos y habilidades del contratista, además de su situación financiera, patrimonial, su capacidad técnica y su solvencia moral y económica; estos aspectos son evaluados al momento de la presentación del negocio, toda vez que como lo señala la Corte Suprema de Justicia el agravio patrimonial que genera el incumplimiento del contratista es trasladado a la Compañía de Seguros.

4.2 Relación Prima Vs Riesgo

Desde el aspecto técnico, la prima se identifica con el costo de la protección y desde el punto de vista jurídico, es la contraprestación pecuniaria asumida por el tomador como consecuencia de la protección o salvaguarda que el asegurador le ofrece (Narvaez, 2011, pp. 192 - 193).

De acuerdo con lo señalado en el artículo 1045 del Código de Comercio (1971)³, la prima es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro,

³ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO. Artículo 1045: Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1) El interés asegurable, 2) El riesgo asegurable, 3) La prima o precio del seguro, y 4) La

también denominada “*precio del seguro*”; en un contrato esencialmente bilateral como el de seguro, es elemento sine qua non de su existencia, la obligación de pagar la prima como contraprestación a la acción de la aseguradora de asumir los riesgos que se le trasladan por esta vía.

Circunstancia diferente, es el incumplimiento de la obligación de pagar la prima pactada; sobre este aspecto, la regla general que por disposición legal aplica, es la contenida en el artículo 1068 del C de Co.(1971)⁴ la cual consagra como consecuencia jurídica, la terminación automática del contrato de seguro. No obstante, tiene particular connotación este elemento tratándose del seguro de cumplimiento expedido a favor de Entidades Públicas, pues por disposición legal de la contratación pública la garantía única que se instrumenta por el contrato de seguro de cumplimiento, consagra la imposibilidad de terminación automática del contrato de seguro por falta de pago de la prima, así lo dispone el artículo 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015, al estipular la improcedencia de la terminación automática del contrato y de la facultad de revocación del seguro, en los siguientes términos: “La garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente” (Decreto 1082 , 2015, art.2.2.1.2.3.2.5).

El Decreto 1082 de 2015 regula expresamente todo lo relacionado con la garantía de cumplimiento en favor de entidades Estatales, pero: ¿qué pasa cuando quienes suscriben el contrato garantizado son entidades o personas

obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá ningún efecto.

⁴ Artículo 1068. Terminación automática del contrato de seguro. 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...

particulares, en donde no existe prohibición expresa acerca de la inaplicabilidad del artículo 1068? sobre este aspecto se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de agosto de 2008, en los siguientes términos:

Pues bien, la corrección que la Sala se ve precisada a hacer, a uno y otro, consiste en que, dada la función económico social que al seguro de cumplimiento corresponde, concretamente la de servir de garantía de cumplimiento de obligaciones ajenas, no es posible admitir que obre frente a esa especie aseguraticia la regla del tantas veces señalado artículo, que le permite al asegurador extinguirlo unilateralmente.

Al respecto no puede olvidarse que el asegurador se compromete a indemnizar los perjuicios causados a una persona, por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato, como contraprestación a la prima percibida; de suerte que tiene por objeto “servir de garantía a los acreedores” de las aludidas obligaciones y, por tanto, al ocurrir el riesgo, esto es, el incumplimiento previsto, el asegurador tendrá a su cargo la indemnización de los perjuicios que de ese hecho ilícito se desprendan, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Es incontestable, entonces, que “concertar un acuerdo alrededor de un contrato de seguro de cumplimiento, respecto a cualquier clase de obligación o regla de conducta, implica nada más ni nada menos que activar una garantía, es lograr que una entidad que ejerce profesionalmente la actividad aseguradora, caucione, aunque por cuenta propia, el proceder del afianzado y ante la eventualidad de que este no cumpla la obligación adquirida, aquella concurra a proveer sobre los efectos nocivos del incumplimiento, ora del proceder díscolo del deudor”; por consiguiente, “la obligación del asegurador es el mecanismo del que se vale el acreedor para obtener la seguridad (garantía o caución) de quien concurrió a respaldar al deudor de que su patrimonio sobrevendrá indemne” (sentencia de 15 de agosto de 2008, Exp. 1994 03216 01).

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.

No puede decirse que no existe norma alguna que prohíba la terminación automática de los seguros de cumplimiento, pues en el punto debe tenerse en cuenta que el estudio de esa clase de pacto debe efectuarse “[...] en lo pertinente y en lo que sea compatible atendiendo su tipología, bajo la óptica o espectro de las normas que gobiernan el seguro, ya en lo particular como en general; como por ejemplo, las condiciones de la póliza, vigencia de la obligación de la aseguradora, coberturas, etc. En otras palabras, dicha modalidad aseguraticia, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art. 7 ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende, caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie [...] Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 15 de Agosto, 2008, Exp. 1994 03216 01).

Acerca de las consideraciones señaladas por la Corte Suprema en la sentencia transcrita doctrinantes como Andrés Ordoñez (2011) han controvertido esta providencia bajo la siguiente observación:

Desde luego que el argumento de la Corte es discutible, ante la contundencia sin excepciones del texto del artículo 1068 del C. de Co., puesto que es más un argumento de mera conveniencia que estrictamente jurídico y solo sería virtualmente válido en los casos en que el afianzado actúa o se hace figurar como tomador del contrato, pero no aplicaría en los casos en que, como debería ser, fuera el mismo asegurado tomador de la póliza. La posición de la Corte se resiente de la inveterada costumbre que tenemos de olvidar que el verdadero interés

asegurable en la póliza de seguro de cumplimiento es del asegurado y si se hace figurar a persona distinta como tomador de la póliza, es este a lo sumo un tomador por cuenta del asegurado, quien en ningún caso puede considerarse ajeno o indiferente al contrato y bien puede en la mayoría de las ocasiones fungir directamente como tomador del contrato. Por otra parte, en cuanto hace a la función social del mismo y a la invocación de la sentencia del 15 de agosto del 2008, la cita de esta nueva providencia está fuera de contexto, porque se trató de unas observaciones generales a un caso en el que no se debatía el punto de la mora en el pago de la prima y la alusión que se hacía a este respecto entonces estaba seguramente dirigida al ámbito de los seguros de cumplimiento de contratos estatales.

Una cosa es considerar que el seguro de cumplimiento es irrevocable por parte del asegurador, dada su condición de contrato de garantía, o porque la ley lo ordena expresamente como sucede en el caso del seguro de cumplimiento de contratos estatales, y otra cosa es extender el principio de irrevocabilidad para aplicarlo también a los casos en que procede de la parte asegurada, bajo la consideración de que el tomador puede ser diferente del asegurado, ya que para ello existe la solución planteada por el artículo 1506 del Código Civil que regula los efectos de la estipulación a favor de otro, según la cual, mientras no haya mediado la aceptación del beneficiario de la misma, la estipulación sigue siendo revocable por la sola voluntad del estipulante.

De igual forma Hilda Esperanza Zornoza (2001) sobre el tema ha señalado:

Por lo que se refiere a las pólizas de seguro de cumplimiento expedidas por entidades particulares, la doctrina aún discute sobre la aplicación de la terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima, ya que la norma que regula la consecuencia es de carácter imperativo, no susceptible de modificación por vía contractual; por ello estos seguros no deben expedirse si no ha mediado el pago de la prima. (p. 81).

Ahora bien, en cuanto al valor o costo de la prima en el contrato de seguro, éste se encuentra representado en una tasa, entendida como unidad de precio fijada por el asegurador en relación con el tipo de riesgo que acepta asumir.

Esta tasa, debe observar los principios a que se refiere el numeral 3 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (1993), que son:

1. Equidad La entidad aseguradora deberá observar que prima y riesgo presenten una correlación positiva, de acuerdo con las condiciones objetivas del riesgo.
2. Suficiencia: es necesario que la tarifa cumpla razonablemente la tasa de riesgo y los costos propios de la operación, tales como los de adquisición, administrativos y las utilidades.

3. Homogeneidad los elementos de la muestra objeto de estudio deben tener características comunes en los órdenes cualitativo y cuantitativo.

4. Representatividad el tamaño de la muestra debe corresponder a un número objetivo de elementos de la población que garantice un nivel de significación razonable y cubra un periodo adecuado, de manera que el cálculo de los estimadores presente un bajo nivel de error. (Decreto 663, 1993, art. 184, núm. 3).

En el caso puntual del seguro de cumplimiento, expedido a favor de Entidades Públicas, éste pertenece al grupo de seguros patrimoniales y en tal consideración en el valor de la prima influyen varios factores: Uno de ellos es el que tiene que ver con la clase de contrato, la ubicación de su ejecución, las obligaciones a cargo del contratista, la duración del mismo y principalmente el valor de la suma asegurada que exige el contrato estatal, que se está amparando, como quiera que ésta última representa el grado de exposición asumido por el asegurador.

Otro factor que influye en el valor de la prima es la probabilidad de ocurrencia del riesgo, tal como lo expresa Anna García Hom (2005), así:

La correspondencia entre el riesgo y la prima pura es el resultado de que la cuantía de la prima se fije en función de la probabilidad del riesgo. Ante un mismo grado de probabilidad es posible, sin embargo, que los efectos del siniestro sean mínimos en unos casos y devastadores en otros. Porque de ellos dependerá, en gran medida, la cuantía de la indemnización... (p. 9).

En cuanto a la probabilidad de ocurrencia, ésta es definida por el tratadista Efrén Ossa (1991), como la prima pura, es decir:

La concreción en el precio específico de cada seguro, habida cuenta de su naturaleza, del grado de peligrosidad del riesgo y de la magnitud económica del interés asegurado, del loss ratio de cada clase, grupo o subgrupo homogéneos de riesgos técnicamente evaluados en su comportamiento estadístico... (p. 385).

Otro factor también manifestado por Ossa (1991):

Es el conocido como (expense rate) que corresponde al recargo administrativo. Y es que desde el punto de vista técnico-económico el cálculo de la prima responde a un proceso complejo que de acuerdo con cada ramo del seguro y cada clase de riesgo se inicia con la determinación de la tasa pura (loss rate), pasa por la del recargo administrativo (expense rate) de ahí los conceptos de prima pura y prima comercial. (p. 385).

Este costo administrativo lleva implícito el costo de reaseguro de intermediación y de utilidad.

Los factores enunciados son recogidos por las Compañías de Seguros, quienes informan al público a través de los medios electrónicos que para el cálculo de la prima del producto denominado Seguro de cumplimiento, tienen en cuenta los siguientes criterios:

Riesgo **objetivo**: es aquel que se deriva de las obligaciones directas estipuladas en cada uno de los contratos u obligaciones que se deben cumplir y que se solicita sean garantizadas, contemplando factores tales como la naturaleza jurídica del contrato, el plazo, valor, forma de pago, ubicación, entre otras, lo que le permite a la aseguradora validar las características, circunstancias intrínsecas o extrínsecas, entre otros aspectos.

Riesgo **subjetivo**: este análisis se fundamenta en el conocimiento personal del cliente, verificación de las referencias, conclusión del análisis de la ficha técnica, conclusión del análisis financiero, medición de la capacidad técnica, y determinación de la contragarantía.

Características técnicas y costos del contrato de reaseguros que le aplique, según el análisis de los riesgos anteriores.

Una vez definidos los aspectos anteriores, las tasas aplicables se calculan en un porcentaje respecto a los valores asegurados en proporción a la vigencia técnica. No obstante, en algunos casos la tasa será única por el periodo (seriedad de la oferta y cauciones judiciales).

Aplicando las anteriores variables, para cualquier producto del ramo de cumplimiento las tasas podría llegar **hasta el 10%** del valor asegurado, valor al que se le adiciona la prima mínima por cobertura, gastos de expedición y el valor del IVA vigente para el periodo. (Confianza, S.f, p. 1)

Así las cosas, el asegurador mide o establece la suficiencia de la contraprestación que cobra por asumir determinado riesgo a partir de dos

variables: a). la probabilidad de su realización y b). La intensidad o severidad del siniestro;

Colorario de lo anterior, en el seguro de cumplimiento el riesgo objetivo está circunscrito al contrato garantizado que está sujeto al alea de que sobrevengan eventos extraños a la voluntad de los contratantes, por tanto para el asegurador es importante un examen juicioso a las exposiciones y amenazas que serán objeto de aseguramiento.

Ahora de conformidad con lo expuesto, el valor de la prima es equivalente al amparo que brinda el seguro y no constituye una extensión ilimitada de protección; de hecho, en esta equivalencia es que está representada la *relación Prima – Riesgo.*, por consiguiente, es claro que ésta debe permanecer incólume durante la vigencia del seguro de cumplimiento, pues como se manifestó el valor de la prima que exigió el asegurador a cambio de la protección se fundamentó en las condiciones contractuales planteadas por la entidad contratante, si éstas condiciones son modificadas por el contratante e implican una mayor exposición del riesgo a su ocurrencia, el asegurador tendrá derecho a incrementar el valor de la prima en relación con la modificación que éste presenta. Si el siniestro ocurre sin que al asegurador se le haya dado la oportunidad de evaluar las nuevas condiciones que presenta el riesgo y la posibilidad de incrementar la prima se estará en presencia de la agravación del riesgo.

Esta posición es respaldada por Hilda Zornosa ⁵ en el concepto adjunto, en donde expresamente afirma: “El asegurador tiene el deber de tarifar en función del riesgo y si el riesgo se modifica o se agrava debe además ajustar la prima”.

4.3 Definición de la Agravación del Riesgo

De acuerdo con los términos del artículo 1060 del Código de Comercio Colombiano (1971), al asegurador le asiste el derecho de conocer información confiable y veraz en torno a la intensidad del riesgo de cara a la probabilidad que éste se realice, para tal efecto, la norma establece:

ARTÍCULO 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 1° 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 ésta 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 sólo 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. (Art. 1060).

En cualquier caso, no obstante que en la etapa pre contractual el tomador y/o asegurado haya declarado sinceramente los hechos y circunstancias necesarios para evaluar la intensidad del riesgo, la agravación de estas

⁵ Zornoza Prieto Hilda. Enero 30 de 2015. Bogotá. Concepto emitido para este tema y se adjunta en físico a la investigación.

condiciones puede presentarse en cualquier momento de la ejecución del contrato de seguro. Es por ello, que:

...lo que manda la norma es que, así como en el momento de contratar debe el asegurador quedar debidamente informado sobre la probabilidad e intensidad del siniestro, esa información debe permanecer a cargo del tomador o del asegurado durante la vigencia del acuerdo, dando noticia de las agravaciones, vengan ellas por obra del propio interesado, o por circunstancias ajenas a él; tal como lo afirma Gómez Duque (2014, pp. 291 – 293).

De acuerdo con el diccionario de la Fundación MAPFRE (S.f), la agravación del riesgo se define como aquella:

Situación que se produce cuando, por determinados acontecimientos ajenos o no a la voluntad del asegurado, el riesgo cubierto por una póliza adquiere una peligrosidad superior a la inicialmente prevista. Teniendo en cuenta que la tarificación de un riesgo está en función de las características de éste, su modificación implica la obligación de notificar a la entidad aseguradora para que ésta opte entre la continuación de su cobertura (aplicando el recargo de prima correspondiente) o la rescisión del contrato.

En lo que tiene que ver con la definición, de agravación del riesgo, Félix Morandi (1974) precisa que:

Existe, pues, agravación del riesgo (stricto sensu) cuando se produce un cambio en el estado del riesgo después de la estipulación del contrato, originado por un aumento de su probabilidad o de su intensidad, o por una alteración de las condiciones subjetivas del asegurado que sirvieron al asegurador para formarse una opinión del estado del riesgo al concluir el contrato, debido a un hecho nuevo, no previsto ni previsible, relevante e influyente, que de haber existido al tiempo de concertarse el contrato, habría impedido su celebración o incidido para que no se hiciera en las mismas condiciones. (pp. 46 – 47).

En el ordenamiento jurídico colombiano el artículo 1060 del Código de Comercio (1971), consagra que la modificación del riesgo le da la facultad al asegurador para revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima, sin embargo, recordando lo señalado por el artículo 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015, no existe la posibilidad de revocación

cuando el asegurado es una entidad estatal, por consiguiente, es importante diferenciar: a) si la entidad estatal avisa al asegurador la modificación del riesgo éste puede exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima, pero no podrá revocar el contrato; b) si la entidad no notifica oportunamente al asegurador, se está en presencia del incumplimiento de un deber al que la ley le da como consecuencia la terminación del contrato.

En definitiva, en cabeza del asegurado recae el deber de notificar a la compañía de seguros cualquier circunstancia que altere el estado del riesgo, en tanto que es su deber mantenerlo a lo largo de la vigencia del seguro. De cualquier forma, es importante aclarar que los hechos que requieren notificación, son solamente los nuevos no previsibles, porque se presume que los advertidos al momento de la contratación de la póliza, ya fueron conocidos por el asegurador para evaluar la probabilidad de siniestro y fijar el monto de la prima.

Con relación a las modificaciones que ameritan informar al asegurador, es pertinente traer a colación la opinión del tratadista Jorge Eduardo Narvárez⁶, quien sobre este aspecto se refiere en el concepto que se adjunta, en los siguientes términos:

En este sentido, para que pueda aducirse la terminación automática del amparo conferido por una póliza de seguro de cumplimiento, no se debe tratar de una simple modificación en relación con algunas de las características del riesgo inicialmente sometido a consideración del respectivo asegurador, sino que debe tratarse de una alteración en el estado del riesgo que desde el punto de vista jurídico sea relevante, vale decir, que afecte los chances o las posibilidades de ejecución del contrato por parte del respectivo contratista, cosa que, claramente sucedería, cuando el contratista se compromete a realizar obras adicionales o a introducir modificaciones en los trabajos contratados, o cuando la entidad estatal procede a hacer uso de las prerrogativas de interpretación y

⁶ Narvárez Bonnet Jorge Eduardo. Febrero 09 de 2015. Bogotá. Concepto emitido para este tema y se adjunta en físico a la investigación.

modificación unilateral, pero sin informar del inicio de tales procedimientos a la aseguradora; bajo las hipótesis anteriores, el contratista estaría asumiendo obligaciones adicionales y por contera, aumentando su responsabilidad y haciendo también más gravosa la ejecución del contrato.

En todo caso, para que el hecho agravatorio exija notificación, debe ser permanente, cuando menos subsistir por el término que fija la norma para efectos de reportar la información a la aseguradora (diez días). Pues si durante ese término ha desaparecido la causa agravante, es inútil tal acción.

Queda entendido entonces, que la agravación del riesgo es una situación que se produce cuando en el riesgo que se asegura surgen circunstancias que antes no existían, cambiando así su naturaleza desde la óptica del asegurador, por acrecentar la peligrosidad por encima de los niveles conocidos en el momento de estipular la prima y suscribir el contrato.

De acuerdo con Hernando Galindo (2011):

Para que se produzca la terminación del contrato u otras consecuencias por la agravación del riesgo, tiene que ser una “agravación” y no una simple modificación, que no afecte para nada el contrato, o lo que es peor, disminuya la peligrosidad del riesgo. (p. 149).

Para que se configure la agravación del riesgo, es necesario que se presenten unos hechos o circunstancias especiales, que Carlos Ignacio Jaramillo (2012), las señala así:

..1) Que se trate de un hecho imprevisto; 2) que el hecho sea nuevo y, de suyo posterior; 3) que el referido hecho tenga la virtualidad de permear el riesgo originariamente asumido; 4) que el hecho “ex novo” intrínsecamente concebido sea determinante – o relevante- para el asegurador, y 5) que sea conocido por el asegurado o por el tomador. (p. 448).

En general la obligación del Tomador, es informar a la compañía sobre cualquier circunstancia que empeore el riesgo asegurado. Si esto sucede, el

asegurador tiene la oportunidad de variar el contrato, aceptar las condiciones actuales que presenta el riesgo o rechazarlo.

Esta obligación de información ya señalada en otros acápite de esta investigación, hace parte de las obligaciones implícitas en el contrato de seguro, es así como la doctrina colombiana señala que el deber de información, está estrechamente relacionado con los deberes secundarios de conducta, derivados del principio universal de la buena fe, lo cual le da mayor sustento a la obligación que consagra el artículo 1060 del Código de Comercio (1971), aplicable a todo contrato de seguro de daños, independientemente que se trate de un seguro patrimonial, como el seguro de cumplimiento.

En efecto, doctrinantes como Carlos Darío Barrera, Carlos Ignacio Jaramillo y Andrés Ordoñez (2012), con relación a los deberes secundarios de conducta que corresponden al asegurador, dentro del contrato de seguro han manifestado:

En primer lugar la doctrina moderna sobre los deberes de secundarios de conducta de las partes que intervienen en cualquier contrato, es particularmente aplicable al contrato de seguro como contrato que además es universalmente conocido como contrato de especial buena fe, de ubérrima buena fe. Estos deberes, que tienen su origen no en leyes o cláusulas expresas, sino en lo que se ha dado en denominar "fuentes implícitas" dentro del marco de los principios generales de la buena fe y del abuso del derecho, vienen imponiendo una nueva perspectiva a la interpretación del contrato y, particularmente en el ámbito del derecho continental europeo del cual el derecho nacional sigue siendo trasunto, de lo cual no debemos sentirnos en ningún caso avergonzados, exigiendo de los aseguradores un particular deber de lealtad y de información hacia el asegurado en todas las etapas del desarrollo del mismo, imponiéndoles cargas estrictas de claridad y de legalidad en la redacción de las pólizas que son particularmente exigentes en medios como el nuestro, severamente influidos por un mercado reasegurador que impone modelos de clausulados que son extraños no solo a nuestra lengua sino a la realidad jurídica a la que se aplican y, lo que es más importante, creando mecanismos de sanción a las faltas en que se pueda incurrir en el cumplimiento de esos deberes secundarios de conducta, que resultan sorprendentes si se los mira con los parámetros tradicionales, de los cuales son ejemplo la ineficacia de las cláusulas calificadas como

abusivas, o los resultados que frente al efecto del contrato pueden tener las aplicaciones de teorías como la del retraso desleal en el ejercicio del derecho, la confianza debida etc. (p. 1).

Ahora bien, éstos deberes son recíprocos para las partes, por tal motivo, se predicen también del tomador o asegurado (según el caso) a quienes corresponde el deber de información acerca de las circunstancias que agraven el riesgo trasladado al asegurador, si dicho deber es quebrantado, genera las consecuencias señaladas por el artículo 1060 del Código de Comercio Colombiano (1971).

Ahora, en tratándose del seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, la obligación de información le corresponde al asegurado, en virtud del seguro por cuenta; pues como es sabido, en el seguro de cumplimiento el tomador presenta unas características muy particulares: contrata el seguro, pero queda al margen de la obligación de conservación del estado del riesgo, es preciso recordar que el riesgo objetivo en esta clase de seguros, es el contrato garantizado y quien está facultado para dirigir su ejecución es la entidad estatal, que funge como asegurada en el seguro que le sirve de garantía.

En el Seguro por cuenta, conforme lo consagra el artículo 1039 del Código de Comercio (1971), el tomador obra a nombre propio y el interés asegurable está en cabeza de un tercero que puede ser determinado o determinable; tratándose del seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, el interés asegurable se encuentra en cabeza del asegurado, es decir, la entidad estatal, por esta razón es a ella a quien le corresponde cumplir aquellas obligaciones, que no pueden ser cumplidas más que por ella misma.

En esta clase de seguro, el asegurador tiene la oportunidad de variar las condiciones de la prima, pero no de terminar el contrato o rechazarlo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la figura jurídica de la agravación del riesgo, en otras legislaciones, conviene tener en cuenta que la categoría de seguro que se da en Colombia a la garantía de Cumplimiento, es similar a la que se da en España bajo el nombre de seguro de caución, a través de este seguro se respaldan las diferentes etapas por las que pasa la contratación pública, verbigracia, una etapa precontractual que se garantiza a través de la seriedad de la propuesta, una etapa de ejecución de los contratos que se ve protegida por la garantía de cumplimiento y el seguro de la calidad de la construcción para amparar el buen funcionamiento de las instalaciones y el cumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en el proyecto.

El seguro de caución es regulado a través del Código de Comercio (1971), la Ley de Contratos del Estado y las condiciones generales y particulares de cada póliza; éste seguro se encuentra inmerso dentro de la categoría de los seguros de daños, pero a diferencia de éstos, las aseguradoras no pueden alegar la falta de pago de prima del seguro, como objeción al pago de la indemnización, similar situación ocurre en Colombia, así lo expresa Hernando Galindo Cubides (2011) en su libro "El seguro de Fianza" (pp. 27 – 30).

La Ley de contrato de seguro español, se ocupa del régimen de agravación del riesgo en dos artículos: el 11 LCS que recoge el deber de comunicación y el artículo 12 LCS que establece los efectos jurídicos de la agravación.

También sobre el asegurado pesa el deber de no agravar el riesgo, de presentarse la agravación, el legislador otorga dos facultades al asegurador:

proponer una modificación del contrato u optar por la rescisión, caso en el cual, procede la devolución de la prima no consumida, de acuerdo con la interpretación expuesta por Sánchez Calero (2005, p. 272).

Acerca de éstas facultades, la profesora Latorre Chinner (2000, p. 196), acepta la restitución de la prima cuando el tomador cumple con su deber de comunicar de la agravación e incluso cuando la falta de comunicación no le fuera imputable, pero lo fundamenta en los principios existentes en los artículos 10, 13 y 35 LCS. De estos preceptos, concluye que no procederá la devolución de la prima cuando el tomador no haya comunicado la agravación, mediando un comportamiento reprochable en el tomador o asegurado.

En cuanto a la utilización de la figura de agravación la profesora Nuria Latorre Chiner (2000), afirma en su obra *la Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros español* (p. 51), que uno de los aspectos que más sorprende en el estudio de la agravación del riesgo, es su uso indiscriminado, v. gr., en la jurisprudencia española;

Donde se acaba por denominar <agravación> a cualquier divergencia entre el riesgo que el asegurador creyó asumir al celebrar el contrato y el existente en la génesis de la cuestión litigiosa. Obviamente como lo dice Durante (1967), no todas las diferencias entre riesgo base y riesgo efectivo están comprendidas en la definición de <riesgo agravado>. La distancia entre uno y otro constituye más bien un <riesgo diverso>, cuyo surgimiento puede obedecer a múltiples causas. (Latorre, 2000, p. 51).

Es normal que en el examen propio de la agravación, se ponga de presente la declaración hecha por el interesado en contratar el seguro en la etapa pre contractual, la cual se contrasta con la realidad en un momento dado con posterioridad a la celebración del contrato, lo que, en opinión del profesor Durante, A. (1967, citado por Latorre, 2000), no constituye agravación.

Evidentemente, no es fácil abordar una definición concreta de lo que es la agravación del riesgo, en buena medida la dificultad surge con ocasión de la variedad con que las distintas compañías de seguro clasifican, excluyen y delimitan sus riesgos, provocando como lo manifiesta la profesora Latorre Chiner (2000), “que lo que en unos casos es visto como un supuesto claro de agravación, en otros no lo sea”. Para abordar la complejidad definitoria de la figura de la agravación del riesgo, plantea 3 planos distintos de análisis:

i. Las legislaciones de seguros, lejos de concretar el significado de la agravación, regulan la disciplina sobre la base del deber del asegurado de comunicar todas las circunstancias que surjan durante el curso del contrato y sean susceptibles de agravar el riesgo.

ii. La escasa atención despertada en la doctrina mercantilista no ha favorecido la situación; en este ámbito, se ha puesto de manifiesto además el hecho de que la incertidumbre terminológica planteada por el vocablo riesgo ya supone un obstáculo considerable en el intento de definir la agravación (Pasanisi, citado por Latorre, 2000, p. 52).

iii. Ya se ha mencionado el uso impreciso del término en la jurisprudencia, alimentando de este modo, una suerte de <cajón de sastre> donde tienen cabida las más diversas situaciones, cuyo único factor común es que el riesgo asumido por el asegurador al concluir el contrato es distinto del realmente existente. (Latorre, 2000, p. 52).

Este panorama de dificultad para definir la figura de la agravación del riesgo en el derecho de seguros español, no es ajeno a otras legislaciones. Para muestra, en el derecho de seguros colombiano, su doctrina o su jurisprudencia, no se encuentra un estudio profundo sobre el tema. De hecho no existe una definición que cumpla como lo manifiesta la autora citada, la “doble función conceptual y delimitadora para comprender meridianamente el tema, lo que conlleva en muchos casos a infundadas objeciones o infructuosos juicios litigiosos basados en una supuesta “agravación del riesgo” (Latorre, 2000, p. 52).

Contrastadas las ideas referidas a la agravación del riesgo en el derecho de seguros colombiano con el español, se encuentra coincidencia en que las

características básicas que han de incorporarse en la definición de la figura, a saber son: i) *Novedoso*, esto es que sea una circunstancia totalmente nueva o que se dé una modificación al estado del riesgo que tenga la entidad de incrementar el riesgo; ii) *Imprevisible*. La doctrina ha sido coincidente en señalar que una característica fundamental de la agravación es que la circunstancia que se reputa como tal, no se haya previsto ni haya sido previsible por el asegurador al momento de celebrar el contrato de seguro, lo cual se refleja básicamente en que tal circunstancia no se consideró en el cálculo de la prima, pero además que la misma debe no ser consecuencia del desarrollo normal de situaciones preexistentes o conocidas; iii) *Relevancia*. Que la circunstancia conlleve indefectiblemente una alteración desfavorable de las variables de probabilidad de realización del riesgo y el impacto o consecuencia económica que de él se derive; iv) *Duración*. Refiere a la permanencia en el tiempo de la circunstancia agravatoria, supone que no aplicaría para este estudio, un hecho breve o momentáneo, sino que debe corresponder a un nuevo contexto del riesgo que en forma duradera tengan la efectividad de alterar la situación preexistente.

4.4 Fundamento Jurídico de la Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros Colombiano y en el Derecho Español

El ordenamiento jurídico patrio, vio la necesidad de contemplar en la regulación del contrato de seguro, la figura de la agravación del riesgo y tipificar sus efectos y consecuencias en el artículo 1060 de la legislación comercial, al punto de contemplar la terminación del contrato de seguro ante el incumplimiento del asegurado en notificar a la compañía de seguros, los hechos y circunstancias

que alteren las condiciones del riesgo, conocidas en el momento de la suscripción del seguro.

Los hechos o circunstancias que deben ser avisadas al asegurador son aquellos que lo agravan o varían su identidad local, tal como lo enfatiza la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 28 de febrero de 2007. En el ámbito regulatorio español, se justifica la inserción en el ordenamiento jurídico de una norma que regule la figura de la agravación del riesgo,

Bajo tres fundamentos jurídicos: i) Aquél que identifica la agravación con una modificación del objeto del contrato; ii) El que ve en la disciplina jurídica un instrumento de defensa de la comunidad de asegurados y, iii) El que entiende la agravación del riesgo como una ruptura del equilibrio de las prestaciones producida por una alteración sobrevenida de las circunstancias. (Latorre, 2000, p. 20).

Con respecto al primer fundamento, la autora española hace notar que la teoría relativa a la modificación del objeto del contrato fue superada. Se destaca que la misma fue objeto de serias críticas por tratarse de una postura que asimilaba la agravación – variación de intensidad de un riesgo determinado – a cualquier cambio, llegando incluso a concebir la sustitución de un riesgo por otro; también se caía en la imprecisión de identificar o equiparar el riesgo con el objeto del contrato de seguro, lo que no corresponde a la realidad jurídica, en el entendido que el objeto del seguro es asumir el cubrimiento de riesgos (obligación condicional del asegurador) a cambio de una contraprestación o precio del seguro (prima).

En relación con el segundo fundamento, también se destacan consideraciones que advierten que el régimen sobre la agravación persigue

directamente la protección del asegurador y que por vía indirecta a los asegurados que la compañía de seguros representa. Se trata más bien, dice la autora Latorre, “de una finalidad mediata e inmediata, siendo ésta la búsqueda del equilibrio de las prestaciones roto a consecuencia de una circunstancia sobrevenida frente a la mencionada defensa de la comunidad de asegurados” (Latorre, 2000, p. 25). A partir de estos criterios se plantea que el fundamento jurídico de la agravación del riesgo debe buscarse en un terreno jurídico – contractual, antes que en el escenario técnico.

Finalmente, en lo que atañe al tercer fundamento aludido por el derecho de seguros español, ha de advertirse que las teorías ilustradas y fundamentalmente esta última, abogan por salvaguardar el equilibrio o reciprocidad de las prestaciones en los contratos bilaterales, bajo el entendido que tal equilibrio no debe ser aparente sino real (Latorre, 2000, p. 31).

La regulación de seguros española:

Sostiene que la normativa sobre la agravación constituye una condición *rebus stantibus* (mientras continúen así las cosas) introducida por el legislador al contrato de seguro; la necesidad de que la prima y el riesgo se mantengan en una relación de equivalencia durante todo el curso contractual se basa en la presuposición de las partes, al estipular el contrato, del futuro mantenimiento de las mismas circunstancias. (Latorre, 2000, p. 32).

Esto es que la base de la relación negocial se sostiene en el mantenimiento de las condiciones del riesgo durante la vigencia.

(...) puede discutirse como efectivamente se ha hecho, sobre el significado de la equivalencia e, incluso, puede dudarse de su actuación en el ámbito de los contratos aleatorios, pero resulta segura la existencia del principio de justicia conmutativa en virtud del cual todos los contratos duraderos pueden revisarse cuando se produce una notable e imprevista onerosidad para una de las partes o que altera gravemente el equilibrio de las prestaciones. En él está a nuestro entender, el fundamento jurídico de la agravación del riesgo. (Latorre, 2000, p. 33).

Aseveraciones como la transcrita dejan claridad sobre la correspondencia de las obligaciones y deberes en cabeza de cada contratante, las cuales han de mantenerse en justa medida a lo largo del período pactado para la ejecución del contrato.

Naturalmente que tal equivalencia no puede predicarse desde el aspecto eminentemente económico, toda vez, que encontrándonos frente al alea de la realización del riesgo y de la severidad del mismo en caso de ocurrir, no podría tal correspondencia ser económica, porque, es sabido que el precio o prima de una póliza es ostensiblemente menor al monto de una indemnización frente a un siniestro de alta severidad. Luego, el equilibrio de que se habla es el existente:

Entre una obligación de dar o hacer ya definida y otra que se ejecutará o no en función de un acontecimiento incierto o indeterminado: la prima del tomador se satisface en equivalencia de lo que la otra parte pagará en caso de que sobrevenga el siniestro. (Latorre, 2000, p. 37).

En definitiva, el fundamento jurídico de la agravación del riesgo se concentra en el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre los contratantes tomador/asegurado vs asegurador.

4.5 La Teoría de la Imprevisión como Característica de la Agravación del Riesgo

El tema relativo al riesgo agravado no puede ni debe entenderse como cualquier modificación que sufra el estado de riesgo que el asegurador de alguna manera conoció al momento de la concreción del contrato de seguro, sino que debe trascender a aquello relevante y no superfluo, a lo duradero y no breve o que se supera rápidamente, pero fundamentalmente, que se trate de circunstancias que sean *imprevisibles* en el momento de la celebración del contrato, pues las que

sean previsibles, desde luego que están llamadas a afectar desde el principio los términos de la convención, y en consecuencia, de presentarse posteriormente no tienen por qué afectar el contrato a título de agravación, ni mucho menos sufrir sus consecuencias.

Es por ello que, como lo manifiesta el profesor Andrés Ordoñez (2004) en publicación:

Lecciones de derecho de seguros No. 3, el régimen de agravación del riesgo en el contrato de seguro no es sino una manifestación restringida y específica de la teoría de la imprevisión, que por lo demás, no tendría otra aplicación en el contrato de seguro por su carácter aleatorio, conforme a lo que dispone el artículo 868 del C. de Co. (p. 66).

Señala este autor que existe otra teoría para justificar el régimen de la agravación del estado del riesgo y es la que supone, como se destaca en el derecho de seguros español y que se anotó a espacio anterior “la existencia de un cambio sobreviniente del objeto del contrato; sin embargo se critica porque realmente no se trata de que otro riesgo sustituya al primero, sino simplemente de un incremento cuantitativo del riesgo original” (Ordoñez, 2004, p. 66). En este mismo sentido se pronuncia Félix Morandi (1974) en su obra “El riesgo en el contrato de seguro”.

Efectivamente, a través de la agravación del riesgo se subsana la situación que pueda presentar el contrato de seguro, clasificado como aleatorio, el cual, dentro de su ejecución puede presentar circunstancias que no fue posible preverlas y que generen un notable desequilibrio de las prestaciones entre las partes, toda vez que la teoría de la imprevisión no le puede ser aplicada por su característica de aleatorio.

Ahora bien, en lo que toca con la teoría de la imprevisión en el Derecho español, la profesora española Latorre Chiner (2000), resalta que la doctrina es mayoritaria en señalar como característica fundamental de la circunstancia agravatoria que no se haya previsto ni sea previsible por el asegurador, como ya se ha mencionado, al momento de concluir el contrato. Destaca igualmente, que aludir a la imprevisión conduce a priori, a conclusiones desacertadas.

Por una parte, induce a la confusión de entender el supuesto como un auténtico caso fortuito con respecto al tomador, cuando, en realidad, el origen de la agravación puede estar en actos de terceros o, incluso, en la conducta culpable del mismo asegurado. Por otra, la imprevisibilidad no es absoluta desde el punto de vista del asegurador, que en el ejercicio habitual de su profesión es conocedor de aquellas circunstancias agravatorias que, de forma más o menos frecuente, encontrasen en la vida de los seguros. En fin, ni siquiera el hecho de calificar en la póliza una determinada circunstancia de agravación, siendo, de esta forma claramente prevista, resulta incompatible con la figura de la agravación. (Latorre, 2000, pp. 69 - 70).

Vista la ilustración anterior, se tiene que el fenómeno de la imprevisibilidad en el marco de la agravación del estado del riesgo, tiene una connotación concreta, en el entendido de que lo imprevisible es aquello que las partes no lograron identificar o establecer en el espacio temporal de las tratativas y firma del contrato de seguro, por lo tanto no fue objeto de análisis y por lo mismo no se incorpora en la convención al momento de su celebración, porque de haberlo sido, se habría contemplado en el cálculo de la prima, pero no es así, en razón de que la circunstancia agravatoria, en este preciso momento, no formaba parte del estado del riesgo.

Por otra parte, en cuanto a la característica de aleatoriedad con la que cuenta el contrato de seguro y la no aplicación de la teoría de la imprevisión, el Consejo de Estado colombiano se ha pronunciado enfatizando que ésta

característica está dada porque la prestación a cargo de uno de los contratantes (Consejo de Estado del 14 de Agosto, 1997), no guarda relación alguna con la del otro, desde el punto de vista de su equivalencia, dado que esa prestación se encuentra sujeta a la ocurrencia incierta de un hecho futuro que, de llegar a presentarse, evidenciaría una notoria desproporción.

En efecto, el carácter de aleatorio indica que existe incertidumbre respecto al asegurador, vale decir, si tendrá o no que afrontar el pago de una indemnización y cuál ha de ser la cuantía de ella; puede suceder que el daño no alcance el límite máximo establecido como suma asegurada o exceda de ésta.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para que se configure la teoría de la imprevisión, el alto tribunal apoyándose en la doctrina nacional manifiesta que se deben dar tres requisitos para que exista la imprevisión en los contratos sinalagmáticos:

- a) Que se trate de contratos de ejecución sucesiva, de ejecución continuada o a término; b) que con posterioridad a la celebración del contrato se realice un acontecimiento imprevisto, es decir, que racionalmente no lo hayan previsto los contratantes; Por lo tanto, no puede hablarse de imprevisión cuando el acontecimiento del cual depende la excesiva onerosidad “entra dentro del alea normal del contrato. Y c) que el acontecimiento imprevisto produzca un notable desequilibrio entre las prestaciones, de manera que el contrato que fue previsto sinalagmático, cese de serlo. (Consejo de Estado del 14 de Agosto, 1997).

De acuerdo con lo anterior, la teoría de la imprevisión no encuentra aplicación en el caso de los contratos aleatorios, por la naturaleza misma de éstos, en donde el carácter de imprevisibilidad marca la prestación de una de las partes y se constituye en elemento distintivo del contrato, esta afirmación encuentra sustento en el artículo 868 del Código de Comercio (1971), en consecuencia, por

ser el contrato de seguro aleatorio, no tiene aplicabilidad la teoría de la imprevisión. Así las cosas, para afrontar las circunstancias imprevistas surgidas después de celebrado el contrato, la sala de Consulta del Consejo de Estado (Del 14 de Agosto, 1997), remitiéndose al Código de Comercio, (1971) señala que el contrato de seguro contempla dos soluciones a saber: la revocación unilateral y la agravación del riesgo, la mencionada Sala se expresó de la siguiente forma:

Como se advierte, la teoría de la imprevisión no encuentra aplicación en el caso de los contratos aleatorios, por la naturaleza misma de éstos, en donde el carácter de imprevisibilidad marca la prestación de una de las partes y se constituye en elemento distintivo del contrato.

La disposición legal en tal sentido es el inciso tercero del artículo 868 del Código de Comercio, que preceptúa: “Esta regla (la de la facultad del juez de reajustar o de terminar el contrato por sucesos imprevisibles que lo hayan desequilibrado) no se aplica a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

En consecuencia, en el contrato de seguro, que es aleatorio, no tiene aplicabilidad la teoría de la imprevisión consagrada normativamente en el artículo 868 del Código de Comercio.

El contrato de seguro contempla dos soluciones que permiten afrontar las circunstancias imprevistas surgidas después de celebrado el contrato, son ellas: la revocación unilateral y la agravación del riesgo.

Por medio de la revocación unilateral, prevista en el artículo 1071 del Código de Comercio, cualquiera de las partes puede dejar sin efectos el contrato con solo darle aviso escrito a la otra y sin necesidad de invocar fundamento distinto a su voluntad expresa.

La agravación del riesgo, contemplada en el artículo 1060 del Código de Comercio, le permite a la compañía aseguradora precaverse de la posibilidad que, en el curso del contrato, surja un hecho imprevisto que modifique el riesgo de tal forma que la lleve a revocar el contrato o a exigir un reajuste en la prima. Sin embargo, es conveniente anotar que esta figura no es de aplicación en los seguros de vida, por expresa disposición del último inciso del artículo citado. (Consejo de Estado del 14 de Agosto, 1997).

Ahora bien, por medio de la revocación unilateral, prevista en el artículo 1071 del Código de Comercio (1971), cualquiera de las partes puede dejar sin efectos el contrato con solo darle aviso escrito a la otra y sin necesidad de invocar fundamento distinto a su voluntad expresa. Y la agravación del riesgo, contemplada en el artículo 1060 del Código de Comercio, que le permite a la

compañía aseguradora precaverse de la posibilidad que en el curso del contrato, surja un hecho imprevisto que modifique el riesgo de tal forma que la lleve a revocar el contrato o a exigir un reajuste en la prima.

Teniendo en cuenta el análisis efectuado por el alto tribunal, es pertinente afirmar que dentro del desarrollo del contrato de seguro, se pueden presentar hechos o circunstancias que pueden afectar el equilibrio contractual a pesar de la característica de aleatoriedad de la que goza el seguro. Y para restablecerla no se podrá dar aplicación a la teoría de la imprevisión, pues para tal efecto la regulación del contrato de seguro consagra expresamente la revocación unilateral y la agravación del riesgo.

En punto de la garantía de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales tanto la ley 80 de 1993, como el decreto 1082 de 2015, prohíben la revocación, pero nada se dice de la terminación por agravación del estado del riesgo, haciéndose ésta posible siempre y cuando se cumplan los requisitos mencionados en el acápite que define la agravación del riesgo.

En efecto, no basta solo que las circunstancias que afecten el equilibrio contractual se presenten, sino que es necesario que no sean notificadas al asegurador, incumpliendo de esta forma el deber de información derivado del principio de la buena fe que permea tanto el contrato de seguro como el contrato estatal garantizado e incumple el deber de actuar de buena fe consagrado en la Constitución Política de Colombia.

Ahora, en lo que concierne con la aplicación de la teoría de la Imprevisión al contrato de seguro, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, como se expresó, señala que no es aplicable a los contratos aleatorios

como el seguro (Consejo de Estado del 14 de Agosto, 1997), porque para dar solución a las circunstancias que puedan alterar el riesgo, la normatividad comercial contempla dos soluciones, las consagradas en el artículo 1060 y 1071 del Código de Comercio (1971).

Sin embargo, cuando las circunstancias que generan el desequilibrio se presentan en seguros cuyo asegurado-beneficiario sea una entidad estatal, la sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado, echa mano de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, (aún vigentes) para dar aplicación a los artículos 1071 o 1060 del Código de Comercio (1971), toda vez que tanto en el estatuto mercantil como en la Ley 80 de 1993, la teoría de la imprevisión no puede ser aplicada al contrato de seguros, tal como lo explica a continuación:

La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no. En otros términos, la Sala reitera que es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando éste se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias” (negrilla no es del texto original).

En el caso concreto de un contrato de seguro, es claro que al ser éste un contrato aleatorio conforme a su naturaleza y además por expresa disposición legal, no le es aplicable la teoría de la imprevisión y consiguientemente, no hay lugar a la figura del restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual que se predica de los contratos conmutativos, en los cuales sí se presenta la equivalencia de las prestaciones de los contratantes.

El inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993 establece la normatividad aplicable a los contratos estatales y señala claramente que éstos “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”, con lo cual remite en materia de seguros, a los artículos 1036 y siguientes del Código de Comercio y en cuanto concierne a la no aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, al artículo 868 del mismo cuerpo legal, sin que pudiera entenderse que las normas de la ley 80 de 1993 sobre la ecuación contractual y su restablecimiento hubieran exceptuado la última remisión anotada, puesto que la interpretación de tales normas debe hacerse en consonancia con las características esenciales de los contratos y no en contradicción con éstas.

Es así como debe interpretarse que tales normas son aplicables en los contratos estatales en donde se dan sus supuestos, esto es, en los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, no en los contratos de ejecución instantánea, y en los contratos conmutativos, no en los contratos aleatorios.

Pretender que las normas de la ecuación contractual constituyen una materia particularmente regulada por la ley 80 de 1993 que no hace distinción acerca de los contratos y que por lo tanto, se aplica a la totalidad de éstos sin tener en cuenta su naturaleza y sus características, sería contravenir la esencia de los contratos, cimentada por la tradición jurídica, y darle un alcance inusitado y abusivo a tales normas, pues se aplicarían aún en los contratos en los cuales no se dan sus supuestos de hecho, ya que es evidente que en los contratos de ejecución instantánea se cumplirían de manera inmediata las prestaciones sin que pudiera aducirse que un hecho imprevisto posterior las hubiera afectado y en los contratos aleatorios, la incertidumbre que recae sobre la prestación de una de las partes, le confiere de entrada un desequilibrio respecto de la prestación de la otra parte, de tal forma que no podría hablarse de que un hecho imprevisto, posterior alterara la equivalencia de las prestaciones, la cual, como se advierte, no existe desde el comienzo del contrato.

Precisamente el primer inciso del artículo 40 de la ley 80 de 1993, reafirma lo aquí expuesto, cuando dispone:

“Del contenido del contrato estatal.- Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza” (negrilla no es del texto original).

En realidad, los contratos aleatorios, por la contingencia que comportan, no presentan equivalencia de las obligaciones, de manera que no se da en ellos la figura del equilibrio de la ecuación contractual, concebida por la ley 80 de 1993 como “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”, según el caso (art. 27). Por ende, no se da tampoco en ellos la medida de restablecimiento de dicho equilibrio por aplicación de la teoría de la imprevisión, máxime cuando ésta se encuentra excluida por la ley mercantil respecto de este tipo de contratos.

El seguro, como contrato aleatorio que es, sigue necesariamente la normatividad de éste. (Ley 80 - Congreso de la República, 1993).

Así las cosas, si bien al contrato de seguro por su característica de aleatorio no le es aplicable la teoría de la imprevisión, ello no significa que ante circunstancias que implican el rompimiento de la ecuación contractual, el asegurador deba asumir esta contingencia, pues existe regulación especial que lo protege.

4.5.1 Carácter imperativo de la agravación y la protección del asegurado.

En cuanto a la imperatividad de las normas que regulan la agravación del riesgo en legislaciones como la española, donde se ha promulgado una ley especial para regular el contrato de seguro, denominada Ley del Contrato de Seguro LCS, se considera a la luz de sus artículos 11 y 12, como lo menciona la profesora Latorre Chiner (2000), “que las normas sobre agravación del riesgo son imperativas y no pueden ser alteradas ni derogadas en perjuicio del asegurador” (p. 40).

Es preciso recordar que el criterio con que la ley española consagra la agravación del estado del riesgo, tiene una clara orientación de privilegiar al asegurador que resulte perjudicado precisamente por la agravación del riesgo; en tanto que en el caso colombiano, de manera expresa lo que se castiga, adversamente para el asegurado, es la falta de notificación oportuna de las modificaciones al estado del riesgo que a juicio del asegurador pudieran constituir una agravación del mismo.

Volviendo a la regulación española, es claro que no le está dado al asegurador, so pretexto de que la norma lo protege frente a las consecuencias de la agravación, actuaciones en contra del asegurado desatendiendo el alcance normativo sobre esta figura, pues la autonomía de la voluntad de la compañía de seguros no puede ni debe superar los límites de la norma.

Para una mejor ilustración Latorre (2000) se apoya en el artículo 11 de la Ley del Contrato de Seguros – LCS – Española y que al tenor dice:

El tomador del seguro o el asegurado deberán durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. (p. 109)

Respecto de la norma señalada, la doctrina española colige fácilmente que la comunicación de la circunstancia agravatoria tiene la naturaleza de carga, que el asegurado ha de observar si desea conservar su derecho a una futura indemnización. Esto es, que su incumplimiento sólo afecta al interesado en tal prestación indemnizatoria.

Ahora, en el derecho de seguros colombiano, como se anotó antes, la figura de la agravación del estado del riesgo está consagrada en el artículo 1060 del Código de Comercio (1971) y de conformidad con el artículo 1162 *Ibidem.*, este artículo no aparece enunciado expresamente como de carácter imperativo, sin embargo, la norma consagra que tal connotación de “inmodificable por la convención”, se extiende a aquellas normas que por su naturaleza o por su texto se consideren imperativas. Es el caso del artículo 1060, cuyo texto comienza refiriendo a la obligación del asegurado o el tomador según el caso, de mantener el estado del riesgo, a la par que enfatiza sobre el deber que estos tienen de notificar por escrito al asegurador las circunstancias agravatorias del riesgo y concluye expresando que “La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato...” (Código de Comercio Colombiano, 1971, art. 1060).

Además, el 1060 en su inciso final proclama la inaplicabilidad de la sanción a “los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario” (Código de Comercio Colombiano, 1971, art. 1060). Lo que permite deducir, mediante la interpretación a contrario sensu, que los demás incisos no admiten este tipo de convención y son por tanto inmodificables. Por consiguiente, es viable aseverar que tanto por su naturaleza, como por su texto el artículo 1060 tiene carácter imperativo, salvo el régimen de seguro de vida con sus amparos accesorios.

Bajo este contexto se estaría frente a una disposición de carácter imperativo; Sin embargo, aún en gracia de discusión y tras el consentimiento del asegurador, podría tratarse de una norma semi- imperativa, lo cierto es que el rigor de la disposición no permite que el artículo 1060 se trate en sentido lato como una carga, por ello, para efectos de este trabajo de investigación se refiere a un deber de conducta, cuyas connotaciones y consecuencias fueron ampliamente explicadas en el capítulo segundo.

Acertadamente el profesor Jaramillo (2012, p. 443) expresa que nuestro ordenamiento mercantil, más allá de la denominación empleada para el efecto (carga, obligación o deber) considera que es una obligación del asegurado o del tomador, según las circunstancias individuales de cada caso, proceder a no alterar la base y por contera el equilibrio del contrato de seguro, tal y como originariamente fue celebrado, es decir, manteniendo indemne la ecuación prima-riesgo, prevalentemente (probabilidad e intensidad).

Ahora bien, en lo atinente a aquellas normas que rigen el contrato de seguro, catalogadas como de carácter imperativo, hay que resaltar que éstas no

pueden ser objeto de derogación o modificación por el mutuo acuerdo de las partes, a pesar de la connotación del contrato de seguro, de ser un contrato de adhesión.

En el contexto ilustrado, sea que las disposiciones normativas que regulan la agravación del estado del riesgo tengan carácter imperativo o no, han de aplicarse en su estricto rigor, pues no le está dado al asegurador alegar el fenómeno de la agravación, cuando las circunstancias cuestionadas no atiendan los presupuestos que permitan catalogarlas como tales.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con prácticas que consistan en limitar la cobertura del seguro porque sean definidas por el asegurador como agravaciones del riesgo a través del clausulado general del contrato de seguro, existe normatividad que favorece los intereses del asegurado, máxime si se tiene en cuenta que las Compañías de Seguro en desarrollo de su objeto contractual son catalogadas como profesionales y partiendo de éste carácter técnico que ostentan frente al asegurado, tomador o beneficiario, deben orientar su actuar en cumplimiento de la función social que desarrollan y que hace más exigente la aplicación e interpretación de las condiciones que ellas mismas imponen.

Es así como el numeral 4 del artículo 98 del Estatuto orgánico del sistema financiero, modificado por el artículo 24 de la ley 795 de 2003, establece que las instituciones sometidas al control de la Súper Financiera en la celebración de las operaciones propias de su objeto, deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

Posteriormente el capítulo quinto de la Ley 1328 de 2009, consagra la prohibición de utilización de cláusulas abusivas dentro del régimen de protección al consumidor financiero, y a través de ley 1480 de 2011 se actualizó y adicionó el régimen de protección de éste consumidor. Estas normas por primera vez aluden al consumidor de seguros en Colombia y consagran diversos aspectos que sin duda están orientados a su protección, v.gr. el artículo 11 de la ley 1328 de 2009 con respecto a las cláusulas oscuras, ininteligibles o abusivas; prevé que cualquier estipulación o utilización de éstas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero. Y prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros. b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero. c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones. d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero. e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia. (Ley 1328 - Congreso de la República, 2009).

Finalmente, en lo relativo a la información idónea y comprensible que debe brindar el asegurador al asegurado antes de la celebración del contrato, puntualiza en relación con los contratos escritos, que particularmente en lo que toca con el contrato de seguro,

El asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías. Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo. (Ley 1328 - Congreso de la República, 2009, art. 37).

Entre otros tópicos claramente protectores del asegurado.

A pesar que la Ley 1328 de 2009, habla de cláusulas abusivas, no establece a que se le da el carácter de abusivo, sin embargo el estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011), en su artículo 42 pasa a definir como cláusula abusivas:

Aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, y las que en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor pueda ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. (Ley 1328 - Congreso de la República, 2009, art. 37).

En virtud de lo anterior, la noción de cláusula abusiva se centra en el desequilibrio que afecte al consumidor financiero entendiéndose éste, para el caso del contrato de seguro, como el tomador, asegurado o beneficiario, considerada como la parte débil en virtud que está celebrando un contrato de adhesión impuesto por la Compañía de Seguros.

Para el caso de la garantía de cumplimiento en favor de entidades estatales, es preciso tener en cuenta que la Compañía de Seguros, no impone el clausulado a la entidad y por el contrario debe ceñirse a la reglamentación que la Ley prevé para tal efecto (actualmente el Decreto 1082 de 2015), que establece el contenido de los amparos y la suficiencia de los mismos, es decir que el asegurador no goza de la capacidad de imposición de cláusulas que eventualmente lleguen a limitar el ejercicio de los derechos de la entidad o producir un desequilibrio en perjuicio de la misma.

En cuanto a la delimitación del riesgo, el objeto de la garantía de cumplimiento en favor de entidades estatales, no es otra cosa que el contrato suscrito entre la entidad estatal y su contratista. Y conforme con los procesos de

selección y contratación del estado, el contrato garantizado ha sido propuesto y elaborado por la propia entidad estatal, que funge en la garantía de cumplimiento como asegurado, beneficiario.

4.5.2 Incumplimiento del asegurado/beneficiario de las obligaciones relacionadas con la conservación del estado del riesgo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1060 del Código de Comercio (1971);

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. (Art. 1060).

De acuerdo con el alcance de esta disposición normativa en concordancia con el artículo 1058 ibídem., la obligación del asegurado o del tomador, no se limita a declarar con sinceridad los hechos y circunstancias que determinen el estado del riesgo, sino que trasciende a mantener las condiciones del estado que fue conocido por el asegurador al momento de otorgar la póliza de seguro. En consecuencia, queda en el deber de notificar a la compañía de seguros, si se produce alguna modificación que pueda afectar tales condiciones originarias.

Sobre el particular, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de fecha 6 de julio de 2007⁷, realiza las siguientes consideraciones de interés para el presente estudio:

En efecto, en relación con el apellidado estado del riesgo, ab initio, es necesario distinguir dos fases claramente identificadas en el derecho

⁷ El fallo señala que tanto la declaración del estado del riesgo como su mantenimiento a lo largo del plazo contractual pactado, corresponden a una carga en cabeza del tomador/asegurado, quien está llamado a su cumplimiento.

comparado y también en la legislación comercial patria:

a) La primera, vinculada a la formación del contrato, durante la cual el tomador tiene "la obligación" -preferiblemente carga, según concepto precisado en sentencia de 30 de septiembre de 2004, Exp. 7142- de declarar sinceramente la situación en que se encuentra el riesgo que se pretende amparar (art. 1058 C. de Co.), pues sólo una declaración franca, límpida y completa, le permite al asegurador expresar su asentimiento y, lo que también es medular, cuantificar la prima o precio del seguro; por eso su infracción, en línea de principio, provoca la nulidad relativa del contrato, en un todo de acuerdo con lo explicitado por la propia ley y la reiterada jurisprudencia de esta Sala.

En torno a esta última, ha puntualizado la Corte que la carga de información que tiene el tomador -in potentia- en relación con el estado del riesgo, no se agota en un solo momento, pues "esta carga informativa es considerada como una prototípica 'carga de duración", motivo por el cual, "los hechos o circunstancias -relevantes- sobrevinientes a la declaración del estado del riesgo,..., deben ser comunicados sin demora o dilación."

b) La segunda de las fases ya aludidas, relativa al desenvolvimiento del negocio asegurativo, previamente concertado o perfeccionado, ello es basilar, le impone al tomador y, dado el caso, al asegurado, la carga de mantener el riesgo en las condiciones en que se aseguró primigeniamente, hipótesis en la cual deberán notificarse al asegurador los hechos o circunstancias relevantes, imprevisibles y sobrevinientes que de una u otra manera alteren el mencionado estado del riesgo (art. 1060, ib.). De allí que justamente, por tratarse de un deber de prestación que concierne al desarrollo del contrato (etapa de ejecución negocial), su quebrantamiento genera la terminación del seguro, como efecto propio de los negocios jurídicos de duración y, más concretamente, de tracto sucesivo (art. 1036 C. de Co.).

Por su importancia en el sub lite, es útil resaltar que si bien la carga de información sobre el estado del riesgo -lato sensu- es transversal en materia de seguros, pues despunta en el período de preparación o gestación del contrato y se mantiene latente durante toda su ejecución, es indispensable no perder de vista las fases previamente señaladas, dado que en una y otra, la precontractual y la contractual propiamente dichas, ese deber tiene cometidos bien específicos y sustantivos, como se anticipó. En este sentido, si en la primera etapa el candidato a tomador está apremiado por la ley a declarar sinceramente el estado del riesgo, es por la incidencia que esa declaración tiene en la formación del asentimiento del asegurador y en la determinación de la cuantía de la prima, como se acotó, según el caso, mientras que la carga de mantener el estado del riesgo, tiene el confesado propósito de preservar, durante la ejecución del contrato mismo, las condiciones esenciales que condujeron a que ese asentimiento fuera expresado y, por tanto, a la contratación del seguro, de forma tal que en todo momento, en lo fundamental, se mantenga la ecuación necesaria entre el riesgo asegurado y el precio del contrato. (Subrayado ajeno al texto). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 6 de Julio, 2007, Exp. 1999-0359-01).

La jurisprudencia en referencia, ilustra válidamente que la obligación del tomador/asegurado con respecto al riesgo, no se limita a la declaración sincera de su estado al momento de concretarse el contrato, sino que se mantiene latente a lo largo del período contractual de ejecución, su quebrantamiento conlleva la terminación del contrato de seguro, por tratarse de la preservación de las condiciones en las que se contrató, deber que se prolonga durante el desarrollo del contrato.

Así las cosas, es obligación del asegurado o tomador notificar por escrito los hechos o circunstancias que constituyan una agravación objetiva del riesgo o variación de su identidad local, la inobservancia de esta obligación o su incumplimiento genera la terminación del contrato de seguro, tal como lo establece el inciso cuarto del artículo 1060 del Código de Comercio (1971).

Sobre este punto se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia señalando:

La falta de notificación tempestiva de las circunstancias que agravan el riesgo, ministerio legis, provoca la terminación del contrato de seguro y si hubo mala fe da derecho al asegurador a retener la prima no devengada (inc. 4 art. 1060 ib). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 28 de Febrero, 2007, Exp. 68001 31 03 001 2000 00133 01).

Con relación a esta obligación en el seguro de cumplimiento, el tratadista Narváez Bonnet (2011) señala:

A quien corresponde esta carga, viene dado por quien tenga bajo su control inmediato el interés materia del respectivo contrato de seguro, como el seguro de cumplimiento el asegurado es la entidad contratante y es además quien está interesada en la satisfacción de las obligaciones de su contratista, es claramente a quien compete esa carga de preservar las características y condiciones de ese riesgo inicialmente asumido por el asegurador. (pp. 166 – 167).

En cuanto a la connotación que debe reunir la modificación del riesgo para que se produzca su agravación Narváez (2011) como ya se había mencionado manifiesta:

Para que pueda aducirse la terminación automática del amparo conferido por una póliza de cumplimiento, no se debe tratar de una simple modificación en relación con algunas de las características del riesgo inicialmente sometido a consideración del respectivo asegurador, sino que debe tratarse de una alteración en el estado del riesgo que desde el punto de vista jurídico sea relevante, vale decir que afecte los chances o las posibilidades de ejecución del contrato por parte del respectivo contratista, cosa que, claramente sucedería, cuando el contratista se compromete a realizar obras adicionales o a introducir modificaciones en los trabajos contratados, por cuanto de esta manera estaría asumiendo obligaciones mayores y por contera, aumentando su responsabilidad y haciendo también más gravosa la ejecución del contrato. (pp. 168 - 169).

Acertadamente el profesor Narváez expresa que ante una variación del riesgo en el seguro de cumplimiento, el primer análisis que debe realizarse es de cara a la responsabilidad del contratista, pues él se constituye en el subjetivo que ha sido debidamente evaluado por el asegurador y que constituye uno de los aspectos fundamentales para el otorgamiento de la garantía.

4.5.3 Notificación al asegurador de las circunstancias de agravación.

Es preciso resaltar que la norma citada en el acápite inmediatamente anterior, léase art. 1060 del Código de Comercio, señala con especial énfasis el tema relativo al deber del tomador/asegurado, de notificación oportuna de las circunstancias que puedan modificar el estado del riesgo.

Atendiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, resulta pertinente retomar algunos de los criterios planteados por esa corporación, para destacar consideraciones que resultan oportunas y conducentes al análisis materia de la presente investigación (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 03 de Marzo, 2009).

En efecto, sobre el deber de informar la agravación del estado del riesgo, esta jurisprudencia plantea:

Pues bien, a la preservación de esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo durante la vigencia de la relación contractual provee la ley, mediante el régimen de la carga de información regulado en el artículo 1060 del estatuto mercantil, conforme al cual prescribe que el asegurador o tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo y, en tal virtud, deben notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y que entrañen la agravación del riesgo o la variación de su identidad local, a efecto de que éste pueda ejercer la facultad allí conferida, esto es, la de revocar el contrato o exigir el reajuste del valor de la prima. La falta de notificación oportuna de una situación de esa índole produce la terminación del contrato. (Subrayado ajeno al texto)

La oportunidad para cumplir con la referida carga difiere, según que la alteración del riesgo sea o no voluntaria, pues si depende del arbitrio del asegurado o tomador, la notificación debe hacerse con “antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo”, término suficiente para que el asegurador ejerza una de las dos opciones conferidas por el legislador; y si le es extraña a ellos debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a aquel en que la conozcan, conocimiento que, en todo caso, se presume luego de transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

De esa manera, el régimen jurídico de la agravación del riesgo busca restablecer la equivalencia entre la prima y la nueva declaración del estado del riesgo, ajustada a los hechos o circunstancias agravantes que sobrevengan luego de haberse ajustado el contrato; desde luego, que ella debe ser sincera y, por lo mismo, susceptible de inexactitud o reticencia que bien pueden aparejar, según el caso, la nulidad relativa del negocio jurídico, la retención de la prima a favor del asegurador o la reducción proporcional de la prestación asegurada.

El deber de comunicación en cuestión, conforme quedó dicho, recae sobre hechos y circunstancias que no eran previsibles en el momento en que se ajustó el seguro y de tal entidad que si el asegurador los hubiere conocido no lo habría celebrado, o lo hubiese concluido en condiciones más onerosas para el tomador del mismo; por tanto, de lo que se trata es de denunciar la agravación del riesgo, entendida ésta como el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas.

Pero las referidas circunstancias, además de agravar “el estado del riesgo”, deben ser imprevisibles, haber sobrevenido a la celebración del contrato y conocerlas el tomador o el asegurado. Esas características permiten diferenciarlas de otros supuestos que no pocas veces pueden confundirse con ellas; así, no son condiciones que agraven el riesgo, las siguientes: a) Cuando el tomador o asegurador no cumple cabalmente con la declaración precontractual del estado del mismo, ya que ese deber alude a la situación existente en el momento previo a la conclusión del contrato, mientras que la agravación ha de referirse a hechos nuevos que alteran las

circunstancias que sirvieron de base a la misma; b) La exclusión del riesgo, hipótesis que, conforme a la delimitación efectuada en el seguro, está fuera de la cobertura; c) El aumento del valor de las cosas aseguradas, pues éste lo que produce es el incremento del interés asegurado, que será relevante para calcular la indemnización a cargo del asegurador, la cual, en todo caso, tendrá por límite el monto asegurado; d) La provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado, por cuanto estaría excluida de la cobertura del asegurador mediante la delimitación causal del riesgo.

Desde luego, que si el riesgo es agravado por las anotadas circunstancias y éstas son notificadas al asegurador en la forma y términos establecidos por el ordenamiento jurídico, el seguro subsiste con todos sus efectos mientras el asegurador ejerce la opción prevista en el inciso 3º del citado artículo 1060, por cuanto a partir de ese momento, su existencia dependerá del arbitrio de éste, quien podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima a que hubiere lugar; empero, si no se cumple con esa carga de información se produce la terminación del contrato, y si la omisión es imputable a la mala fe del asegurado o tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada. (Subrayado ajeno al texto). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 03 de Marzo, 2009, Exp. 11001310303919990168201).

En efecto, una cosa es la circunstancia agravatoria en sí misma considerada y otra sustancialmente distinta, la que se manifiesta con la falta de notificación de tales circunstancias que conocidas por el tomador/asegurado, no le son reportadas o informadas en forma oportuna al asegurador.

Con base en esta consideración, parecería correcto afirmar que el deber de notificación de las circunstancias agravatoria al asegurador, no constituyen cosa distinta que la continuidad del deber de declarar el riesgo en el curso del contrato.

En cuanto a la doctrina colombiana, refiriéndose a la norma legal que regula el tema relativo a la agravación del riesgo (art. 1060 del C. de Co.), es coincidente con la española en considerar que lo que manda la norma es que, así como en el momento de contratar, debe el asegurador quedar debidamente informado sobre la probabilidad e intensidad de un potencial siniestro, tal información veraz y oportuna debe permanecer a cargo del tomador/asegurado durante la vigencia de la póliza, notificando al asegurador de aquellas circunstancias que generadas por

voluntad propia o ajenas a él, constituyan agravación del riesgo amparado (Gómez, 2014, pp. 292 - 293).

Ahora bien, si en la omisión de notificación sobre la agravación del estado del riesgo a la compañía de seguros se detecta que hubo mala fe por parte del asegurado, de acuerdo con la ley, tal hecho dará derecho al asegurador para retener la prima no devengada (Art. 1060 C. de Co. Inc. 4).

Por lo expuesto, la obligación de información que pesa sobre el asegurado, no tiene excepciones, en tal sentido, así se trate de una garantía, como lo es el seguro de cumplimiento, su connotación de “seguro” lo deja dentro de la regulación del artículo 1060 del C. de Co. Ahora bien, si quien ostenta la calidad de asegurado es una Entidad Pública, la obligación de información pesa también sobre ella, precisamente por su calidad. Si el deber de información no es cumplido por el asegurado igual genera para éste los efectos de terminación del contrato. Esto quiere decir, que no existe norma que prohíba o excluya a las entidades públicas o estatales como quiera llamárseles, de la obligación, de informar al asegurador las variaciones que presente el riesgo asegurado.

Y no puede ser de otra manera, por cuanto este deber se deriva del principio de buena fe que no solo informa el contrato de seguro, sino que es obligación constitucional a cargo de servidores y entidades estatales, pues dentro del acápite del contrato estatal, es claro que la entidad pública tiene la función de seguimiento contractual, este seguimiento se efectúa desde varios aspectos a saber: técnico, administrativo, financiero, jurídico por cuanto debe vigilar, controlar y verificar el cumplimiento del objeto contractual y las obligaciones que debe adelantar el contratista, ya sea a través de la figura de la interventoría o

supervisión del contrato. Por tal motivo, es la entidad pública en calidad de asegurado a quien le corresponde avisar al asegurador cualquier cambio que presente el contrato garantizado y que haga más gravoso el riesgo asumido por el asegurador.

Este tipo de modificaciones pueden ser comunicados al asegurador de diferentes formas:

a- A través de un escrito en donde se señalan las nuevas circunstancias que están aquejando el contrato.

b- A través de acto administrativo mediante el cual la entidad pública notifica tanto al contratista como a su garante, las modificaciones que se efectúan al contrato.

Desde la perspectiva del derecho de seguros español, para identificar la causa eficiente de la agravación se concebían dos opciones “verificación objetiva de las circunstancias agravatorias” y “el deber del asegurado de comunicar las circunstancias agravatorias por él conocidas” (Latorre, 2000, p. 105).

Y es que una cosa es la circunstancia agravatoria en sí misma considerada y otra sustancialmente distinta, la que se manifiesta con la falta de notificación de tales circunstancias que conocidas por el tomador/asegurado, no le son reportadas o informadas en forma oportuna al asegurador.

Señala la autora Latorre Chiner (2000), que la:

Vinculación de efectos jurídicos de forma exclusiva al deber de comunicación conlleva, a priori, dos inconvenientes: por una parte, se resta importancia a la efectiva divergencia entre el riesgo real y el asumido por el asegurador y, por otra, implica que las normas sobre la agravación sólo sean aplicables cuando la circunstancia silenciada o inexactamente declarada resulte conocida por el tomador. (pp. 105 – 106).

Con base en esta consideración, parecería correcto afirmar que el deber de notificación de las circunstancias agravatoria al asegurador, no constituyen cosa distinta que la continuidad del deber de declarar el riesgo en el curso del contrato.

Para una mejor ilustración la autora citada se apoya en el artículo 11 de la Ley del Contrato de Seguros – LCS – Española y que al tenor dice:

El tomador del seguro o el asegurado deberán durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. (Latorre, 2000, p. 109).

Es preciso ver también otro aspecto importante en la legislación española y es la regulación que tiene que ver con la falta de notificación de la agravación del riesgo:

En el derecho de seguro español, cuando el tomador o el asegurado han actuado de mala fe al omitir el deber de comunicar la agravación del riesgo, el asegurador queda liberado de su prestación. Así lo reitera la autora Latorre Chiner (2000) al señalar que:

En materia de agravación del riesgo, se entiende que el asegurado o el tomador del seguro actúan de mala fe cuando, teniendo conocimiento y conciencia del deber de comunicar que la Ley les impone, dejan voluntaria o intencionadamente de cumplirlo o lo cumplen mal. En este contexto, la mala fe ha sido equiparada a la intencionalidad, a la reticencia y, como ocurre con frecuencia en el derecho de seguros, al dolo. (pp. 217 - 219).

Continúa esta autora precisando jurídicamente el alcance de la aludida intencionalidad o dolo como factor determinante en la agravación, y al respecto sostiene:

En sede de agravación (...) no estamos ante un vicio del consentimiento que haya sufrido el asegurador en la formación de su voluntad contractual, tampoco se trata de una práctica consistente en palabras o maquinaciones insidiosas o, por lo menos, no será lo habitual. Lo normal

será que nos encontremos ante un dolo omisivo o reticente, que consistirá en el silencio del asegurado siendo consciente de que el conocimiento por el asegurador de las circunstancias omitidas produciría los efectos previstos por la Ley⁸. (Díez, citado por Latorre, 2000, p. 220).

Finalmente, vale resaltar que a instancias del derecho de seguros español, si se establece que en la falta de información o notificación al asegurador sobre las circunstancias agravantes del riesgo, no existió mala fe, entonces:

El asegurador está obligado al pago de la prestación. Sin embargo, ésta se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Nos hallamos ante una reducción de la indemnización que trata, además de restablecer la relación sinalagmática existente en la base del contrato, de impedir que el asegurado se vea injustificadamente enriquecido con el cobro de una indemnización completa que no se corresponde con la prima por él satisfecha. (Sánchez, p. 107, citado por Latorre, 2000, p, 220).

Este último aspecto es tratado de forma diferente por la regulación colombiana, toda vez que el artículo 1060 del Código de Comercio (1971) contempla dos opciones para el asegurador cuando no ha habido mala fe del asegurado, éstas son: la revocación del seguro o el reajuste de prima. Cuando el asegurado es una entidad estatal, la revocación del seguro de cumplimiento está prohibida, como se expuso en acápite anterior, por consiguiente la única opción que tiene el asegurador a la luz del artículo 1060, es el reajuste de prima.

4.5.4 Concurrencia de la agravación del riesgo y el siniestro.

En lo que tiene que ver con la concurrencia de la agravación del riesgo y la realización del siniestro, una interesante discusión se plantea a instancias del derecho de seguros español y así lo presenta Latorre (2000), al analizar que cuando la agravación del riesgo es el factor determinante de la sobreviniencia del

⁸ Latorre citando a Díez Picazo, explica que <para la existencia de dolo no es necesario una específica intención de causar a otro un daño o perjuicio. Basta que se infrinja de una manera consciente y voluntaria, un deber jurídico que pesa sobre el que actúa>.

siniestro y resalta particularmente aquella circunstancia detonante de la realización del riesgo como un hecho del asegurado, escenario que invita a identificar hasta donde llega la agravación y donde comienza la provocación del siniestro como efecto de tal circunstancia agravante. En este examen es importante analizar la relación de causalidad que debe existir entre el siniestro en sí mismo considerado y el hecho que lo produce.

La relación de causalidad.- la relación de causalidad adquiere un importante papel en el derecho de seguros, no sólo en relación con la provocación del siniestro sino también desde un ángulo más genérico para conocer las relaciones entre un siniestro y la causa que lo produce cuando el evento en cuestión ha sido causado por uno de los riesgos previstos en el contrato. El criterio de la causación ha sido utilizado, precisamente, para establecer cuál de entre todas las circunstancias que han podido provocar el siniestro debe ser considerada como “Causa” a fin de determinar si la misma está entre los riesgos previstos en el seguro...(Latorre, 2000, pp. 99 – 101).

Efectivamente, para que surja la obligación a cargo del asegurador, ha de configurarse el siniestro, esto es, que haya tenido ocurrencia el riesgo amparado, en las condiciones previstas en el contrato de seguro, en armonía con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Una aproximación al análisis del nexo causal, es ilustrado por Latorre (2000), aludiendo a diversas teorías que conducen al esclarecimiento de la causa real generadora del siniestro, en tal sentido expresa:

Entre las principales teorías, cabe destacar la de la causa próxima, la de la <conditio sine qua non>, la de la causa adecuada y la de la causa determinante. A tenor de la primera, el hecho considerado ha de ser causa directa e inmediata del daño. En el ámbito asegurador, hay que distinguir las circunstancias que aumentan el riesgo – causas remotas – de aquéllas que producen el siniestro – causas próximas -. La teoría de la conditio sine qua non atribuye relevancia a todos los hechos que estén relacionados de un modo necesario con la realización del evento, bastando la presencia de uno de ellos para que pueda demostrarse la existencia de un nexo causal. La recepción de esta tesis en el Derecho de seguros conllevaría la sujeción del asegurador al pago de la práctica totalidad de los supuestos. La postura de la causa adecuada toma en

consideración la idoneidad abstracta de las condiciones, estableciendo una comparación general con los casos similares sin tener en cuenta el significado de esas condiciones en el caso concreto. Por último, según la tesis de la causa determinante, ésta tiene en sí misma la aptitud exclusiva de producir el evento, lo que no significa que éste se haya verificado con su sola presencia – ya que indudablemente la mayoría de las veces se da un cúmulo de circunstancias – sino que tal causa contiene el aparato motor eficiente de la producción del siniestro. (pp. 100 – 101).

Esta gama de posturas y teorías resulta necesaria en orden a establecer la real existencia del nexo de causalidad que se persigue para declarar ocurrido un siniestro cubierto al interior de un contrato de seguro. Es menester reiterar que el hecho que genera la realización del riesgo, no puede considerarse en el marco de la simple potencialidad, por el contrario, ha de identificarse claramente como idóneo en la producción del daño. En cualquier caso, en el derecho de seguros español, no existe unidad de criterio y en muchos casos ha de acudir a la decisión de los tribunales para determinar la real causa productora del siniestro.

Todo lo anterior, permite inferir que el interés por establecer la causa eficiente del siniestro es connatural a la institución del seguro en las diversas legislaciones. De hecho, en la estructuración de la relación contractual hay que partir del principio de que en caso de provocación intencionada del siniestro quedará excluido del pago de la indemnización.

Es por ello que el fenómeno de la agravación del riesgo ha de examinarse con el rigor que impone la diligencia y cuidado para siempre acceder a la prestación asegurada, en franca lid, pues su desatención podría considerarse como un factor provocador del siniestro. En consecuencia resulta esencial determinar si la agravación en sí misma fue la que generó el siniestro o simplemente ha influido en su ocurrencia.

Bien lo apunta Latorre (2000) al señalar que:

En el plano teórico, las diferencias resultan de fácil comprensión. Mientras la provocación del siniestro presupone el comportamiento culposo y conlleva necesariamente la realización del riesgo, la agravación puede tener orígenes diferentes, desvinculados del sujeto asegurado y no lleva aparejada la verificación del siniestro⁹. (Soto, citado por Latorre, 2000, p. 102).

En Colombia, el ordenamiento jurídico no subordina la agravación del riesgo a que se presente el siniestro, como quiera que lo que se sanciona es la ausencia de notificación del hecho agravante que el hecho en sí, tal como lo afirma Carlos Ignacio Jaramillo (2012) en los siguientes términos:

Quiere entonces significar lo anterior, que si el siniestro se realiza dentro de los diez días hábiles que otorga la ley para el cumplimiento de la carga informativa que gravita sobre asegurados y tomadores, el asegurador no podrá prevalerse de la agravación del estado del riesgo, por acentuada y desestabilizadora que sea o pueda ser, toda vez que indefectiblemente deberá honrar la palabra otrora empeñada. En estas condiciones no habrá mora o anomalía que sancionar. (p. 511).

De conformidad con lo mencionado la agravación contemplada en el artículo 1060 sanciona el quebrantamiento del deber informativo, precisamente por constituirse en un incumplimiento de orden legal.

4.5.5 Conocimiento de la agravación del riesgo con ocasión del siniestro.

Es preciso analizar a la luz del derecho Español, conforme los parámetros vistos, que la agravación del riesgo bien puede salir a la luz una vez realizado el riesgo. Frente a este tópico la doctrina española que hemos venido comentando de Latorre (2000), presenta el siguiente planteamiento:

⁹ Latorre citando al profesor Alonso Soto, R., El seguro de la culpa. Quien añade otra diferencia relativa a los efectos jurídicos: la provocación determinará la liberación del asegurador o el pago de la indemnización según las condiciones de asegurabilidad del riesgo; la agravación <traerá como consecuencia bien la rescisión del contrato o bien la caducidad o decadencia del derecho del asegurado>.

Nos encontramos, ante instrumentos al servicio del desequilibrio de las prestaciones que, a diferencia de los vistos hasta ahora – rescisión, modificación contractual -, actuarán a posteriori y que, a nuestro entender, no velan tanto por el restablecimiento del equilibrio roto (por lo que ya no sería tan adecuado hablar de mecanismos correctores) sino porque el asegurado no se enriquezca injustamente con el cobro de la indemnización. La actuación de los instrumentos jurídicos – liberación total o parcial del pago de la prestación indemnizatoria – se supedita a que el asegurador desconozca la agravación del riesgo o, más exactamente, a que la conozca con ocasión del siniestro, pues si hubiera tenido conocimiento de ella y no hubiera actuado en consecuencia, no podrá después prevalerse de los efectos referidos. Puede suceder, sin embargo, que el asegurador tuviera conocimiento de la agravación y, no habiendo transcurrido los plazos legales para ejercer la rescisión o la modificación del contrato, sobreviniera el siniestro... (pp. 202 – 203).

Esta ilustración lleva a reflexionar sobre los casos en que el asegurador bien puede haber conocido de la agravación del riesgo y no en pocas ocasiones no toma acción alguna frente a la infracción, bien porque no adopta posiciones concretas frente a la suerte o subsistencia del contrato de seguro ante la identificación de la falta de información de las circunstancias agravatorias, ora porque resuelva, renovar la cobertura al cabo de determinada vigencia o introducir modificaciones al contrato de seguro sin presentar reparo frente al hecho de la agravación.

Desde luego, que el conocimiento de la agravación del riesgo impide al asegurador esgrimir tal figura a su favor, cuando de resolver el siniestro sobreviniente se trata, en tanto que podría interpretarse como que se consintió en la agravación acaecida.

Sobre este particular aspecto Latorre (2000) expone:

A diferencia de otras legislaciones, la española no contiene una previsión al respecto. El silencio legal, que probablemente obedece a la obviedad de la misma, ha llegado, no obstante, a confundir al Tribunal Supremo en alguna ocasión. Así, en particular, en la sentencia de 22 de diciembre de 1992, el alto Tribunal entiende que las sanciones del art. 12.2 LCS son aplicables cuando, conocida por el asegurador la agravación y

transcurrido el plazo normativo para rescindir el contrato sin que el asegurador haya ejercitado su derecho, sobreviene el siniestro¹⁰.

A pesar de que en el caso de autos, el asegurador tuvo conocimiento de la agravación del riesgo y dejó transcurrir los plazos legales sin ejercer sus derechos, el Tribunal condenó a la aseguradora al pago de la indemnización, aunque proporcionalmente reducida a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiere aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, cuando, en realidad, el asegurado tenía derecho al cobro íntegro de la misma. (pp. 204 - 205).

En cualquier caso, es importante destacar que el supuesto conocimiento del asegurador, deberá ser probado por quien lo alega, esto es, por el asegurado que persigue ser indemnizado.

Ahora bien, importa considerar la sobreviniencia del siniestro debida esencialmente a la agravación, para destacar que la realidad prevalece sobre la probabilidad y se demuestra que aquella posible influencia se ha verificado en concreto, nada impide que los efectos jurídicos asociados al fenómeno de la agravación, se apliquen. Para el efecto, es claro que la conducta omisiva en ejercer los controles con el rigor que imponen los específicos procedimientos reglamentados e implementados durante la ejecución contractual, tienen sensible influencia en la ocurrencia del siniestro.

¹⁰ Comentario citado por esta autora en cita 143: "El supuesto de hecho de la sentencia es el siguiente: producido un primer robo, que no es objeto de litigio, en el establecimiento del asegurado en el mes de abril de 1988, el asegurador tiene conocimiento, por medio del correspondiente informe pericial, de que las dos puertas de acceso a dicho establecimiento no estaban blindadas, como, sin embargo, se hacía constar en la solicitud o propuesta del seguro, circunstancia que había determinado la aplicación de una prima reducida en un 15 por ciento. El asegurador rehúsa el siniestro debido a la declaración inexacta del tomador y anula la póliza a primeros de agosto, si bien dicha anulación no se acepta por el asegurado. La noche entre el 12 y 13 de agosto se produce un segundo robo, objeto de litigio. En algún momento intermedio (la fecha reflejada en la sentencia no es congruente con el resto de los hechos), el asegurado, a instancias del asegurador, blindó la puerta que fue forzada en el primer robo y lo comunica al asegurador, utilizándose en este segundo robo la otra puerta".

El comentario que sobre este particular trae Latorre (2000) se ilustra en las líneas siguientes:

Como es sabido, la necesaria influencia sobre el riesgo es requisito esencial de la agravación; tal exigencia, sin embargo, no se predica respecto del siniestro. Ello implica la suficiencia de que las circunstancias agravatorias aumenten el grado de probabilidad de que se verifique el evento asegurado o la intensidad de sus posibles consecuencias dañosas (...) el hecho agravatorio es susceptible de producir efectos jurídicos aun con anterioridad a la verificación del siniestro (...) cuando el siniestro se ha producido, puede resultar desafortunado, desde el punto de vista de la equidad, eximir al asegurador del pago de la indemnización cuando la agravación silenciada no haya tenido ninguna influencia en la producción del siniestro...

En efecto la posibilidad de que ante una omisión que en nada ha determinado la supervivencia del siniestro se justifique la liberación de la prestación del asegurador, no parece conforme a criterios de justicia. Para suavizar la situación, nada obstaría como sostiene VITEBRO, a una distinción de efectos jurídicos según la resolución del contrato se instara antes de o después de verificarse el siniestro. En el primer caso, sería necesario evaluar el efecto de la circunstancia agravatoria sobre el riesgo; es decir, juzgar en abstracto si podría tener alguna influencia sobre un eventual siniestro. (pp. 209 – 211).

Ahora, a la luz del derecho colombiano ha sido la Corte Suprema de Justicia la que se ha pronunciado sobre este aspecto en los siguientes términos:

... el deber de comunicación recae sobre los hechos y circunstancias que generan el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas, pero si el riesgo es agravado por las anotadas circunstancias y éstas son notificadas al asegurador en la forma y términos establecidos por el ordenamiento jurídico, el seguro subsiste con todos sus efectos mientras el asegurador ejerce la opción prevista en el inciso 3º del citado artículo 1060, por cuanto a partir de ese momento, su existencia dependerá del arbitrio del asegurador, quien podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima a que hubiere lugar; pero si no se cumple con esa carga de información se produce la terminación del contrato, y si la omisión es imputable a la mala fe del asegurado o tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada. (Corte Suprema de justicia del 02 de Marzo, 1999, Exp. 11001 3103 039 1999 01 682 01).

De conformidad con lo anterior, se reitera que en Colombia es irrelevante si los hechos que agravan el riesgo producen el siniestro o no, lo que produce la

terminación del contrato de seguro es la omisión de la notificación al asegurador en los términos señalados en la ley.

4.6 Fundamento Jurídico de la Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros Colombiano

En Colombia, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado por dotar de fundamento científico al régimen asignado a la agravación del estado del riesgo en el contrato de seguro. Se contempla que cuando circunstancias extraordinarias e imprevisibles se presentan durante la ejecución del contrato, de tal forma que afecten su equilibrio prestacional, en desmedro de una de las partes y en contravía de principios como el de la buena fe, el rechazo del abuso del derecho, la cooperación contractual entre otros, se ha de permitir que el contrato llegue a ser ajustado. Es así que se ha señalado que éste régimen está permeado directa o indirectamente por una de las siguientes teorías que tratan esta circunstancia y que fueron recopiladas por Carlos Ignacio Jaramillo (2012) así:

1. La de la Estipulación o cláusula rebus sic stantibus, dentro de la cual algunos incluyen la teoría de la imprevisión. Esta teoría proclama que los contratos de tracto sucesivo se tornan vinculantes en tanto las cosas permanecieran en el mismo estado tomado en consideración al momento de contratar, por consiguiente, cualquier modificación posterior, se estimaba que había alterado lo querido por las partes, así expresamente ellas no hubieran contemplado este supuesto. Esta estipulación está implícita en los contratos de ejecución sucesiva excepto en los contratos aleatorios. En Colombia el artículo 868 del Código de Comercio la consagra.

2. La Teoría de la presuposición: según la cual se contrata en el entendido de que no variarán las circunstancias esenciales que rodearon la celebración del negocio jurídico, pues fueron éstas circunstancias las que determinaron la contratación. En consecuencia si nuevas circunstancias alteran la esencia de lo convenido originariamente, el negocio no puede desplegar su eficacia, justamente por haber fallado el presupuesto del que dependía su supervivencia negocial.

3. La Teoría de la base del negocio jurídico: la estructura negocial está integrada por las circunstancias de orden fáctico o fenomenológico sobre las cuales las partes edificaron su acuerdo. Por tal

motivo la base del negocio jurídico está determinada por la representación mental realizada por una de las partes al momento de su celebración, cuando circunstancias imprevisibles se materializan durante el desarrollo de la relación jurídica haciendo más onerosa la situación de uno de los contratantes es posible acudir a la resolución contractual. Por consiguiente la revisión contractual se justificará en aquellos casos en que las circunstancias imprevistas o imprevisibles alteren las bases del negocio, es decir, la intención subjetiva que cimentó inicialmente el contrato.

4. Teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida: el deudor no resulta obligado a ejecutar la prestación debida, cuando se torne excesivamente onerosa, es decir se altera en forma apreciable y relevante el equilibrio de las prestaciones aceptado originariamente. Lo que se pretende a través de esta teoría es no tolerar el ruinoso sacrificio económico del deudor en correlativa ventaja para el acreedor.

5. Teoría de la Imprevisión: En Colombia, el ordenamiento nacional sujeta la aplicación de la teoría de la imprevisión a la condición de que las circunstancias extraordinarias hayan alterado las circunstancias objetivas o subjetivas sobre las cuales se elaboró el acuerdo y se edificó su eficacia y vinculatoriedad. (p. 394).

El profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2012) observa que “no es posible divorciar el régimen de la agravación del estado del riesgo en el contrato de seguro del régimen asignado a la imprevisión contractual “por tal motivo, coincide con lo manifestado por el también profesor Andrés Ordoñez en que el “régimen de agravación del riesgo en el contrato de seguro no es sino una manifestación restringida y específica de la teoría de la imprevisión” (p. 394).

Efectivamente examinados los presupuestos que señala la normatividad comercial colombiana para que se configure la revisión del contrato, por circunstancias imprevistas en cada uno de los regímenes consagrados tanto en el artículo 868 como en el artículo 1060, no queda otro camino que concluir que a pesar de la restricción señalada en el primero, (*no se aplica a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea*), en lo que tiene que ver con la imposibilidad de aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios a través del

artículo 1060, se permite su aplicación de una forma explícita y sin lugar a interpretaciones diferentes.

4.7 Efectos Jurídicos de la Modificación Unilateral del Contrato Garantizado por parte de la Entidad Estatal Contratante, sin que Medie el Consentimiento del Asegurador

Para el cumplimiento de los fines de la contratación a través del artículo 14 de la ley 80 de 1993, se da a las entidades estatales los siguientes medios: 1) ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. 2) pactar cláusulas excepcionales al derecho común en los contratos que tengan por objeto una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

Los medios y la forma como se ejercen la vigilancia de los contratos estatales fue presentada en el capítulo tercero de este trabajo de investigación, por lo que corresponde ahora detenerse específicamente en la modificación unilateral como cláusula excepcional, toda vez que esta facultad otorgada por la Ley incide directamente en el riesgo, asumido por el contrato de seguro de cumplimiento.

Sin embargo, antes de detenerse en esta facultad es preciso mencionar que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, señala que las cláusulas excepcionales al derecho común, son: La de caducidad, las de terminación, interpretación y modificación unilaterales que deben llevarse a cabo bajo los parámetros que establecen los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993; estas cláusulas se entienden incluidas en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, o la

concesión de bienes o servicios del Estado, así como en los contratos de obra sean o no pactadas expresamente dentro del contrato.

Ahora bien, para efectos de la agravación del riesgo, la cláusula excepcional de modificación unilateral del contrato estatal, es la que directamente incide en el riesgo objetivo asumido por el asegurador. Esta cláusula fue tratada por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-949 de 2001 en los siguientes términos:

La modificación unilateral del contrato estatal constituye una facultad que el legislador, en uso de su facultad configurativa, le ha otorgado a la administración cuando ésta actúa como contratante en un negocio jurídico de carácter estatal. Esta prerrogativa pública o privilegio contractual que tiene la administración es de naturaleza reglada, porque para poder ejercerla debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, previa garantía del debido proceso. Además, esta medida, que debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, se encuentra revestida de la presunción de legalidad y como tal adquiere el carácter de obligatoriedad, de ejecutividad y de eficacia. Es decir, que la modificación unilateral no es discrecional ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento. (Sala Plena de la Corte Constitucional - Sentencia C-949, 2001, Exp. D-3277).

Efectivamente, el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, es la disposición normativa que establece la facultad de la administración de modificar unilateralmente el contrato garantizado; está en cabeza de la entidad estatal porque ella tiene la dirección general del contrato y la responsabilidad de ejercer su control y la vigilancia para el cumplimiento de los fines de la contratación del Estado.

Es claro que las facultades otorgadas en estos casos a la administración, están orientadas a evitar que el objeto contratado sufra traumatismos y lleve a su paralización, afectando de paso la adecuada y oportuna prestación del servicio

que el Estado provee a sus gobernados, en este contexto tiene prevalencia el interés público o social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional como lo resalta la jurisprudencia referida, en tanto que el objetivo último de la contratación pública es el acatamiento de los fines a que alude el artículo 2° del Estatuto Contractual.

En este contexto, es inobjetable que en materia de contratación pública, la administración queda revestida de facultades excepcionales como la que consagra el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, que alude a la modificación unilateral del contrato estatal, sin perder de vista los límites previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y en la misma Ley 80, como es que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, imparcialidad, publicidad, etc., es decir, que así sea bajo la figura de la modificación unilateral, la administración debe ceñirse a los parámetros legales establecidos en la ley, para poder ejercer este poder, tal como se expresa en el acápite 3.6 del capítulo tercero de esta investigación, en donde se enuncian los derechos y deberes de la entidades estatales.

Ahora, el que la variabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la simple voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el 13 de agosto de 2009 expresó: "...la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal..." (Consejo de Estado del 13 de Agosto, 2009).

Conforme lo anterior, es preciso resaltar que la justificación para proceder a la modificación del contrato debe cumplir los presupuestos legales y una vez cumplidos, la modificación puede ser fruto de un acuerdo de voluntades o de una decisión unilateral de la entidad contratante en ejercicio de su función de dirección del contrato. Pero se hace necesario no perder de vista que la modificación del contrato no puede ser de tal magnitud que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato.

No obstante lo manifestado, en lo que hace relación con las causas señaladas en la Ley para que se den las condiciones que lleven a la modificación del contrato, el Consejo de Estado ha dejado claro que:

...el artículo 16 no califica en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio, de manera que es indiferente que fueran conocidas o, si debieron serlo, si se previeron y fracasaron los mecanismos para su regulación, etc. En la actualidad, y dada la teoría constitucional que subyace en materia de prestación de servicios públicos a cargo del Estado, la mejor y más eficiente prestación de ellos, aún en caso de error o culpa de la administración, es razón suficiente para su modificación... (Subrayado ajeno al texto). (Consejo de Estado del 13 de Agosto, 2009).

Con base en lo expuesto es posible que la modificación sea necesaria aunque sea consecuencia de falta de previsión de la entidad o por circunstancias inherentes a ella, independiente de esta situación, debe darse, aunque ello no exime a los funcionarios de la responsabilidad disciplinaria correspondiente.

Aún en el evento que sea responsabilidad de la entidad estatal contratante, las circunstancias que llevan a la modificación unilateral del contrato, ésta entidad cuenta con unas restricciones sustanciales que tocan directamente con el interés

público, la buena fe y la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas, tal como lo señala en su obra Escobar Gil (2003, pp. 301 – 310).

En efecto, se debe entender por interés público la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, que satisfacen los intereses de la colectividad; por buena fe el conjunto de normas morales recogidas por el ordenamiento jurídico y que la administración no puede desatender, como el actuar con diligencia, lealtad, cooperación en procura de orientar la ejecución del objeto contractual hacia la prestación de los servicios públicos. Y la equivalencia económica del contrato como la compensación económica por los mayores costos o la disminución de utilidades que deba soportar el contratista.

En concordancia con lo señalado el Consejo de Estado (2011) se ha pronunciado en los siguientes términos:

Uno de los principios que rige los contratos de la administración es el de mutabilidad, en virtud del cual tiene ésta la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular. Pero, el ejercicio del ius variandi, según quedó visto, también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, que se configura cuando la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato altera las condiciones existentes al momento de contratar. De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducirle variaciones y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Este poder de modificación de la administración es limitado, dado que debe respetar, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el cocontratante particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento; y, además, en todo contrato al disponerse la modificación de la realidad contractual, debe mantenerse el equilibrio económico del contrato, debiendo indemnizar al contratista cuando esas modificaciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios. En relación con la indemnización resultante a favor del contratista en estos eventos en

los que el equilibrio de la ecuación contractual se ve afectado por el ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral del contrato por parte de la administración, ha señalado esta Sección que "...el ejercicio del IUS VARIANDI hace nacer, en favor del contratista-colaborador de la administración, el derecho a que se mantenga en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica, pagándole el mayor trabajo realizado. Esto se explica no sólo a la luz de la ley sino también del Derecho, y de los supremos valores que lo informan, entre los cuales el de justicia lo explica todo. (Subrayado ajeno al texto). (Consejo de Estado - Sentencia del 31 de Agosto, 2011).

La jurisprudencia citada se fundamenta y desarrolla lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 4, de la Ley 80 de 1993, que establece como deber de la entidad estatal:

Actuar de tal modo que por causas a ella imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordará los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse. (Ley 80 - Congreso de la República, 1993, art. 4).

Ha sido reiterativo el Consejo de Estado (2007) en salvaguardar los derechos económicos de los contratistas, cuando la entidad estatal contratante hace uso de sus potestades contractuales, como la modificación unilateral del contrato, es así como la Sección Tercera haciendo un recuento de las normas que han regulado la modificación unilateral señala que han permanecido invariables los derechos reconocidos a los contratistas afectados así:

Tanto el Estatuto de Contratación vigente para la época en la cual se celebró y ejecutó el contrato de obra pública No. 051 de 1991, Decretoley 222 de 1983, como la Ley 19 de 1992 que le otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para expedirlo, regularon el derecho al restablecimiento de la ecuación económica del contrato en favor del contratista y a cargo de la Administración cuando en virtud del ejercicio de sus potestades ordenara la modificación o terminación del mismo. Así, el artículo 6º de la ley 19 de 1992 fue claro al disponer que cuando por la orden de modificación de los contratos, impartida por la Administración "...se deriven nuevos costos a cargo del contratista, éste tendrá derecho a ser reembolsado por ellos"; igualmente estableció el derecho del contratista a no aceptar la continuidad del contrato cuando

tales modificaciones superaran el porcentaje definido por el Estatuto de Contratación. En desarrollo de esta norma, el Decreto-ley 222 de 1983 en su artículo 20 fijó las reglas que debían observarse cuando por razones de interés público, la Administración decidiera ejercer sus facultades de modificación unilateral del contrato, (potestas variandi) entre las cuales se destacan: “b) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista; d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes; e) Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación”; y en el artículo 22 otorgaba el derecho al contratista de desistir del contrato cuando su valor variase en más de un 20%; todas estas pautas encaminadas a mantener la equivalencia de las prestaciones del contratista y a proteger la economía del contrato, cuando quiera que sobreviniera su modificación unilateral por razones de interés público. (Subrayado ajeno al texto). (Consejo de Estado – Sentencia del 20 de Agosto, 2007).

También la doctrina colombiana se ha pronunciado en lo relacionado con las características y los requisitos que se deben cumplir para que una entidad estatal pueda proceder a la modificación unilateral de un contrato, para tal efecto es preciso citar lo señalado por Samuel Yong Serrano (2013), así:

1. Su empleo está signado por razones de interés público. Es decir, solo se puede tomar esta medida para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público.
2. La facultad que se le otorga a la administración contratante, es una potestad reglada (C-949 de 2001).
3. Su utilización tiene una restricción temporal. Solo se puede aplicar durante la ejecución del contrato.
4. Las razones de interés público, que permite su utilización deben responder a causas imprevistas. No se puede recurrir a la potestas variandi para solucionar “ex post facto” carencias que ya existían al momento de celebrar el contrato ni para encubrir una mala planeación del mismo que afecte posteriormente la igualdad de los derechos y obligaciones de las partes surgidos al momento de la protesta.
5. Solo se puede tomar la medida de manera unilateral, en el evento de no llegarse a un acuerdo con el contratista.
6. El contratista está obligado a observar la medida, siempre y cuando, la modificación no altere el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial del contrato. De no estar de acuerdo con la modificación en el porcentaje señalado o que supere ese umbral, puede renunciar a la ejecución del contrato; en tal caso se debe proceder a liquidarlo y tomarse las medidas por parte de la entidad para seguirlo ejecutando.
7. La modificación del contrato que conlleve una adición en su valor superior al 50% está prohibida.

8. La modificación del contrato estatal solo se puede surtir si se cuenta con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, con el fin de amparar las variaciones que se pretenden introducir. El contratista tiene derecho a que se le compense para mantener el equilibrio económico del contrato.

9. No se permite cambiar ni el contratante, ni el contratista.

10. No se puede modificar la naturaleza ni el fin del contrato, por cuanto se estaría atentando contra el consentimiento del contratante y el principio de legalidad del gasto público (...).

11. Tampoco se pueden cambiar las bases de la convocatoria pública, pues se violentaría el principio de igualdad y de buena fe, en virtud de los cuales no se pueden modificar aquellos elementos del contrato, que en la etapa de evaluación de las propuestas hayan tenido incidencia en el orden de elegibilidad de los oferentes.

12. Se deben respetar las ventajas económicas otorgadas al contratista. Puesto que, la modificación no debe utilizarse para aumentar o rebajar las ganancias del contratista. (pp. 228 – 230):

De conformidad con lo expuesto es claro que la ley otorga al contratista el derecho de conservar las ventajas del contrato y el equilibrio financiero del mismo, cuando se presenta la modificación unilateral por parte de la entidad estatal contratante. A su vez la jurisprudencia y la doctrina han venido enriqueciendo éste derecho otorgado al contratista, quien para efectos de la garantía que respalda el contrato se considera el afianzado.

No obstante lo anterior, las modificaciones introducidas por la entidad contratante al contrato garantizado, pueden hacer más gravosas las responsabilidades del contratista y es ahí donde el riesgo asumido a través de la garantía que respalda el contrato suscrito entre la entidad contratante y su contratista puede verse afectado seriamente.

En efecto, el objeto del seguro de cumplimiento bajo el cual aparece vertida la conocida figura de la “Garantía Única” según se dispone en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que fue derogado por el artículo 32 de la Ley

1150 de 2007 y en su lugar se encuentra vigente el artículo 7 de ésta última Ley, dispone:

ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto.

Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

(...) Subrayado ajeno al texto. (Ley 1150 - Congreso de la República, 2007).

Con base en esta disposición el profesor Andrés Ordoñez (2011), manifiesta que el legislador desarrolló el principio de economía general de la contratación estatal, orientado al cubrimiento de los riesgos que se derivan de la contratación pública.

Este artículo ha sido reglamentado en varias oportunidades; siendo la reglamentación vigente la consagrada en el en el artículo 2.2.1.2.3.1.7., y siguientes del Decreto 1082 de 2015 en los cuales se detalla el alcance de los amparos que debe incorporar la garantía de cumplimiento.

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.3.2.5., del mismo decreto reglamentario, estipula el tema relacionado con la “Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro. La garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocado unilateralmente” (Decreto 1082 , 2015, art. 2.2.1.2.3.2.5).

Dada esta restricción legal frente a la irrevocabilidad del contrato de seguro de cumplimiento expedido a favor de entidades estatales, se entendería en gracia de discusión, que aún el incumplimiento del asegurado en la notificación de la

modificación unilateral del contrato garantizado al asegurador, resultaría improcedente para alegar la agravación del estado del riesgo.

Pues, ello no es así. Una cosa es la facultad excepcional con que cuenta la administración pública para modificar unilateralmente el *“contrato garantizado”*, y otra sustancialmente distinta, la relativa al incumplimiento del deber de notificar por escrito al asegurador, los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del seguro, en virtud de la obligación de mantener el estado del riesgo, que de acuerdo con el citado artículo 1060, recae en cabeza del *“asegurado o el tomador según el caso”*.

En efecto, una modificación unilateral al contrato garantizado, por parte de la entidad estatal contratante, no debe hacerse a espaldas del asegurador, en tanto que a la luz de la tesis del equilibrio de las prestaciones contractuales, el precio del seguro o *“prima”* se fijó de acuerdo con las condiciones existentes al momento del otorgamiento de las coberturas contratadas, y perfectamente podría ocurrir que las modificaciones sean atentatorias al mantenimiento del citado equilibrio en detrimento de los intereses de la compañía de seguros.

Así las cosas, el efecto jurídico de la modificación unilateral del contrato garantizado por parte de la entidad estatal contratante, haciendo más gravosas las obligaciones a cargo del contratista y sin que medie el consentimiento del asegurador, conllevará la consecuencia que trae el citado artículo 1060 del Código de Comercio (1971) en su inciso tercero y que a la letra dice: *“...La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada...”* (Art. 1060).

En este orden, se extingue la relación contractual derivada del seguro hacia el futuro, subsistiendo lo actuado en virtud del contrato de seguro hasta ese momento (Gómez, 2014, p. 300).

Las consecuencias jurídicas de la terminación van más allá de la cesación de los efectos contractuales, en tanto se establezca si la aludida falta de información haya obedecido a una conducta de buena o mala fe, toda vez, que si hubo mala fe, podrá el asegurador retener la prima no devengada, y en caso contrario deberá restituir esa parte.

Estos mismos efectos jurídicos tendrán lugar en caso de que la modificación al contrato garantizado **sobrevena por acuerdo entre las partes contratante y contratista** sin que medie el consentimiento del asegurador. Pues, como se indicó antes, la norma deja en cabeza del tomador o del asegurado según el caso, el deber de información o notificación a la compañía de seguros sobre hechos y circunstancias que conlleven agravación del estado del riesgo.

La modificación unilateral del contrato por parte de la entidad estatal influye directamente en la garantía que lo respalda, por cuanto el objeto de las obligaciones garantizadas es lo que determina el riesgo asegurado en la garantía de cumplimiento.

Como lo señala el Profesor Narváez Bonnet (2011):

... Bajo esta clase o modalidad de seguros, el riesgo lo determina el contratista y el respectivo contrato y por ello se habla del perfil subjetivo y objetivo del riesgo.

El riesgo objetivo lo constituyen las obligaciones que asume el contratista y la responsabilidad que éste asuma de acuerdo con las estipulaciones contractuales... (p. 150).

En efecto, en lo que tiene que ver con el contrato que garantiza el cumplimiento del contrato estatal, es decir, el seguro de cumplimiento, es preciso traer a colación lo señalado en el acápite del deber de información que hace parte del capítulo segundo de esta investigación, por cuanto el deber de información sobre el estado del riesgo es transversal al contrato de seguros y el mantenimiento del estado del riesgo tiene como propósito preservar durante la ejecución del contrato de seguro las condiciones esenciales que llevaron al asegurador a dar su consentimiento y a que se mantenga la ecuación entre riesgo asegurado y precio del contrato.

En este orden de ideas, la variación del riesgo a través de la modificación unilateral del contrato, incide en el compromiso obligacional del asegurador, cuando dichas modificaciones favorecen la ocurrencia del siniestro, por eso con base en los principios de publicidad y de la buena fe, se puede colegir que la entidad estatal contratante, que funge como asegurado, dentro del contrato de seguro de cumplimiento, tiene la obligación de informar al garante de las modificaciones del contrato garantizado y vincularlo al proceso que se adelante para tal efecto, es decir, antes de la expedición del acto administrativo. Si esta información se llegare a omitir por parte de la entidad estatal contratante se generan unas consecuencias a la luz del artículo 1060 del Código de Comercio (1971) como es la terminación del contrato de seguro.

Pero si ésta información es notificada al asegurador en los términos señalados en el artículo 1060 del Código de Comercio Colombiano (1971), al asegurador le quedan dos alternativas únicamente: una es solicitar el reajuste del valor de la prima y la otra es continuar con la cobertura del contrato sin ejercer

éste derecho, pues como se ha venido señalando la revocación de la garantía no es una opción, por cuanto está prohibida expresamente por el estatuto de contratación estatal.

En efecto, el Artículo 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015 dispone la Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro de cumplimiento así: “La garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente” (Decreto 1082 , 2015, art. 2.2.1.2.3.2.5).

En cuanto a la facultad de revocación que tiene el asegurador en virtud del artículo 1071 del Código de Comercio (1971), es preciso anotar que ésta tiene lugar cuando por voluntad unilateral de una de las partes se da por terminado el contrato de seguro, en tanto que la terminación consagrada en el artículo 1060 se presenta por el incumplimiento del deber informativo consagrado en la norma legal.

Por otra parte es pertinente resaltar que cuando la modificación supone únicamente una variación de cantidades que conlleva un aumento o disminución de valor, se genera por parte de las partes la obligación de solicitar al asegurador el anexo modificadorio que refleje dicha variación, lo cual implica un ajuste al valor del seguro y con ello al valor de la prima, circunstancia que no genera mayor discusión.

Ahora bien, desde el aspecto estructural del contrato de seguro, cuando la entidad estatal que funge dentro de la garantía de cumplimiento, como asegurado, introduce modificaciones al contrato suscrito con su contratista, está efectuando

modificaciones a uno de los elementos esenciales de la garantía que respalda ese contrato, es decir el riesgo asegurado.

Es preciso recordar que el riesgo asegurable es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, conforme lo señala el artículo 1045 del Código de Comercio (1971), por tal motivo su afectación toca directamente la existencia misma del contrato de seguro.

En efecto, el riesgo en los seguros de cumplimiento tiene una connotación muy especial, pues para que la responsabilidad del contratista se vea comprometida y surja el derecho a la indemnización en cabeza del asegurado, es necesario que el incumplimiento del contratista le sea imputable. Por consiguiente, si las modificaciones realizadas por el asegurado al contrato, alteran las obligaciones del contratista y hacen inminente y más gravoso su incumplimiento, es claro, que éstas modificaciones afectan de manera directa el contrato de seguro de cumplimiento, por cuanto el riesgo, como elemento esencial está siendo modificado.

Ahora bien, afectado uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, es apenas lógico y predecible que se extinga la relación contractual derivada del seguro hacia el futuro, subsistiendo lo actuado hasta ese momento en que se presenta la modificación y no es notificada al asegurador en los términos dispuestos por la ley.

Vale la pena resaltar que una vez presentado el hecho de interés público que obligue una modificación unilateral del contrato garantizado que implique para el contratista garantizado una agravación de su situación y ésta modificación se realice sin que le sea notificada al asegurador, éste último puede hacer uso del

derecho que le otorga el artículo 1060 del Código de Comercio (1971), en el sentido de terminar el contrato de seguro pues la legislación comercial (que regula el contrato de seguro) no contempla ninguna excepción a la aplicación de ésta norma y como lo señala el principio general de interpretación jurídica: “donde la ley no distingue, no le es dable al interprete distinguir” (art. 1060).

Ahora bien, esta conclusión, no ha sido materia de amplio estudio por parte del Consejo de Estado. Y la precaria jurisprudencia que hay se ha limitado a señalar que una vez se presenta el siniestro en el seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, la forma como se hace efectiva ésta garantía es diferente a la que se realiza cuando se trata del seguro de cumplimiento en favor de personas particulares, por cuanto en ésta última el asegurado debe dar aviso del siniestro al asegurador y cumplir con los requisitos enunciados en el artículo 1077 del Código de Comercio (1971), artículos que considera esta alta Corte no son le aplicables a las entidades estatales, como tampoco los que tienen que ver con el riesgo., y así lo expresa el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Quando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (C.Co., art. 1058), pagar la prima (C.Co., art. 1066), mantener el estado del riesgo (C.Co., art. 1060), notificar sobre circunstancias sobrevivientes que agraven o varíen el riesgo (C.Co., art. 1066), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (C.Co., art. 1075), etc., sola aseguradora (C.Co., art. 1071). (Consejo de Estado - Sentencia del 30 de Enero, 2008).

Así las cosas, conviene estudiar si a la luz de los principios que regulan la contratación ésta inaplicabilidad es procedente, pues conforme con la regulación del contrato de seguro plasmada en el Código de Comercio (1971), el artículo 1060 es plenamente aplicable.

En primer lugar en virtud de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza” (Ley 80 - Congreso de la República, 1993, art. 40), Esto no tiene explicación diferente a que la regulación del Código de Comercio le es aplicable a la garantía de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales en los aspectos que no han sido regulados expresamente tanto por la Ley 80 como por el Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, bajo las relaciones que nacen de un contrato de seguro, se generan per -se deberes a las personas que intervienen en esa relación, éstos deberes fueron señalados y definidos en el capítulo segundo de este trabajo de investigación y vale la pena volver sobre ellos, pues dentro del principio constitucional de la Buena fe integradora no se exceptúa a nadie.

Estos deberes especiales derivados de la buena fe, tienen que ver con la naturaleza del contrato y su finalidad, y surgen como consecuencia del enriquecimiento contractual, por consiguiente, aunque no se pacten expresamente por las partes se incorporan a los contratos en virtud del principio de la buena fe. Dentro de este contexto, están los de información, lealtad, protección, consejo, fidelidad, que imponen que cualquier hecho o circunstancia

que tenga la posibilidad de afectar la garantía, deba ser puesta en conocimiento del asegurador.

Este aviso al asegurador no tiene otra finalidad sino la de darle la oportunidad de tomar las medidas para que se restablezca el equilibrio de la relación contractual que ha sido afectado. Pero si el asegurador no tiene esa posibilidad vería seriamente afectada su posición como parte integrante de una relación contractual. Es el caso de cuando la variación del estado del riesgo es de tal magnitud que lo desnaturaliza, se podría afirmar que la Compañía de Seguros está obligada a continuar respaldando el contrato, a pesar de que uno de los elementos esenciales de la garantía se ve seriamente afectado?

La respuesta a este interrogante en estricto derecho está llamada a ser negativa, pero si la ley le está prohibiendo la posibilidad de revocar el contrato de seguro, qué alternativa tiene el asegurador dentro del marco regulatorio?

La respuesta no puede ser diferente a la de, equilibrar la ecuación prima-riesgo que se está viendo afectada.

Ahora, si esa modificación afecta seriamente las posibilidades de ejecución del contrato, por parte del respectivo contratista, que presagia como muchas veces ha ocurrido, un siniestro, puede la ley obligar a continuar la garantía contractual?

El carácter de garantía del contrato de seguro de cumplimiento, impone que se preserve su permanencia durante el término de vigencia plasmado en la póliza, sin embargo, la misma protección que recibe el contratista cuando se presentan modificaciones que hacen más gravosas su situación y afecta de forma seria su prestación, no se puede predicar también del asegurador?

No puede afirmarse que la agravación del estado del riesgo no opera respecto de la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales, por cuanto si la entidad contratante, que funge como asegurado, no preserva el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado o introduce modificaciones que llevan a vaticinar un siniestro que afecta seriamente los intereses de la aseguradora, ese proceder, resulta ilegítimo, pues genera un desequilibrio prestacional para el asegurador y es a través de la notificación de las circunstancias agravantes del riesgo lo que se pretende conjurar. Si ésta notificación es omitida, tal situación implica un incumplimiento del deber de información y lealtad del asegurado, que legitima al asegurador para dar por terminado el contrato de seguros, conforme lo estipula el artículo 1060 del Código de Comercio (1971).

4.8 Situación del Liberación del Asegurador de su Obligación de Indemnizar, tras la Agravación del Riesgo

El aludido artículo 1060 del Código de Comercio Colombiano (1971), consagra como obligación del asegurado o tomador, evitar responsablemente la agravación del riesgo para no alterar el equilibrio del contrato de seguro tal como en principio fue celebrado, esto en consideración a la ecuación prima- riesgo.

Ahora, una vez presentada la agravación del riesgo, la ley señala imperativamente la obligación de información a cargo del tomador o el asegurado, si se transgrede este deber se presentará la terminación del contrato de seguro, sin embargo, durante el tiempo que el contrato se ejecutó conforme se planteó inicialmente, se generaron plenos efectos.

Es así como el tratadista Carlos Ignacio Jaramillo (2012) lo expresa en forma clara:

Cuando se presenta la figura de la agravación hay evidencia de cobertura inicial, por consiguiente hay contrato de seguro, pero por la aparición de los hechos agravantes que lo desestabilizan, éste podría dejar de producir efectos cuando la entidad aseguradora así lo decide <revocación> o bien porque se incumpla el deber de no agravar el estado del riesgo, o se incumpla la información respecto del hecho o circunstancia agravante, lo que desencadenará en su <terminación>, esto en nuestro ordenamiento. (p. 434).

Efectivamente, la primera parte del artículo 1060, dispone: “El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo...” circunstancia que según lo acotado por el profesor Jaramillo (2012, p. 444) es una obligación que nace directamente de la Ley (*ex lege*). De igual forma éstos sujetos deben proceder a informar al asegurador acerca de cualquier “*novación, transformación o cambio*” determinante, que por su magnitud, esté llamado a alterar negativamente la ecuación del seguro.

Así las cosas, el legislador colombiano le fija al asegurado o tomador la obligación de abstenerse de alterar el estado del riesgo y radica también en su cabeza otra obligación: la de informar al asegurador los hechos o circunstancias que con posterioridad hayan alterado negativamente el riesgo.

De manera que, como lo advierte la doctrina especializada:

El asegurador puede dar por terminado el contrato, de conformidad con el artículo 1060 del Código, en caso de presentarse modificaciones en el estado del riesgo, norma que si bien por excepción resulta razonable aplicar a los seguros de cumplimiento en algunas circunstancias, no lo sería en muchos casos. (Botero, 2012, p. 454).

Pero, ¿en qué casos no aplicaría la agravación del riesgo? Cuando hay variación pero ésta no genera alteración del riesgo o por el contrario se disminuye.

En este orden de ideas la alteración del estado del riesgo debe ser jurídicamente relevante, lo cual implica la afectación de la ejecución del contrato por parte del respectivo contratista, como cuando se incrementa su responsabilidad o se hacen más gravosas sus obligaciones, entre muchas de las modificaciones que se pueden presentar.

Una vez el asegurador **conoce de la agravación** del estado del riesgo la legislación comercial que regula el contrato de seguro plantea las siguientes opciones:

La revocación del contrato, opción que tratándose de la garantía única del seguro de cumplimiento, no puede ejercer el asegurador, por cuanto el Decreto 1082 a través del cual se reglamentan las garantías que se exigen para respaldar los contratos suscritos con las entidades estatales lo prohíbe expresamente

Otra opción planteada por la legislación, es la exigencia de un reajuste de prima so pena de un desequilibrio en la relación jurídica, pues como se señaló en el acápite 4.2. de este capítulo, el valor o costo de la prima en el contrato de seguro, se encuentra representado en una tasa, entendida como unidad de precio fijada por el asegurador en relación con el tipo de riesgo que acepta asumir, si éste es modificado es apenas lógico que modifique también la prima, que se encuentra directamente relacionada con el riesgo.

La continuación del contrato no puede exigirse al asegurador, toda vez que el riesgo asumido por éste, en la generalidad de los casos, debe ser cedido en reaseguro. Si el riesgo es modificado por el asegurado, ésta situación no solo afecta el análisis realizado por el asegurador para la asunción del riesgo, sino también el que hizo el reasegurador, cuando le fue trasladado el riesgo. De tal

forma que para continuar con el cubrimiento del contrato, no solo debe mediar el consentimiento de la compañía de seguros, sino también del reasegurador. Obviar el respaldo del reasegurador y quedar sin éste respaldo se constituye en práctica insegura.

Lo anterior, se fundamenta en lo dispuesto por la Circular Externa número 035 de 2015 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, que establece:

1.6.4. Prácticas inseguras

Se consideran como prácticas inseguras y no autorizadas, las siguientes conductas:

1.6.4.1. La expedición de pólizas de seguro respecto de las cuales la sociedad no haya logrado obtener, mediante el empleo de contratos de reaseguro, colocación en firme del respectivo riesgo, en aquellos eventos en los que la entidad requiera del reaseguro. (Subrayado ajeno al texto)

1.6.4.2. La cesión o aceptación de riesgos en reaseguro facultativo, por funcionarios distintos de aquellos autorizados para tal efecto, con prescindencia de los mecanismos de control secuencial a que alude el subnumeral 1.6.3. del presente Capítulo, sin perjuicio de las facultades propias del representante legal o de la delegación expresa que éste haga para un negocio específico.

1.6.4.3. La celebración de contratos de reaseguro en los que no se verifique una transferencia real del riesgo.

La inobservancia de la presente disposición acarrea la imposición de las sanciones previstas en el EOSF y la suspensión del registro de reaseguradores del exterior REACOEX.

1.6.5. Reporte de Información

Las entidades aseguradoras deben remitir a esta Superintendencia de manera mensual y en la fecha prevista para la transmisión de los estados financieros intermedios y de fin de ejercicio, la información relacionada con las primas cedidas por reasegurador y tipo de contrato, así como las primas aceptadas por cedente y tipo de contrato, para lo cual deben diligenciar las siguientes proformas. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2015).

Dentro de las obligaciones asumidas por las Compañías de Seguro, está el deber de información acerca de cualquier modificación en los contratos suscritos con el reasegurador, de tal forma, que la omisión de este deber puede ocasionar la terminación del respaldo dado por el reasegurador, evento en el cual, si la Compañía de Seguros decide continuar con el riesgo, requiriendo el objeto del

contrato o su cuantía respaldo del reasegurador, podría constituirse en práctica insegura.

Pero ¿cuándo el contrato de seguro cesa en sus efectos, ope legis?

Cuando se presenta la ausencia de la notificación. El inciso segundo del artículo 1060 dispone categóricamente que la **“falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato”**, desde el momento en que se presentó la agravación.

Esta terminación por incumplimiento de la obligación del deber de información, está revestida de carácter sancionatorio.

Independiente de la terminación, como el asegurador ha recibido el valor de la prima por la cobertura dada y el contrato termina con antelación a su vencimiento, el asegurador deberá restituir el valor de la prima no devengada, salvo que se compruebe que el asegurado o el tomador actuaron de mala fe, caso en el cual no habrá lugar a la devolución.

Ahora, contrastando esta situación con la legislación española, se observa cómo en el derecho de seguros español tratado en el acápite 4.4. se gradúa la consecuencia jurídica de la falta de notificación de la agravación del estado del riesgo, llevando al asegurador a tener que responder por la prestación asegurada, aunque en forma proporcional a la real intensidad del riesgo, en tanto que en el derecho de seguros patrio la falta de notificación al asegurador produce la terminación del contrato de seguro y peor aún, de comprobarse la mala fe en dicha falta de notificación, al asegurador le está dado el derecho a retener la prima no devengada.

4.9 Inoponibilidad de Excepciones a la Entidad Estatal Asegurada

De conformidad con el artículo 2.2.1.1.3.2.6., del Decreto 1082 de 2015¹¹;

La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la entidad estatal alegando conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que éste hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista. (Decreto 1082 , 2015).

Para entender el alcance de esta prohibición, es necesario tener en cuenta que la legislación comercial colombiana consagra dos normas complementarias entre sí, la primera de ellas es el artículo 1041, el cual señala, que las obligaciones que surgen del contrato deberá cumplirlas quien se encuentre en capacidad de hacerlo, y la segunda, el artículo 1044, el cual faculta a la aseguradora, a oponerle a cualquiera de estas personas las excepciones que le hubiese podido oponer al tomador, asegurado o beneficiario, salvo que por vía de la autonomía de la voluntad se pacte lo contrario. El alcance de esta facultad se da en el marco que tomador, asegurado y beneficiario sean la misma persona, es decir, una sola persona ostente las diferentes calidades.

Así las cosas, la prohibición consagrada en el Decreto 1082 de 2015, tiene su razón de ser, porque en el seguro de cumplimiento se ven involucradas diferentes personas, uno es el asegurado, que es la entidad estatal, quien también funge como beneficiario de la prestación asegurada y otro es el tomador del seguro, que es el contratista quien traslada el riesgo de su incumplimiento al asegurador. Permitir que operen las excepciones señaladas en el artículo 1044 de Código de Comercio en el seguro de cumplimiento, es consentir que la efectividad

¹¹ Decreto 1082 de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

de la garantía quede en manos del afianzado-tomador, pues es éste quien tiene que satisfacer las obligaciones a su cargo y sobre el cual recaerá la acción de subrogación, si el asegurador llega a indemnizar al asegurado. De tal forma que ante el incumplimiento del contrato garantizado, el tomador propiciaría las conductas que le permitan exonerarse y salir bien librado ante su incumplimiento, hecho que desconfigura la efectividad de la garantía.

Sobre el particular el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (2013) sostiene que:

(...) cuando se trata de garantizar el cumplimiento de obligaciones por parte del tomador del seguro de cumplimiento, la ley no le permite al asegurador oponer a la entidad estatal las excepciones o defensas provenientes de la conducta de aquél, en especial las que refieren a la conducta reticente o las inexactitudes en que hubiere podido haber incurrido, lo cual se traduce según la normativa transcrita que una vez en firme el acto administrativo que declara el incumplimiento o la realización del riesgo asegurado, se constituye en el siniestro, no siendo, por tanto, posible al asegurador la proposición de objeciones.

(...) en un contrato de seguro de cumplimiento, el nacimiento de la obligación a cargo del asegurador está subordinado al acaecimiento del evento dañoso previsto por las partes. Por ende, el siniestro constituye el origen de la obligación de pagar las correspondientes indemnizaciones. El nacimiento de la obligación no puede confundirse con la exigibilidad de la misma. La obligación nace por la realización del riesgo asegurado. La obligación es exigible a partir del momento en que el asegurador está obligado a pagar la indemnización, derivada de la ocurrencia del siniestro.

Por tanto, se concluye que una vez verificado el siniestro, no nace, sino que se consolida el derecho del asegurado a obtener del asegurador el cumplimiento de la prestación, que no es otra que el pago de la correspondiente indemnización. (Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sentencia del 5 de Julio, 2013, Exp. 2012.00304-00).

En definitiva, la procedencia de la prestación asegurada a cargo del asegurador no se encuentra restringida o limitada en virtud de la figura de la oponibilidad de excepciones, en tanto que no aplica al seguro de cumplimiento expedido como garantía de la contratación estatal.

Con relación a este aspecto doctrinantes como Iván Darío Gómez Lee (2013) señalan: “El garante no puede oponerse alegando la conducta del tomador del seguro, por lo que la conducta del tomador frente al garante en nada afectará la efectividad de la garantía” (p. 108).

Y tiene que ser así, por cuanto el riesgo asumido por el asegurador hace relación con los conocimientos y habilidades del contratista, con su capacidad técnica, jurídica, financiera y patrimonial, así como también con su seriedad y moralidad; aspectos que son evaluados por el asegurador para expedir la garantía.

En efecto, es que el riesgo adquiere una connotación muy particular en el seguro de cumplimiento, tal como lo expresa la Corte Suprema de Justicia, así:

Enfatizase sí que se trata en verdad de un seguro, en el que un acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia, exigiendo a cambio el pago de una prima. (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 02 de Mayo, 2002, Exp. 6785).

De acuerdo con lo anterior, el asegurador no puede negar la indemnización argumentando la conducta del tomador, por cuanto este es uno de los riesgos asumidos dentro del seguro de cumplimiento.

Pero esta prohibición, no incluye al asegurado, pues en el seguro de cumplimiento, es la entidad estatal, la llamada a preservar el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado.

Finalmente se hace necesario manifestar que el artículo 2.2.1.1.3.2.6. del Decreto 1082 de 2015, prohíbe al asegurador, esgrimir los errores del tomador para liberarse de la obligación indemnizatoria, pero nada dice en relación con las

consecuencias que se derivan de los errores imputables al asegurado, de tal forma que ante el silencio de regulación para este evento le está permitido al asegurador invocar la terminación del contrato de seguro cuando el asegurado ha incumplido los deberes a su cargo (es preciso tener presente que las entidades no solo deben ceñirse a las cláusulas estipuladas en los contratos que celebran, sino que también deben obediencia a los deberes que señalan las normas del estatuto de contratación y las normas constitucionales como la buena fe).

En este orden de ideas, es claro que ante el incumplimiento por parte del asegurado de la obligación de notificar la agravación del estado del riesgo, el asegurador está legitimado para dar por terminado el contrato seguro.

4.10 La Agravación del Estado del Riesgo y la Sobreviniencia del Siniestro

Cuando se trata del seguro de cumplimiento, la modificación del riesgo versa sobre la extensión y contenido de las obligaciones plasmadas en el contrato garantizado, es decir, el riesgo objetivo. Por ésta razón ese contenido prestacional no puede ser objeto de modificación sin el previo consentimiento del asegurador.

En Colombia, no es necesario que medie un vínculo causal entre el hecho jurídico que agrava el riesgo y el siniestro. Esta afirmación es respaldada por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2012) y un representativo y mayoritario sector de la doctrina, pues, consideran que lo que debe ser objeto de valoración no es el siniestro, toda vez que lo determinante no es la realización del riesgo, sino el resquebrajamiento del estado que tanto asegurado como asegurador (ambas partes) declararon y delimitaron, el cual origina el trastorno de la base negocial y la ruptura del equilibrio contractual.

Así las cosas, lo que debe analizarse es si el hecho agravatorio alteró o no el estado del riesgo primitivamente asegurado y aceptado por los contratantes al momento de la celebración del contrato.

Cuando se hace referencia a que existe ausencia de causalidad entre la agravación del riesgo y la ulterior realización del siniestro, Jaramillo (2012) le da la razón a Cesar Vivante: quien observa:

Que la agravación origine o no el siniestro no es lo que debe enjuiciarse, sino por el contrario si ella alteró o no el estado del riesgo primitivamente asegurado, o sea refrendado por los contratantes al momento de la celebración del contrato... (p. 505).

La cita que Jaramillo (2012) hace de Vivante señala: “[...] la resolución tiene lugar aunque la agravación no haya producido el siniestro o haya cesado antes del siniestro [...] ya que no excluye que se haya destruido la equivalencia entre la prima y el riesgo” (p. 505).

Es claro que lo que se pretende defender a través de la figura de la agravación del riesgo es el desequilibrio presentado en la relación contractual, con la finalidad de restablecerlo, independientemente que el siniestro se presente o no. Así lo confirma el recordado profesor Ossa (1991) cuando afirma: “Lo que importa a los efectos legales es su influencia sobre el riesgo y no su intervención como causa o concausa” (p. 372).

Por otra parte, el profesor Jorge Eduardo Narváez (2011), enfocándose más en lo que las partes declararon y delimitaron, sostiene que:

... es innegable que cualquier modificación que el contratante introduzca de las obligaciones del contratista, debe ponerlas en conocimiento del asegurador antes de formalizar la respectiva modificación, pues la mutación en los términos del contrato garantizado inciden en la extensión y contenido de las obligaciones asumidas por el asegurador y por lo tanto, deben ser autorizadas previamente por éste, para que pueda entenderse

jurídicamente vinculado y la relación asegurativa continúe surtiendo efectos¹². (Subrayado ajeno al texto).

La vinculación mencionada por parte del profesor Narváez, hace relación al respeto por la autonomía de la voluntad del asegurador, que se ve vulnerada si el riesgo es modificado sin contar con su autorización y por tanto alterada la base negocial, sobre la que dio su consentimiento inicial. En consecuencia, haya o no siniestro y sea éste considerado consecuencia de la agravación o no, la situación que sanciona la ley tiene que ver con la afectación contractual que lleva la modificación del riesgo inicialmente acordado por la partes y el abstenerse de dar aviso de ésta modificación para dar oportunidad al asegurador de evaluar el riesgo de cara a la nueva realidad que presenta.

4.11 La Compañía de Seguros Conoce de la Agravación del Riesgo con Ocasión del Siniestro

Es claro que la agravación del riesgo bien puede salir a la luz una vez se presenta el siniestro. Frente a este tópico la doctrina colombiana presenta el siguiente planteamiento (Jaramillo, 2012, p. 511):

Si el siniestro tiene lugar con posterioridad a la modificación del estado del riesgo, pero no han transcurrido los diez días hábiles que la ley da para que se cumpla con el deber de información que tienen tanto asegurado como tomador, el asegurador debe responder por cuanto no se ha materializado la omisión de información que es lo que la ley sanciona con la terminación.

En efecto, la sanción de terminación planteada por el artículo 1060 del Código de Comercio opera hacia el futuro, de una manera estrictamente objetiva,

¹² Concepto Jurídico que se aporta como anexo.

transcurridos los tiempos que se mencionan sin que se cumpla con el deber de información y se produce.

Es pertinente citar el aparte del artículo 1060 del Código de Comercio (1971) que no da lugar a interpretación diferente de la señalada pues establece claramente que una vez se presentan las circunstancias que agravan el riesgo “La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de modificación del riesgo si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador.” (Subrayado ajeno al texto). (Art. 1060).

Conforme lo manifestado por la doctrina mayoritaria, encabezada por el profesor Jaramillo, la redacción de la norma establece que tan solo cuando se agote el término de los diez días el asegurador podrá exigir el cumplimiento de la prestación asegurada, pues los efectos de la agravación no son automáticos, toda vez que están ligados a la convergencia de diferentes circunstancias, sin las cuales el negocio asegurativo sigue desplegando plena eficacia.

Es preciso reiterar que para el seguro de cumplimiento está prohibida la revocación, más no la terminación por la falta de notificación de la agravación del riesgo al asegurador.

Sin embargo, no se debe perder de vista que la parte inicial del citado 1060 señala para el asegurado o el tomador según el caso, la obligación de mantener el estado del riesgo, si éste se ve agravado a instancias del asegurado, se estaría frente a un incumplimiento de una obligación legal, cuya consecuencia incide directamente en la obligación indemnizatoria del asegurador.

Y es que no se puede exigir al asegurador el cumplimiento de la obligación indemnizatoria, toda vez, que el asegurado ha incumplido sus obligaciones lo que

genera que el asegurador pueda esgrimir en su defensa, la excepción de contrato no cumplido.

Con relación a la excepción de contrato no cumplido tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han afirmado.

En los sistemas jurídicos de la actualidad ha cobrado renovada importancia la aplicación de los principios constitucionales, a la par de los principios jurídicos propios de cada materia, los cuales rara vez son cosa distinta a la concreción de los primeros con las particularidades propias que impone el campo competencial de las diferentes áreas del derecho.

Este es el caso de la excepción de contrato no cumplido o “non adimpleti contractus”, con la cual se hace referencia a que en los contratos bilaterales no se estará en mora de cumplir lo pactado mientras la contraparte no lo haya cumplido en la forma y el tiempo establecidos en los términos contractuales o la ley. Este principio de lógica incontestable es concretado en el art. 1609 del código civil que al respecto establece: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos.”

El contenido de esta cláusula refleja los más elementales parámetros de equidad, simetría y buena fe que deben ser entendidos como elementos connaturales a las obligaciones contractuales bilaterales, prescribiendo lo que es el producto de un análisis basado en la justicia material de las relaciones contractuales: si una de las partes de una relación bilateral no está en posición de cumplir las obligaciones contractuales, cómo puede exigirle a la otra el cumplimiento de la prestación debida? La idea de esta figura es brindar una posibilidad de resolución de diferencias originadas en contratos en donde se ha presentado un abandono recíproco de las prestaciones a cargo de las partes contratantes, evitando que las mismas queden en un estado de indefinición permanente. En este sentido ha manifestado la Corte Suprema “es necesario asimismo hacer ver que por obra de aquella circunstancia [, el mutuo incumplimiento,] no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometida en consecuencia “...a la indefinida expectativa de que -en algún tiempo- pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través de la prescripción... (G. J. Tomo CXLVIII, pág. 246).”

Por esta razón, la intención de atribuir efectos jurídicos al mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales resulta acorde con el eficiente tráfico de los negocios jurídicos y la dinámica comercial de las relaciones privadas, que es contraria a indefiniciones que generen zozobra y que pongan en suspenso la aplicación del principio de seguridad jurídica en estos casos; sin embargo, esto no significa, como ha apuntado la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia, que cualquier incumplimiento recíproco pueda tomarse como motivo de terminación del

contrato. Para que este efecto se presente será necesario que los actos realizados por ambas partes demuestren de forma inequívoca –sea expresa o tácitamente- el total desinterés por el cumplimiento de las obligaciones contractuales; o sea, que “se precisa, para que pueda consumarse de esta forma la disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intensión de ‘desistencia’ que constituye su sustancia (...). (Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional - Sentencia T-537, 2009).

Particularmente en materia del seguro de cumplimiento, salta a la vista que no dar cumplimiento al deber de información acerca de la modificación que presenta el contrato amparado por el asegurador cambia de manera objetiva las condiciones bajo las cuales se suscribió inicialmente el seguro de cumplimiento y se vulnera el convencimiento originario del asegurador, quien al asumir el riesgo fija como suficiente un monto de “Prima”, que a la postre resulta no corresponder a la gravedad de la exposición. De hecho, cuando para el tomador/asegurado surge la necesidad de ampararse frente a un potencial peligro, el **Riesgo** se constituye como **causa objetiva** para la celebración del contrato.

Naturalmente, la materialización de un siniestro en el ramo de cumplimiento, deviene de la conducta omisiva o negligente del obligado contratista, quien encuentra en la falta de una vigilancia efectiva y oportuna, el terreno propicio para su incumplimiento.

En este orden de ideas, sea que el asegurado no se interesó en observar y vigilar con rigor el desempeño de su contratista, ora que hubiera modificado unilateralmente el contrato garantizado amparado en la posibilidad legal de hacerlo y no notificar tales circunstancias al asegurador, deriva en una clara agravación del estado del riesgo, que de acuerdo con la regulación colombiana,

bien podría el asegurador hacerla valer para enervar la petición indemnizatoria, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 80 de 1993, endilga a través del principio de responsabilidad a los servidores públicos la obligación de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado.

La forma como se debe surtir esa vigilancia fue regulada a través de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). Con base en esta normatividad legal se plantea el seguimiento del contrato a través de las figuras de la supervisión o de la interventoría.

En efecto, conforme lo dispone el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, la figura de la supervisión se efectúa por la propia entidad contratante cuando no requiere conocimientos técnicos especializados y la interventoría es el seguimiento técnico del cumplimiento del contrato.

A través de la supervisión la entidad contratante, es decir, el asegurado es conocedor de primera mano de las dificultades que presenta la ejecución del contrato, en tal sentido, se hace más exigente el deber de información que pesa sobre la cabeza de la entidad estatal, en aras del principio de la buena fe, que informa no sólo el contrato de seguro, sino que es obligatorio para la entidad contratante, por ser un principio constitucional y de capital observancia para los servidores públicos.

Así ha sido observado por la Corte Constitucional cuando afirma:

Debido a su carácter de elemento fundamental del tráfico jurídico, el principio de buena fe es aplicado en un sinnúmero de situaciones entre las que se cuentan las relaciones contractuales, sean éstas entre particulares solamente o entre particulares y la administración. Lo que importa resaltar ahora es que, en el caso de relaciones de tipo

contractual, el principio de buena fe se presenta en todas las etapas de la relación, (...)

(...) aplicado a una relación negocial, el principio de buena fe involucra deberes de honestidad, claridad, equilibrio reciprocidad y consideración de los intereses de la contraparte, entre otros. (Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional - Sentencia T-537, 2009).

Así las cosas, es claro que el no mantenimiento del estado del riesgo por circunstancias inherentes al asegurado, está estrechamente relacionadas con las obligaciones a cargo de las partes así se trate de una entidad estatal a quienes también aplican los mismos deberes derivados del principio constitucional y legal de la buena fe, máxime cuando de relaciones contractuales se trata, pues no existe ninguna norma que las excluya, por el contrario es mucha la normatividad que les exige una actitud enmarcada dentro de este principio; la vulneración de estos deberes genera las consecuencias jurídicas que el ordenamiento comercial y civil señalan, es decir, el derecho de oponer la excepción de contrato no cumplido y la agravación del riesgo en el caso claramente establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio.

4.12 Conclusiones Cuarto Capitulo

➤ El riesgo es el elemento más importante dentro del contrato de seguro, en torno de él giran los demás elementos esenciales, es el elemento que de primera mano analiza el asegurador; y de acuerdo con sus condiciones establece la prima que se ha de pagar.

➤ El riesgo en el seguro de cumplimiento lo constituye la conducta del contratista, pero la delimitación de ésta se encuentra enmarcada en el contrato garantizado, por tal motivo, la responsabilidad del contratista no puede apartarse del estricto cumplimiento de los deberes en cabeza del asegurado – beneficiario, pues de ello depende que se guarde el equilibrio de las prestaciones contractuales.

➤ La correspondencia entre el riesgo y la prima pura, es el resultado de que la cuantía de la prima se fije en función de la probabilidad del riesgo, pues el asegurador mide o establece la suficiencia de la contraprestación que cobra por asumir determinado riesgo a partir de dos variables: a) la probabilidad de su realización y b). la intensidad o severidad del siniestro.

➤ Como quiera que el riesgo determina el valor de la prima a cobrar por el asegurador, la ley deja en cabeza del tomador o asegurado según el caso, dos obligaciones: la de mantener el estado del riesgo y en caso de variación de éste la obligación de informar al asegurador de dichas variaciones. De llegarse a omitir éste última dentro del periodo señalado en la Ley, se genera la terminación del contrato de seguro, por agravación del riesgo contemplada en el artículo 1060 del Código de Comercio.

➤ La Corte suprema de Justicia ha reconocido la viabilidad de la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, en los seguros de cumplimiento entre particulares con base en el deber de información acerca de cualquier hecho o circunstancia que incida negativamente en el estado del riesgo, por cuanto considera que existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado.”

➤ El deber de información de cualquier hecho que modifique el estado del riesgo originando un aumento de su probabilidad o intensidad, deriva del principio de la buena fe, que en Colombia cuenta con respaldo constitucional.

➤ No basta que las circunstancias que afecten el equilibrio contractual prima = riesgo, se presenten, sino que es necesario que no sean notificadas al asegurador en los términos señalados en el artículo 1060, para que se considere incumplido el deber de información derivado del principio de la buena fe que permea el contrato de seguro. .

➤ Por su naturaleza sancionatoria, como por su texto el artículo 1060 tiene carácter imperativo, es decir, aplica a todos los contratos de seguro excepto los que taxativamente excluya, como es el caso de los seguros de vida.

➤ La teoría de la imprevisión no tiene aplicación en el caso de los contratos de seguros por su carácter aleatorio, donde la imprevisibilidad marca la

prestación de una de las partes y se constituye en elemento distintivo del contrato. Sin embargo, la agravación del estado del riesgo es considerada por la doctrina como la versión restringida de la teoría de la imprevisión para los contratos aleatorios, como el de seguro.

➤ La Sala de Consulta del Consejo de Estado afirma que cuando las circunstancias que generan el desequilibrio se presentan en seguros cuyo asegurado-beneficiario sea una entidad estatal, los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, (aún vigentes) permiten dar aplicación a los artículos 1071 o 1060 del Código de Comercio, a saber: la revocación unilateral y la agravación del riesgo

➤ Tanto la Ley 80 de 1993, como el Decreto 1082 de 2015, prohíben la revocación del contrato de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, es decir el artículo 1071 de Código de Comercio. No sucede lo mismo con la agravación del riesgo consagrada en el artículo 1060 del estatuto mercantil, toda vez que el incumplimiento del deber legal de información ocasiona la terminación del contrato de seguro.

➤ La agravación del riesgo es una situación que se produce cuando en el riesgo que se asegura surgen circunstancias que antes no existían, afectando la ecuación prima vs riesgo desde la óptica del asegurador por acrecentar la peligrosidad o la severidad por encima de los niveles conocidos en el momento de estipular la prima y suscribir el contrato.

➤ El fenómeno de la imprevisibilidad en el marco de la agravación del estado del riesgo, es aquello que las partes no lograron identificar o establecer en el espacio temporal de las tratativas y firma del contrato de seguro, por lo tanto no fue objeto de análisis y por lo mismo no se incorpora en la convención al momento de su celebración, porque de haberlo sido, se habría contemplado en el cálculo de la prima.

➤ En Colombia, el ordenamiento jurídico no subordina la agravación del riesgo a que se presente el siniestro, como quiera que lo que se sanciona es la ausencia de notificación del hecho agravante, que el hecho en sí.

➤ La variación del riesgo a través de la modificación unilateral del contrato, incide en el compromiso obligacional del asegurador, cuando dichas modificaciones hacen más gravosa la responsabilidad del contratista, por eso con base en los principios de publicidad y de la buena fe, la entidad estatal contratante, que funge como asegurado, dentro del contrato de seguro de cumplimiento, tiene la obligación de informar al garante, es decir, a la Compañía de Seguros, de las modificaciones del contrato garantizado y vincularlo al proceso que se adelante para tal efecto, , antes de la expedición del acto administrativo respectivo..

➤ Una vez el asegurador conoce de la agravación del estado del riesgo nuestro ordenamiento patrio le da tres opciones: i) La primera es la revocación del contrato, opción que en tratándose de la garantía única del seguro de cumplimiento, no puede ejercer el asegurador, por cuanto está prohibido expresamente por la Ley. ii) La formulación o exigencia de un reajuste de prima, so pena de un desequilibrio en la relación jurídica y iii) Continuar con el contrato, circunstancia improcedente a la luz del seguro de cumplimiento, por cuanto podría configurarse una práctica insegura cuando no se obtiene el respaldo del reasegurador.

➤ En el seguro de cumplimiento, el asegurador no puede oponerse a la indemnización a su cargo por la ocurrencia del siniestro argumentando la conducta del tomador, por cuanto éste es uno de los riesgos asumidos por la garantía de cumplimiento. Pero esta prohibición, no incluye al asegurado, pues es la entidad estatal la llamada a preservar el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado.

➤ Si el siniestro tiene lugar con posterioridad a la modificación del estado del riesgo, como respuesta a dicha alteración, el asegurador deberá responder, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: i) Que el riesgo se materialice con sujeción a las condiciones previstas por los contratantes (riesgo contractual). ii) Que el siniestro se consolide dentro de los periodos establecidos por la Ley. Es decir, dentro de los 10 días hábiles que otorga la Ley para el

cumplimiento del deber de información en cabeza del asegurado o tomador, por cuanto no hay mora que sancionar.

➤ Cuando se presenta la agravación del riesgo en el seguro de cumplimiento, se configuran dos situaciones jurídicas :

- El incumplimiento por parte del asegurado de una obligación legal, (mantener el estado del riesgo), lo cual le da derecho al asegurador de esgrimir en su favor la excepción de contrato no cumplido.

- La terminación del contrato si el asegurado no notifica al asegurador la modificación del riesgo dentro de los diez días siguientes a que lo haya conocido.

➤ Sea que el asegurado no se haya interesado en observar y vigilar con rigor el desempeño de su contratista, ora que hubiera modificado unilateralmente el contrato garantizado amparado en la posibilidad legal de hacerlo y no notificar tales circunstancias al asegurador, deriva en una clara agravación del estado del riesgo, que de acuerdo con la regulación colombiana, bien podría esgrimirla para enervar la petición indemnizatoria,

4.13 Respuesta a los Interrogantes Planteados

¿Las acciones u omisiones de la entidad estatal contratante, durante la ejecución del contrato estatal garantizado, mediante póliza de seguro de cumplimiento, puede generarle responsabilidad en la agravación del estado del riesgo asegurado, cuya falta de notificación produce la terminación del contrato de seguro?

Para responder este problema es preciso extractar los parámetros sobre los cuales se fundamenta el seguro de cumplimiento en favor de entidades

estatales que llevan a concluir que se puede presentar terminación de dicho contrato por la agravación del riesgo, estos parámetros son:

1. La Garantía única de seguro de cumplimiento es un seguro

Por disposición legal en Colombia, el seguro de cumplimiento, a pesar de su función como garantía, es considerado como un contrato de seguro, al que le es aplicable la regulación comercial establecida en el Código de Comercio.

En virtud de lo anterior, fuentes del derecho como la jurisprudencia a través de los altos tribunales colombianos: Corte Constitucional, Corte Suprema de justicia y Consejo de Estado, le dan al seguro de cumplimiento el reconocimiento de *contrato de seguro*, sin desconocer las restricciones planteadas en las normas que reglamentan las garantías que respaldan los denominados contratos estatales.

En efecto, las garantías de los contratos estatales, gozan de unas características *sui generis*, por orden legal, en beneficio de la contratación pública, por ejemplo no le aplica la terminación automática por el no pago de la prima, tampoco se puede revocar unilateralmente por el asegurador entre otras connotaciones especiales.

En lo que tiene que ver con la Garantía Única de Seguro de Cumplimiento, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han sido enfáticos en afirmar que su objeto lo constituye la protección del interés general, en la medida en que permite resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, en tal virtud estos contratos si bien se rigen por las normas de derecho privado y

particularmente por las disposiciones del Código de Comercio, también están sujetos, en muchos aspectos, a normas de derecho público.

2. La Entidad Estatal que funge como asegurada es considerada como parte dentro del contrato de seguro, en virtud de la figura denominada Seguro por Cuenta.

Gran parte de la doctrina y actualmente la Sección Tercera del Consejo de Estado, desde el auto del 30 de enero de 2008, han venido señalando que los seguros de cumplimiento a favor de entidades públicas son verdaderos contratos estatales, no sólo por su cercanía al derecho público, sino porque la administración aprueba la póliza, acepta la estipulación para otro, lo cual convierte a la entidad pública en parte del seguro de cumplimiento.

Así las cosas es perentorio afirmar que las entidades públicas que ostentan la calidad de asegurado - beneficiario en la garantía única de seguro de cumplimiento, son parte del contrato de seguro suscrito entre el tomador quien estipula en favor de la entidad estatal que a su vez es la contratante, circunstancia que se ve reflejada en que la garantía está diseñada para beneficiar únicamente a una de las partes que, en el caso en estudio, es la Entidad Pública, como quiera que lo que se pretende proteger es el erario.

Esta condición que asume la entidad estatal a la luz de la garantía única, se fundamenta en el artículo 1039 del Código de Comercio (1971), que consagra la figura del seguro por cuenta de un tercero, según la cual, puede considerarse al asegurado como parte del contrato de seguros a pesar de ser persona distinta del tomador cuando se presentan unas condiciones específicas, a saber : el tomador comparece al contrato de seguro a nombre propio pero por cuenta ajena, en tal

caso al asegurado le corresponden aquellas obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo.

La cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público y le confiere al contrato de seguro un elemento diferencial de aquellos contratos suscritos en interés particular, pues constituye un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal como es la satisfacción del interés general, fin que tiene como una de sus facetas la protección del patrimonio público.

El contrato de seguro constituye un contrato que colabora en el desempeño de la función pública, primero porque asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y segundo, porque protege el patrimonio estatal del daño derivado de un cumplimiento tardío o de un incumplimiento definitivo por parte del contratista.

No obstante su autonomía el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo a él que su cumplimiento y ejecución dependen del primero.

3. Las Funciones de Supervisión que ejerce la entidad estatal sobre el contrato garantizado, generan responsabilidad frente al asegurador.

El contrato que se garantiza a través de la póliza única de seguro de cumplimiento tiene la connotación de ser estatal, por cuanto quien funge como contratante, es una entidad pública.

Las obligaciones que tiene la entidad estatal en calidad de contratante son: identificar las necesidades del interés general, adelantar los estudios necesarios para establecer la conveniencia, factibilidad y viabilidad del contrato que va a

suplir esas necesidades, programar, solicitar y recibir los recursos que el Estado apropia para la satisfacción de esas necesidades y llevar a cabo los procesos de selección del contratista. En consecuencia, tal como lo señala Gonzalo Suarez Beltrán (2014) la “planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado” (p. 23), por consiguiente “la ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados sino también para el patrimonio público” (p. 23).

En este orden de ideas la entidad estatal es la conocedora de los riesgos que aquejan el contrato y de los que se van a trasladar a través de la póliza única de seguro de cumplimiento. No puede ser de otra manera pues de conformidad con lo señalado por el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales en los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán tipificar, cuantificar y distribuir los riesgos previsibles.

Es pertinente resaltar que es la entidad pública quien conoce el riesgo desde el momento del nacimiento del contrato, es decir quien posee la información y tiene el deber de trasmitirla a su contraparte y a su garante.

Una vez elegido el contratista, celebrado el contrato y aprobadas las garantías que respaldarán su cumplimiento, el contrato inicia su ejecución, bajo la vigilancia de la entidad estatal contratante, para tal efecto, la ley contempla las figuras de la interventoría y supervisión a través de las cuales la entidad estatal contratante ejerce el control del contrato, verificando el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y dirigiendo el desarrollo del contrato garantizado, máxime cuando de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1150 de

2007, sus representantes ostentan deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Además en lo que tiene que ver con la ejecución del contrato, la ley 80 de 1993, establece en el numeral 1 del artículo 14 que la dirección general y la responsabilidad de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato está a cargo de la entidades estatales. En complemento de lo dispuesto por la ley 80 de 1993, el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) en su artículo 83 expresa que las entidades públicas “están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor según corresponda”

Para entender la magnitud del conocimiento y control que una entidad pública tiene sobre un contrato es necesario referirse a las funciones técnicas y administrativas que deben desarrollar a través de la supervisión.

El tratadista Gonzalo Suárez Beltrán (2014) en lo que hace relación con las **funciones técnicas** de la supervisión señala que éstas son el alma de la supervisión, toda vez que apuntan a verificar el cumplimiento del objeto contractual, estas funciones son:

- Revisar los documentos y antecedentes del contrato suscrito (necesidad, solicitud, términos de referencia, anexos, etc.) con el propósito de ejercer una vigilancia idónea al objeto del contrato.

- Vigilar, controlar y verificar el cumplimiento del objeto contractual y las obligaciones a cargo del contratista.

- Mantener el control y coordinación permanente sobre el desarrollo del contrato, a través de la implementación de actividades tales como programación de reuniones con el contratista, visitas y las demás que sean pertinentes y necesarias.

- Verificar que las condiciones técnicas del bien, obra o servicios contratados cumplan con los requisitos establecidos por la entidad y con el ofrecimiento formulado, según sea el caso....”

-(...) Aprobar, controlar y hacer seguimiento a los cronogramas de ejecución que se llegaren a formular en desarrollo del objeto contratado.

..”

-Realizar los requerimientos pertinentes que conduzcan a la normalización de condiciones pactadas en el contrato, cuando éstas se vean afectadas por retrasos o mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista (...) (pp. 259 – 261).

En cuanto a las **funciones administrativas** de supervisión a cargo de la entidad pública es importante resaltar las que tocan directamente con el riesgo asegurado es decir el contrato garantizado:

-Atender y resolver por escrito las solicitudes que presente el contratista en desarrollo del objeto del contrato, solicitando el apoyo técnico o jurídico adicional que requiera para tal efecto.

-Verificar que las garantías otorgadas se encuentren vigentes durante la ejecución del contrato y se extiendan los correspondientes anexos modificatorios, en el evento de la suscripción de otro si al contrato.

-Solicitar y justificar las solicitudes de otro sí que se requieran implementar con el propósito de garantizar el cumplimiento del objeto contratado.

-Informar por escrito al área legal, de manera oportuna, cualquier circunstancia que pueda acarrear el incumplimiento a la ejecución del contrato con el fin de adoptar las acciones que correspondan.

-Prever oportunamente las dificultades que se puedan presentar dentro de la ejecución del contrato, adoptando los correctivos que resulten pertinentes, siempre y cuando no impliquen modificaciones al contenido del contrato.

-Solicitar prórrogas, adiciones, modificaciones, cesiones, terminaciones anticipadas y demás que se requieran oportunamente para no afectar la debida ejecución del contrato... (Suárez, 2014, pp. 259 – 261).

En virtud de lo anterior, es pertinente afirmar que la entidad pública, en su calidad de Asegurada - beneficiaria es la llamada a cumplir con la obligación de mantener el estado del riesgo, es decir, conservar el contrato en las condiciones similares sino equivalentes a las que existían al momento de suscribirlo.

4. En virtud de la función integradora que cumple el Principio Constitucional de la Buena Fe, el incumplimiento del asegurado en los deberes secundarios de conducta derivados de éste principio, afecta directamente el riesgo, el elemento esencial más importante del contrato de seguro.

La función integradora de la Buena Fe se presenta a la hora de analizar las obligaciones surgidas del contrato, pues se debe tener en cuenta en primer lugar la voluntad de las partes, sin embargo, ésta no abarca todas las actividades que implican la relación contractual, por tal motivo se hace indispensable recurrir a las fuentes normativas externas que sean necesarias para integrar el contenido del contrato, siendo preciso recurrir a las que por ley le pertenezcan, es decir, las que corresponden por ley imperativa y las que tienen que ver con la naturaleza del respectivo contrato, por cuanto a través de los elementos de la naturaleza se incorporan al contrato las prácticas usuales y los estándares de conducta propios de las negociaciones inherentes a ese contrato, en este aspecto es imprescindible tener en cuenta que el contrato de seguro es considerado como de ubérrima buena fe, es decir, que las obligaciones a cargo de cada parte que interviene en él deben estar en concordancia con el principio de la buena fe, de la cual se derivan .

Así las cosas, a través de la buena fe integradora se crean unos deberes especiales que tienen que ver con la naturaleza del contrato y su finalidad, éstos deberes y derechos surgen como consecuencia del enriquecimiento contractual, por consiguiente, al lado de las relaciones obligacionales existen otros deberes jurídicos denominados deberes secundarios de conducta o deberes complementarios que tienen como finalidad la realización del interés común

perseguido por las partes y son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria.

La aplicación del principio de la buena fe es de obligatorio cumplimiento porque es preciso tener en cuenta que en Colombia la buena fe es un precepto de orden constitucional por cuanto el artículo 83 de la Constitución Política (1991) preceptúa que: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (art. 83). Convirtiéndose entonces la buena fe, en una norma de carácter imperativo y de aplicación en todos los órdenes contractuales.

El principio Constitucional de la buena fe exigido en materia contractual tiene que ver con el modelo de conducta de los parámetros socialmente aceptados, por consiguiente, de esta buena fe se derivan deberes contractuales que inciden en el contrato celebrado por las partes y de esta forma actúa como función integradora, pues permite identificar tanto prohibiciones como obligaciones que no se encuentran previstas en las normas imperativas que la ley prevé o en las estipulaciones contractuales que hayan hecho las partes en el contrato.

En consecuencia las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente lo que determina el texto legal, sino a todo lo que impone cada situación.

En este sentido se desarrollan los deberes y derechos que se le imponen a las partes como el abstenerse de ejecutar actos que dañen o perjudiquen a su contraparte, y a su vez ejercitar todos aquellos actos necesarios para la satisfacción de sus mutuas necesidades; en la ejecución de un contrato ya perfeccionado, la buena fe contractual genera los deberes de conducta que, de

acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía las obligaciones contractualmente asumidas por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra.

Estos deberes tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes y se consideran obligatorios, como quiera que enriquecen las obligaciones que se encaminan al cumplimiento de la finalidad principal perseguida por las partes.

Dentro de los deberes secundarios de conducta que se derivan de la buena fe está el de información, el cual para que se entienda cumplido sustancialmente y no formalmente, debe llenar características de claridad, oportunidad y transparencia, porque para poder cumplir con el objeto del contrato y satisfacer los intereses de las partes la intención pura y real de los contratantes debe estar expresa y diáfana y el momento de emitir la información debe ser oportuno para que puedan las partes tomar decisiones.

La obligación de información está presente también durante el periodo de ejecución del contrato de seguro, pues el tomador y en el caso que nos ocupa el asegurado tienen la obligación de mantener el riesgo en las condiciones en que fue asegurado en su inicio, por tal motivo, deberán notificar al asegurador los hechos o circunstancias relevantes, imprevisibles y sobrevinientes que alteren su estado, obligación consagrada en el artículo 1060 del Código de Comercio (1971).

De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial el deber de información tiene por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se

considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.

Así las cosas, cuando en el desarrollo del contrato garantizado por un seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, se modifiquen las condiciones pactadas inicialmente en que se desarrolla el contrato bien sea por circunstancias voluntarias o involuntarias es la entidad pública, en calidad de asegurado quien deberá dar aviso al asegurador, en virtud del deber de información que se deriva del Principio de la buena fe y además porque las obligaciones a cargo del tomador también se predicen del asegurado y beneficiario (artículos 1039 y 1041 del Código de Comercio), por consiguiente una vez se presenta la modificación del riesgo asegurado, sea porque las partes del contrato garantizado, a saber: entidad pública; quien ostenta la calidad de asegurado en la póliza y contratista quien ostenta la calidad de afianzado en la póliza, modifican las condiciones inicialmente presentadas al asegurador para la expedición u otorgamiento de la garantía, haciéndolas más gravosas; o porque se presente una circunstancia o un hecho que no pudo o no tenía como preverse desde el comienzo del contrato que también haga más difícil el cumplimiento del contratista y por consiguiente inminente la ocurrencia del siniestro, debe la entidad estatal dar aviso al asegurador, en cumplimiento del deber de información y de cooperación derivado del principio constitucional de la buena fe.

La agravación del estado del riesgo de acuerdo con lo señalado por el artículo 1060 del estatuto mercantil colombiano, se presenta ante hechos o

circunstancias nuevos o sobrevinientes con posterioridad a la celebración del contrato, que de haberse presentado, hubieran conducido al asegurador a no celebrar el contrato, o de haber optado por celebrarlo, lo hubiera hecho en condiciones más onerosas a las pactadas.

El deber de información que la entidad estatal tiene para con el asegurador cuando se presenta el incumplimiento por parte del contratista, está consagrado en el artículo 1075 del C de Co, plenamente aplicable al seguro de cumplimiento, pues no tiene otra finalidad diferente que al dar aviso al asegurador éste despliegue las acciones que considere pertinentes con el propósito de evitar la extensión o propagación del siniestro. Esta obligación se encamina a dar la facultad al asegurador de tomar las medidas a que haya lugar para la defensa de sus intereses. Sin embargo el término para dar aviso de la novedad es ampliado a diez días, tal como lo señala el artículo 1060 del Código de Comercio (1971).

Como se manifestó a lo largo de este trabajo de investigación, el deber de información sobre el estado del riesgo es transversal al contrato de seguros y el mantenimiento del estado del riesgo tiene como propósito preservar durante la ejecución las condiciones esenciales que llevaron al asegurador a dar su consentimiento y a que se mantenga la ecuación entre riesgo asegurado y precio del contrato.

Lo anterior, en atención a que una vez expedida la póliza única de seguro de cumplimiento, por parte del asegurador, éste pierde contacto con el riesgo y son tanto el tomador (afianzado- contratista), como el asegurado-beneficiario (contratante), quienes se encuentran en contacto directo con el riesgo amparado. Por tal motivo, cualquier modificación al riesgo debe ser comunicada

oportunamente al asegurador, so pena de faltar al deber de información y de paso atentar contra el principio de la buena fe.

En cuanto a la conducta que debe desplegar el asegurador, el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2012) en su obra Derecho de Seguros, señala que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

(...) en materia informativa, como secuela de la buena fe y en particular, del postulado de cooperación negocial, el límite o el confín de la carga de informar al otro radica precisamente, en el deber de informarse a sí mismo, en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto, observación que coincide con la opinión expresada por los juristas galos GERARAD CAS y DIDIER FERRER, según la cual existe claramente “ [...] una relación dialéctica entre la obligación de información, de una parte y, de la otra, el deber de informarse, el que a juicio de un sector de la dogmática jurídica, como ya se ha referido, está enclavado en otro deber aún de mayor espectro: el de cooperación, signado por un criterio de reciprocidad negocial, tan propio de la ratio contractual... (pp. 323 – 341).

Señala más adelante el mismo autor:

... Y como el asegurador, de ordinario, no se encuentra en capacidad de establecer por sus propios medios “los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo” el candidato o tomador deberá hacer una sincera y explícita declaración de conocimiento respecto de tales aspectos... (Jaramillo, 2012, pp. 323 – 341).

Aplicando un criterio analógico, si para la declaración del estado del riesgo, el asegurador no cuenta con la capacidad para establecer por sus propios medios, el mismo, con mayor razón, cuando se presenta su variación, por cuanto una vez expedida la garantía se empieza a desarrollar el contrato y de conformidad con la ley 80 de 1993, la 1150 de 2007 y el decreto reglamentario 1082 de 2015, la vigilancia y supervisión del contrato está en cabeza del asegurado, es decir, la entidad pública, por cuanto no le corresponde al asegurador desarrollar los mecanismos para ejercer esa vigilancia.

Como quiera que el seguro de cumplimiento cumple una función de garantía, esta obligación de información se hace aún más exigente, pues sólo el tomador y el asegurado son los que tienen la certeza absoluta de los devenires en la ejecución del contrato garantizado, por tal motivo a través de la obligación de información se asegura o preserva el equilibrio contractual.

Otro deber secundario de conducta, derivado del principio constitucional de la buena fe integradora es el de Cooperación, el cual se evidencia cuando ocurre el incumplimiento del contratista, el asegurado en virtud del deber de cooperación debe desplegar los actos que sean necesarios para lograr que la pérdida sea menor, un claro ejemplo de ésta situación se presenta en los contratos de obra o suministro cuando la entidad pública entrega sumas de dinero al contratista a título de amortización del anticipo, si el contratista incumple deberá la entidad en calidad de asegurado avisar al asegurador y suspender los pagos, cuando evidencia que el contratista no está amortizando o invirtiendo adecuadamente el dinero que se le está entregando.

La jurisprudencia de las altas cortes colombianas ha reiterado que la inobservancia de los dictados de la buena fe, denota un comportamiento antijurídico, por consiguiente del mismo deben desgajarse diversas consecuencias adversas para quien incurre en él, secuelas que, según cada caso, van desde la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa de buena fe; o la sanción contra la validez, o eficacia del acto o negocio de que se trate; o, justamente el nacimiento de la responsabilidad civil con la obligación de resarcir los daños derivados de tal conducta.

Es preciso resaltar que cuando una entidad estatal omita el deber de informar al asegurador acerca de las modificaciones presentadas dentro del desarrollo del contrato o de cooperar con el asegurador una vez ocurrido el siniestro, haciendo más grave el riesgo objetivo, es decir, el contrato garantizado; está afectando directamente uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, viéndose de esta forma comprometida la eficacia del contrato de seguro que le sirve de garantía.

La notificación de la modificación que debe realizar el asegurado se ha de efectuar por escrito y en virtud del deber de información que tiene para con el asegurador.

El legislador da al deber de información en el contrato de seguro, una connotación muy importante, como quiera que consagra a través del artículo 1060 la consecuencia de la terminación del contrato cuando se presenta la inobservancia de este deber.

La razón de ser de esta disposición es coherente con la importancia que revisten, las obligaciones de información y cooperación que se entienden inmersas dentro del contrato en virtud del principio constitucional de la buena fe pues toca directamente uno de los elementos esenciales del contrato del seguro, es decir, el riesgo asegurable.

Ahora bien, una vez ocurrida la variación del riesgo, el aviso sobre ésta circunstancia, la debe dar el asegurado al asegurador; dentro de los diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si éste depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraño dentro de los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento. En el caso de los contratos estatales, es claro que la entidad

pública tiene conocimiento de la variación del riesgo en virtud de las funciones de control y vigilancia sobre el contrato garantizado a través de la figura jurídica de la supervisión o de la interventoría.

Si el asegurador no es notificado de estas modificaciones del riesgo, dentro de los diez días siguientes a su realización, el contrato terminará tal como lo señala el artículo 1060 del Código de Comercio (1971).

La terminación por no haber notificado las circunstancias que modificaron el riesgo deriva del incumplimiento de un deber es decir, que se trata de una sanción impuesta por esa causa, tal cual lo establece el artículo 1060 de Código de Comercio, norma imperativa a la que debe dársele cumplimiento.

Es preciso tener en cuenta que la aplicación del 1060 del Código de Comercio (1971) se realiza sobre la garantía considerada estatal en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 80 de 1993, según el cual “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” (Ley 80 - Congreso de la República, 1993, art. 13).

Es evidente en el presente caso que ni la ley 80 de 1993, ni la 1150 de 2007, con el decreto 1082 de 2015, entran a efectuar una reglamentación diferente a la dispuesta por el Código de Comercio, motivo por el cual, la aplicación del 1060 es plena sobre los contratos de seguro que respalden o garanticen contratos estatales.

5. El acaecimiento de circunstancias que hagan inminente la ocurrencia del siniestro generan el rompimiento de la Ecuación Prima = Riesgo y la obligación para la entidad contratante de restablecer la equivalencia de los contratos estatales.

La prima técnicamente hablando de acuerdo con lo señalado por el tratadista Efrén Ossa (1991): “guarda proporción con la naturaleza del riesgo, con el grado de probabilidad que él entraña y, claro está, con la magnitud eventual de la pérdida. Con estos elementos básicos ha sido calculada” (pp. 385 – 388).

Cuando una compañía de seguros evalúa la posibilidad de garantizar un contrato estatal a través del seguro de cumplimiento, evalúa el riesgo desde dos aspectos:

a. Desde la viabilidad que el contratista pueda ejecutar la obra, para tal efecto, examina su riesgo moral, su experiencia, su capacidad técnica y financiera para ejecutar el contrato, etc.

b. Examina los pliegos de condiciones o el contrato que va a ejecutar el contratista, estos pliegos de condiciones y contrato son preparados por el contratante que ostenta la calidad de asegurado.

De conformidad con lo anterior, si la modificación del riesgo se concentra en circunstancias inherentes al contratista, la Compañía de Seguros no podrá eximirse del cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto ese fue el riesgo que asumió.

Si por el contrario, la modificación del riesgo está asociada a circunstancias inherentes al contrato garantizado, sea porque el riesgo cambió su identidad local, ora porque las circunstancias sobrevinientes implican modificación de las

obligaciones a cargo del contratista y estas modificaciones conllevan la variación del riesgo inicialmente asumido por el asegurador ya sea porque inciden en forma desfavorable en la ejecución del contrato a cargo del contratista afianzado, tanto tomador como asegurado deben comunicar ésta modificación al asegurador, quien gozará del derecho del restablecimiento del equilibrio contractual.

De acuerdo con la teoría de la equivalencia de los contratos estatales surge la obligación para la Administración Pública de mantener las condiciones equivalentes del contrato y de no ser así, reconocerle al asegurador los mayores costos que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades, es decir, cuando el asegurador optó por darle cobertura al contrato suscrito entre la entidad estatal y el contratista, previó un precio o prima que está en relación con el riesgo asumido.

Únicamente dentro del contexto de la garantía única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, cuando el asegurador es enterado de la variación del riesgo, no puede revocar el contrato de seguro, por cuanto el artículo 2.2.1.2.3.2.5. del Decreto 1082 de 2015, prohíbe expresamente la revocación de la garantía única cumplimiento, pero en ninguna parte de la norma se menciona restricción al asegurador del derecho que tiene a que le sea restablecida la ecuación $\text{prima} = \text{riesgo}$, en virtud de preservar el equilibrio de éstas prestaciones por cuanto el asegurador a través de esta ecuación establece la suficiencia de la contraprestación que cobra por asumir riesgos a partir de las variables: probabilidad de realización del riesgo asociada a la intensidad o

severidad del siniestro partiendo de una razonable y adecuada valoración del riesgo.

Le ley 80 de 1993, en el artículo 27 señala que:

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer y de contratar según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. (Ley 80 - Congreso de la República, 1993, art. 27).

Este principio evidencia la necesidad de mantener las condiciones inicialmente convenidas por las partes y guarda una estrecha relación con el de responsabilidad y por consiguiente con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, que consagra la indemnización integral.

El artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone:

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. (Subrayas y negrillas fuera de texto). (Ley 80 - Congreso de la República, 1993, art. 28).

Es importante resaltar que el principio de la reciprocidad de prestaciones hace referencia a la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no a la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato.

En virtud de lo anterior las entidades estatales deben adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato, las

condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos en que se hubiere realizado contratación directa. Para ello deben utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios.

En síntesis se puede afirmar que la variación del riesgo, es decir las modificaciones que se presenten dentro de la ejecución del contrato garantizado por una póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, genera la obligación para la entidad contratante de restablecer la ecuación prima= riesgo; cuando dichas variaciones hacen inminente la ocurrencia del riesgo.

Este restablecimiento se lleva a cabo a través de la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio plenamente aplicable a la contratación estatal en virtud de lo señalado por los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.

6. Responsabilidad Contractual de la entidad contratante por las acciones u omisiones que lleven al inminente incumplimiento del contrato.

Es claro entonces, que las vicisitudes que se presentan durante la ejecución del contrato estatal, no sólo se ven reflejadas en el contrato suscrito entre la administración y su contratista, sino que tiene una repercusión directa en el contrato de seguro de cumplimiento que lo garantiza.

Dentro del desarrollo de los contratos no es raro ver que los diseños, licencias o documentos previos con los que la administración debía contar para contratar, no son entregados al contratista en los tiempos acordados; que el anticipo, no es girado o pagado al contratista dentro del periodo contractual establecido; que las obligaciones del contrato son modificadas por circunstancias que sobrevienen y que pudieron haber sido previstas en el periodo de evaluación

y asignación de los riesgos y sin embargo no se hizo; que se imponen multas a los contratistas a pesar de existir circunstancias que justifican la situación por la cual se les sanciona y un sin fin de circunstancias que no solo van en detrimento del contratista sino también de la garantía.

Lo anterior permite establecer que con ocasión de las funciones de supervisión técnicas, jurídicas y administrativas que ostenta la entidad estatal contratante dentro de la ejecución del contrato garantizado y ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones a su cargo, se generan unas consecuencias que inciden de manera directa en el contrato de seguro que lo garantiza, pues el riesgo de incumplimiento del contratista se hace inminente y por consiguiente genera la agravación del estado del riesgo de acuerdo con lo señalado por el artículo 1060 del estatuto mercantil colombiano, se presenta ante hechos o circunstancias nuevos o sobrevinientes con posterioridad a la celebración del contrato, que de haberse presentado, hubieran conducido al asegurador a no celebrar el contrato, o de haber optado por celebrarlo, lo hubiera hecho en condiciones más onerosas a las pactadas. Tal como lo manifiesta el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2012):

En la agravación hay evidencia de cobertura inicial, pero por el advenimiento de hechos agravantes llamados a desestabilizar el contrato, este podría, posiblemente dejar de producir efectos, bien porque la entidad aseguradora, *expressis verbis*, así lo considera (revocación, rescisión, desvinculación, etc) bien porque se incumpla la carga de no agravar el estado del riesgo, o la de información en lo atinente a la afloración de un hecho o circunstancia agravante, lo que desencadenará en su terminación, por lo menos en ordenamientos como el nuestro... (pp. 433 – 434).

Con relación a la garantía de seguro de cumplimiento tanto la ley 80 de 1993, como el artículo 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015, consagran la

imposibilidad de revocación unilateral por parte del asegurador, sin embargo, el asegurador puede exigir el reajuste de la prima, tal como lo menciona el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2012) así:

...d) La modificación del riesgo por agravación, obviamente cuando resulte aplicable a determinado tipo asegurativo, da lugar a que el asegurador, oportunamente enterado de ello, tenga derecho a revocar el contrato o a exigir el reajuste de la prima (C. de Co., art. 1060 inc. 3°);... (p. 440)

Con relación a la agravación del riesgo, nuestro ordenamiento mercantil considera que es una obligación del asegurado o del tomador, según las circunstancias individuales de cada caso, por consiguiente son ellos los llamados a evitar responsablemente la agravación del riesgo, en orden a no alterar el equilibrio del contrato de seguro, tal y como originariamente fue celebrado, con arreglo a un esquema predeterminado en lo que tiene que ver con la ecuación prima-riesgo, prevalentemente (probabilidad e intensidad).

Así las cosas y acorde con lo que expresa el profesor Jaramillo, el legislador nacional le fijó al asegurado o al tomador, una obligación positiva que consiste en “mantener el estado del riesgo” que a su turno se desdobra en una negativa, de abstenerse de alterarlo. Además radicó en su cabeza la obligación de información de los hechos o circunstancias originados con posterioridad a la celebración del contrato de seguro, concepción que reitera la importancia concedida en Colombia al tratamiento normativo de este tema.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de cara al contratista la responsabilidad Contractual de la Administración Pública es definida por Rodrigo Escobar Gil (2003) en los siguientes términos: “...por ésta se entiende la obligación que surge a cargo de las entidades estatales de reparar los daños

antijurídicos que causen a los contratistas, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en el seno de los contratos” (pp. 503 – 514).

A través de la responsabilidad contractual de la Administración Pública se garantiza la integridad del patrimonio de los particulares que deciden contribuir en la gestión de los servicios públicos, frente a los daños que pueda sufrir como consecuencia del comportamiento antijurídico de la administración en el cumplimiento de sus obligaciones. Afirma Escobar (2003):

La responsabilidad contractual garantiza el patrimonio del contratista y la equivalencia económica del contrato, mediante la tutela del derecho del contratista a la prestación no efectuada por la Administración, que se sustituye por el reconocimiento de una indemnización a título de ejecución por equivalente (es el *id quod interest*), que lo coloque en la misma situación patrimonial, que tendría si hubiera cumplido el contrato (como es el pago de las mismas utilidades o ganancias dejadas de percibir) y se complementa con el resarcimiento de los daños directos que pudieron derivar del incumplimiento de la obligación (como es el pago de los mayores costos que se causan). (pp. 504 – 505):

Para identificar la naturaleza de la responsabilidad contractual pública, tenemos que remitirnos a los principios de la reciprocidad de prestaciones y de la buena fe, que informan el contrato administrativo, así como a la reacción jurídica esperada que le impone a un sujeto el reparar el daño antijurídico causado a otro sujeto (Sentencia C-892, 2001).

En lo que tiene que ver con la responsabilidad contractual de las entidades estatales tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en establecer que el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las Entidades estatales configura la teoría de la responsabilidad contractual, por tal motivo el legislador en el artículo 50 del Estatuto de Contratación señala que el incumplimiento contractual altera el equilibrio económico del contrato, celebrado entre el particular y la administración. Ahora bien como quiera que ese contrato es garantizado a través de otro contrato,

a saber: el de seguro de cumplimiento, todo lo que afecte el primero se refleja en el segundo, es decir en la garantía.

La jurisprudencia del Consejo de Estado (2012) también se ha pronunciado acerca de la Responsabilidad Contractual en los siguientes términos:

..En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes. (Consejo de Estado del 26 de Julio, 2012).

Con respecto al segundo problema de investigación, se tiene:

El artículo 2.2.1.2.3.2.5. del Decreto 1082 de 2015, recoge una prohibición que viene desde la Ley 80 de 1993, y que consiste en la Improcedencia de la terminación automática de la garantía única de cumplimiento por falta de pago de la prima y de la revocación unilateral, teniendo en cuenta esta prohibición ¿es posible aplicar la forma de terminación del contrato de seguro de cumplimiento expedido a favor de entidades estatales en los términos que consagra el artículo 1060 del Código de Comercio, por falta de notificación de las modificaciones al estado del riesgo?.

Para dar respuesta a este interrogante es preciso distinguir que la revocación unilateral y la terminación son dos figuras jurídicas diferentes, pues en

la revocación media la voluntad privada de cualquiera de las partes que intervienen en la relación negocial, en la terminación automática por mora en el pago de la prima, es el legislador el que imperativamente asigna unas consecuencias jurídicas a una situación que se presenta, estableciendo una sanción a la conducta del deudor incumplido, en el caso que nos ocupa, refiere el tomador que actuando por cuenta del asegurado no ha pagado el valor de la prima.

La Corte Suprema de Justicia (2007) se ha pronunciado acerca de este tema en los siguientes términos:

...La terminación: emerge como una consecuencia adversa para el tomador o asegurado en el caso específico en que se haya incumplido con la obligación de cancelar tempestivamente la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, y determina inexorablemente que de manera automática - por ministerio de la ley - cesen hacia el futuro los efectos del negocio jurídico, sin que sea necesaria la intervención de la voluntad de las partes, ni la declaración judicial de tal fenómeno.

En cambio, la revocación unilateral constituye, en los términos de la Sala, una "... declaración de voluntad formal; unilateral; recepticia; directa o indirecta y que sólo produce efectos para el porvenir, a su turno detonante de un negocio jurídico de carácter extintivo que no está ligado estrictamente a un incumplimiento del contrato, como ocurre con la figura precedente, pudiendo estar fundado en diversas y heterogéneas razones, toda vez que el ordenamiento no circunscribió su procedencia a la materialización de específicas y delimitadas circunstancias (numerus clausus), sino que introdujo un criterio amplio y elástico, que se refleja en el hecho de que "... quien de buena fe hace uso de dicho instituto, de inobjetable origen volitivo (ad libitum), no tiene la necesidad de consignar en el escrito de enteramiento respectivo a su cocontratante, indefectiblemente, cuáles son las razones que, in casu, lo llevaron a tomar dicha decisión habida cuenta que "... le basta con comunicarla, en debida forma, al otro extremo de la relación negocial], sin que su eficacia, per se, quede supeditada a la validez de una motivación específica y, menos aún, a la aceptación por parte de éste (sentencia de 14 de diciembre de 2001, Exp. 6230, no publicada aun oficialmente). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 08 de Agosto, 2007, Exp. 08001-3103-004-2000-00326-01).

De igual forma la doctrinantes como la profesora Hilda Zornosa¹³:
refiriéndose a este aspecto señala:

La consecuencia que se deriva del incumplimiento del deber de mantener el estado del riesgo, es decir la posibilidad de revocar el contrato por dicha causa no es en estricto rigor jurídico el ejercicio de una facultad unilateral, puesto que la misma deriva del incumplimiento de un deber es decir que se trata de una sanción impuesta por esa causa, esto es, que esta figura jurídica ostenta una naturaleza jurídica distinta. El asegurador tiene el deber de tarifar en función del riesgo y si el riesgo se modifica o se agrava debe además ajustar la prima”.

En la misma línea doctrinaria el profesor Jorge Eduardo Narváez Bonnet, sostiene que:

...si podría predicarse agravación del estado del riesgo, si el contratante (asegurado en este caso) no preserva el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado o introduce de manera unilateral modificaciones en cuanto a la extensión o contenido de las obligaciones a cargo del contratista, haciendo más gravosa su ejecución por parte de éste, sin lugar a duda, aumenta las posibilidades de incumplimiento del contratista (...) y de esa manera, aumenta también en forma arbitraria el grado de exposición asumido por el asegurador al momento de expedir la respectiva póliza de seguro¹⁴.

Una vez decantado los conceptos de terminación y revocación se hace necesario remitirse al artículo 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015 que dispone: “La garantía única de cumplimiento expedida a favor no expira por falta de pago de prima, ni puede ser revocada unilateralmente” (art. 2.2.1.2.3.2.5).

De conformidad con lo anterior, la prohibición de éste artículo es expresa sobre dos aspectos a saber: 1) la terminación únicamente por falta del pago de la prima y 2) la revocación unilateral. Nótese que en ningún momento la norma está refiriéndose a la terminación por razones diferentes a la mora en el pago de la prima y aplicando la máxima jurídica que señala que donde el legislador no

¹³ Zornosa Prieto, Hilda. Concepto jurídico que se aporta como anexo.

¹⁴ Narváez Bonnet, Jorge. Concepto jurídico que se aporta como anexo.

distingue, no le es dable al intérprete distinguir, se puede concluir que el contrato de seguro de cumplimiento puede terminar por incumplimientos diferentes al pago de la prima

Ahora bien, la razón de ser de la prohibición de terminar el contrato por falta del pago de la prima del seguro, tiene su asidero en el artículo 2.2.1.1.3.2.6., del Decreto 1082 de 2015, que señala que a la entidad estatal no le serán oponibles por parte del asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, por cuanto dentro de la mecánica del seguro de cumplimiento es al tomador/afianzado a quien le corresponde el pago de la prima y no al asegurado.

En lo que tiene que ver con la terminación del contrato de seguro por la falta de notificación al asegurador de las circunstancias que agravaron el riesgo, es plenamente posible, en atención a que es al asegurado (entidad estatal contratante) a quien le corresponde supervisar la ejecución del contrato, en este orden de ideas es a quien le incumbe el deber de información de los hechos en mención, la no observancia de este deber, es lo que genera la terminación a título de sanción, esta situación fáctica no ha sido prohibida por ningún ordenamiento que tenga el carácter de especial.

No puede ser otra la conclusión, porque la diligencia de una entidad estatal en el cumplimiento de sus deberes, evita que se susciten procesos por esta causa y que la finalidad del contrato se cumpla.

También es preciso tener en cuenta que ésta omisión del asegurado además de derivar en una consecuencia fatal para la supervivencia del contrato de seguro en razón de la terminación a que alude la norma, afecta directamente uno

de los elementos esenciales del contrato, a saber, el riesgo asegurable, razones por las cuales se concluye el carácter imperativo del 1060 del estatuto mercantil, por su texto.

El riesgo en los seguros de cumplimiento tiene una connotación muy especial pues para que la responsabilidad del contratista se vea comprometida y surja el derecho a la indemnización en cabeza del asegurado es necesario que el incumplimiento del contratista le sea imputable a éste. Por consiguiente, si las modificaciones realizadas por el asegurado al contrato, alteran las obligaciones del contratista y hacen inminente o más gravoso su cumplimiento, es claro, que éstas modificaciones afectan de manera directa el contrato de seguro de cumplimiento, por cuanto el riesgo, como elemento esencial está siendo modificado.

En virtud de lo anterior resulta inobjetable la aplicación del artículo 1060, al contrato estatal de seguro de cumplimiento, pues pretender lo contrario genera como consecuencia, lo que actualmente sucede: que gracias a la no observación del deber de información por parte del asegurado, el asegurador se niegue al pago de la indemnización y tenga que recurrir a la vía contenciosa, incrementando el número de litigios que genera un mayor perjuicio al Estado, por cuanto congestiona los tribunales y deja contratos sin terminar por parte de las entidades públicas dentro de los términos previstos, mientras se resuelve el litigio suscitado por la inobservancia del deber de información y del principio de la buena fe.

Bibliografía

- Bachiller, N. J., Sergio, B., & Perez, E. J. (1995). *Seguro de Caucción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones* (Vol. 1). (J. De los Mozos, Trad.) Madrid: Editorial RDP.
- Botero, M. B. (2012). El Seguro y la Fianza. Naturaleza Jurídica de las garantías de cumplimiento. En P. H. Zornosa, *Escritos Sobre Riesgos y Seguros*. Bogotá.: Universidad Externado de Colombia.
- Chinchilla, I. C. (Julio- Diciembre de 2011). El Deber de Información y sus Límites. *Revista Derecho Privado*(21).
- Código Civil. (26 de Mayo de 1873). Obtenido de Alcaldía de Bogotá:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
- Código de Comercio Colombiano. (27 de Marzo de 1971). Obtenido de Alcaldía de Bogotá:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>
- Confianza. (S.f). *Póliza de cumplimiento*. Obtenido de Confianza:
<https://www.confianza.com.co/es/polizas-cumplimiento>
- Consejo de Estado - Sentencia del 29 de Mayo. (29 de Mayo de 2003). *Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577)*.
- Consejo de Estado - Sentencia 1996-00376. (28 de Abril de 2010). *Sección tercera, Sentencia 1996-00376, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.168.*

Obtenido de Legis Legal:

<http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=>

Consejo de Estado - Sentencia del 06 de Mayo. (06 de Mayo de 2015). *Sección Tercera. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Sentencia 06 de mayo de 2015. Rad. 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837).*

Consejo de Estado – Sentencia del 20 de Agosto. (20 de Agosto de 2007). *Sección Tercera. Sentencia del 20 de agosto de 2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854)*

Consejo de Estado - Sentencia del 20 de Noviembre. (20 de Noviembre de 2008). *Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio Rad. No. 50422-23-31-000-01817.031).* .

Consejo de Estado - Sentencia del 22 de Abril. (22 de Abril de 2009). *Sección Tercera. Sentencia 22 de abril de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Rad. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667).*

Consejo de Estado - Sentencia del 27 de Marzo. (24 de Marzo de 2014). *Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2001-02444-01(29214).*

Consejo de Estado - Sentencia del 28 de Mayo. (28 de Mayo de 2012). *Sección Tercera. Sentencia del 28 de mayo de 2012. M.P. RUTH STELLA CORREA. Rad. No. 07001-23-31-000-1999-00546-01 (21489), .*

Consejo de Estado - Sentencia del 29 de Agosto. (29 de Agosto de 2007). *Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación No. 15324. MP. Mauricio Fajardo Gómez.*

Consejo de Estado - Sentencia del 30 de Enero. (30 de Enero de 2008). *Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 30 de enero de 2008. Rad. 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867).*

Consejo de Estado - Sentencia del 30 de Enero. (30 de Enero de 2008). *Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2008, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número:52001-23-31-000-2005-00512-01(32867).*

Consejo de Estado - Sentencia del 31 de Agosto. (31 de Agosto de 2011). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.Sentencia del 31 de agosto de 2011. Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080) M.P. Ruth Stella Correa Palacio.*

Consejo de Estado del 13 de Agosto. (13 de Agosto de 2009). *Sala de Consulta. 13 de agosto de 2009*

Consejo de Estado del 14 de Agosto. (14 de Agosto de 1997). *Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. César Hoyos Salazar. Consulta del 14 de agosto de 1997. Radicación N° 1011.*

Consejo de Estado del 19 de Febrero. (19 de Febrero de 2009). *Sección. Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. 19 de febrero de 2009. Rad. No. 2000-01720.*

Consejo de Estado del 22 de Abril. (13 de Agosto de 1993). *Sección tercera del 22 de abril de 1996.C.P. Jesús María Carrillo*

Consejo de Estado del 26 de Julio. (26 de Julio de 2012). *Sección Tercera del 26 de julio de 2012 C.P. Danilo Rojas Betancourth.*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa del 11 de Agosto. (11 de Agosto de 2010). *Sección Tercera del 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 20001-23-31-000-1998-04061-01 (18499).*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Auto del 20 de Noviembre. (20 de Noviembre de 2003). *Sección Tercera. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Auto de noviembre 20 de 2003. Exp. 19929.*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo del 10 de Julio. (10 de Julio de 2013). *Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Julio 10 de 2013.*

Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo del 24 de Agosto. (24 de Agosto de 2000). *Sección Tercera. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Agosto 24 de 2000. Exp. 11.318.*

Constitucion Politica de Colombia . (1991). *Constitucion Politica de Colombia 1991.* Obtenido de Alcaldía de Bogotá: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Corte Suprema de Justicia - Sentencia 170. (21 de Septiembre de 2000). *Sala de Casación Civil. Sentencia 170 del 21 de septiembre de 2000, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 6140.*

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 02 de Agosto. (02 de Agosto de 2008). *Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de agosto de 2008. M.P. Pedro Antonio Munar Cadena, Ref. 11001 31 03 016 1994 03216 01.*

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 02 de Febrero. (02 de Febrero de 2005). *Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de febrero de 2005. Exp. 9124. M.P. Pedro Antonio Munar Cadena.*

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 02 de Mayo. (02 de Mayo de 2002).
Sala de Casación Civil. Sentencia de 02 del mayo de 2002. M.P. Manuel Ardila Velásquez. Exp 6785.

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 03 de Marzo. (03 de Marzo de 2009).
Sala de Casación Civil. Sentencia del 03 de marzo de 2009. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 3103 039 1999 01682 01.

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 07 de Mayo. (07 de Mayo de 2002).
Sala de Casación Civil. Sentencia de 07 del mayo de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez Exp 6181.

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 12 de Diciembre. (12 de Diciembre de 2006).
Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 2006, M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp. 11001-31-03-035-1998-00853-01.

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 15 de Agosto. (15 de Agosto de 2008).
Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 del agosto de 2008, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena Exp. 11001 31 03 016 1994 03216 01.

Corte Suprema de justicia - Sentencia del 18 de Diciembre. (18 de Diciembre de 2009).
Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01.

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 19 de Mayo. (19 de Mayo de 1999).
Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de mayo de 1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 4923.

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 27 de Junio. (27 de Junio de 2013).
Corte SupSala de Casación Civil. Sentencia del 27 de junio de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 28 de Febrero. (28 de Febrero de 2007). *Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 68001 31 03 001 2000 00133 01.*

Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 6 de Julio. (06 de Julio de 2007). *Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de julio de 2007, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente 1999-0359-01.*

Corte Suprema de justicia del 02 de Marzo. (02 de Marzo de 1999). *Sala de Casación Civil. 02 de marzo de 1999. Exp. 11001 3103 039 1999 01 682 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.*

Corte Suprema de Justicia del 08 de Agosto. (08 de Agosto de 2007). *Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de agosto de 2007. M.P César Julio Valencia Copete. Exp. 08001-3103-004-2000-00326-01*

Corte Suprema de Justicia del 19 de Diciembre. (19 de Diciembre de 2008). *Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2008.M.P Arturo Solarte Rodríguez. Ref. 11001-3103-012-2000-00075-01.*

Corte Suprema de Justucia - Sentencia del 02 de Agosto. (02 de Agosto de 2001). *Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de agosto de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 6146.*

Dávila, V.L. G. (2006) Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá Legis. S.A.

Decreto 1082 . (26 de Mayo de 2015). *Decreto 1082 de 2015.* Obtenido de
Alcaldía de Bogotá:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62517>

Decreto 1480 . (2011). *Decreto 1480 de 2011.*

Decreto 663 . (02 de Abril de 1993). *Decreto 663 de 1993*.

Díaz, G. J. (Octubre de 2011). El Seguro de Cumplimiento en Colombia. En *Memorias del XXVI Encuentro Nacional Bodas de Oro de ACOLDESE*. Cartagena de Indias.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. (2001). Espasa Edición 22.

Durante, A. (1967). L'assicurazione della responsabilità imprenditoriale. En C. Latorre, *La Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros* . Milán.

Escobar, G. R. (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis S.A.

FASECOLDA. (S.f). El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. Obtenido de Tesouro: <http://www.tesouro.com.co/EJECUCIONpeta/CARTILLA%20SEGUROS%20FASECOLDA.pdf>

Félix, M. J. (1974). El riesgo en el contrato de seguro. En A. Ordoñez, *Lecciones de derecho de seguros*. Buenos Aires: Astrea.

Galindo, C. H. (2011). *El Seguro de Fianza*. Legis.

García, H. A. (2005). *Negociar el Riesgo* (1 ed.). Barcelona, España: ARIEL S.A. Barcelona, España.

Garrigues, J. (1954). *El contrato de Seguro*. Barcelona: Ediciones Spess.

Gómez, D. A. (2014). Régimen de Seguros. En Tomo I *El Contrato de Seguro Parte General*. Medellín: DIKÉ.

Gomez, L. I. (2013). *El derecho de la Contratación Pública en Colombia* (1 ed.). Legis.

- ICONTEC . (2008). *Manual Directrices de Gestión de Riesgo*. Bogotá: ICONTEC .
- ICONTEC. (2012). *Compendio de normas de Gestión del Riesgo*. Bogotá: ICONTEC.
- ICONTEC. (2012). *Guía Técnica Colombiana GTC-137 – Gestión del Riesgo*. Bogotá: ICONTEC.
- Jaramillo, C. I. (2013). *Derecho de Seguros (Vol. 4)*. Bogotá: Temis.
- Jaramillo, J. C. (2012). *Derecho de Seguros (Vol. 3)*. Bogotá: Temis.
- Latorre, C. N. (2000). *La Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros*. Valencia, España: Comares.
- Ley 225 - Congreso de la República. (12 de Diciembre de 1938). *Ley 225 de 1938*.
Obtenido de Sistema unico de información normativa: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1656358>
- Ley 100 - Congreso de la República. (23 de Diciembre de 1993). *Ley 100 de 1993*.
Obtenido de Secretaría del Senado:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Ley 1150 - Congreso de la República. (16 de Julio de 2007). *Ley 1150 de 2007*.
Obtenido de Secretaría del Senado:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Ley 1328 - Congreso de la República. (15 de Julio de 2009). *Ley 1328 de 2009*.
Obtenido de Secretaría del Senado:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html
- Ley 1328 - Congreso de la República. (15 de Julio de 2009). *Ley 1328 de 2009*.
Obtenido de Secretaría del Senado:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html

Ley 1474 - Congreso de la República. (12 de Julio de 2011). *Ley 1474 de 2011.*

Obtenido de Secretaría del Senado:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Ley 1480 - Congreso de la República. (12 de Octubre de 2011). *Ley 1480 de 2011.*

Obtenido de Alcaldía de Bogotá:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>

Ley 45 - Congreso de la República. (18 de Diciembre de 1990). *Ley 45 de 1990.*

Obtenido de Cancillería:

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0045_1990.htm

Ley 80 - Congreso de la República. (28 de Octubre de 1993). *Ley 80 de 1993.*

Obtenido de Alcaldía de Bogotá:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

López, B. H. (2014). *Comentarios al Contrato de Seguro* (6 ed.). Bogotá: Dupré Editores.

MAPFRE. (S.f). *Diccionario MAPFRE de Seguros*. Obtenido de MAPFRE:

<https://www.fundacionmapfre.org/wdiccionario/terminos/vertermino.shtml?a/agravacion-del-riesgo.htm>

Matallana, C. E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública* (2 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (01 de Diciembre de 2011). *Documento*

Conpes 3714. Del Riesgo Previsible En El Marco De La Política De Contratación Pública. Obtenido de

<https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

Monsalve, C. V. (30 de Diciembre de 2008). La buena Fe como Fundamento de los deberes precontractuales de Conducta una Doctrina Europea en Construcción. *Revista de Derecho*(30), 30-74.

Narvaez, B. J. (2011). *El Seguro de Cumplimiento de Contratos y Obligaciones* (1 ed.). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.

Ordoñez, O. A. (2004). *Lecciones de Derecho de Seguros* (3 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ordoñez, O. A. (Enero- Junio de 2011). *Revista E-Mercatoria*, 10(1).

Ordoñez, O. A. (2011). *El Seguro de Cumplimiento de Contratos Estatales en Colombia*. Universidad Externado.

Ordoñez, O. A. (2012). *Estudios de Seguros*. Universidad Externado de Colombia.

Ordoñez, O. A., Ignacio, J. C., & Darío, B. C. (14 de Junio de 2014). Ponencia 40°. Aniversario Del Código De Comercio: Pasado, Presente Y Futuro De La Regulación Del Contrato De Seguro En El Código De Comercio Colombiano De 1.971. *Revista Mercatoria*.

Ossa, G. E. (1991). *Teoría General del Seguro*. Bogotá D.C. : Temis S.A.

Pasanisi, E. (2000). Aggravamento del rischio en Assicurazione e Responsabilita Civil. En C. Latorre, *La Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros* .

Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional - Sentencia T-209. (17 de Marzo de 2006). *Sentencia T- 209 del 17 de marzo de 2006, M.P Jairo Córdoba Triviño*. Obtenido de Corte Constitucional:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-209-06.htm>

Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional - Sentencia T-537. (06 de Agosto de 2009). *Sentencia T-537/09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.*

Obtenido de Corte Constitucional:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-537-09.htm>

Sala Plena de la Corte Constitucional - Sentencia C-1194. (03 de Diciembre de 2008). *Sentencia C-1194/08, M.P. Rodrigo Escobar Gil.* Obtenido de Corte

Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-1194-08.htm>

Sala Plena de la Corte Constitucional - Sentencia C-648. (13 de Agosto de 2002).

Sentencia C-648/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Obtenido de Corte

Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-648-02.htm>

Sala Plena de la Corte Constitucional - Sentencia C-949. (05 de Septiembre de 2001). *Sentencia C-949/01, M.P. Clara Ines Vargas Hernandez.* Obtenido

de Corte Constitucional:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-949-01.htm>

Sánchez, C. F. (1999). *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a ley 50 de 1980 de 8 de octubre y sus modificaciones.* Aranzadi.- Navarra.

Sánchez, C. F. (2005). *Ley del Contrato de Seguro* (3 ed.). Aranzadi.

Sentencia C-232. (15 de Mayo de 1997). *Sentencia C-232/97, M.P. Jorge Arango Mejía.* Obtenido de Corte Constitucional:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-232-97.htm>

- Sentencia C-333. (01 de Agosto de 1996). *Sentencia C-333/96, M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Obtenido de Corte Constitucional:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>
- Sentencia C-892. (22 de Agosto de 2001). *Sentencia C-892/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Obtenido de Corte Constitucional:
<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-892-01.htm>
- Solarte, R. A. (12 de Noviembre de 2004). *La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta*. Obtenido de
http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/inicio#.WR4MBpI1_cc
- Suarez, B. G. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Público*. Bogotá: Legis.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (09 de Octubre de 2015). *Circular Externa Número 035*.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sentencia del 5 de Julio. (05 de Julio de 2013). *Sección Cuarta. subsección B. Sentencia del 5 de julio de 2013. Expediente 2012.00304-00. M.P. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda*.
- Yong, S. S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación* (3 ed.). Bogotá: Ibáñez.
- Zornosa, P. H. (Septiembre de 2001). Las Partes en el Contrato de Seguro. En *Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguro en Colombia (1971- 2001)* ACOLDESE. Bogotá.
- Zornosa, P. H. (2012). *Escritos Sobre Riesgos y Seguros*. Universidad Externando de Colombia.
- Zornoza, P. H. (Enero - Junio de 2001). Las partes en el Contrato de Seguros. *Revista de derecho privado*(7).

De manera muy atenta me permito presentar el concepto solicitado con el cual se pretende dotar de herramientas jurídicas para definir si procede o no aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de la agravación del estado del riesgo que se regula en el artículo 1060 C. de Co. al contrato de seguro de cumplimiento expedido a favor de entidades estatales dado que este no se puede revocar en forma unilateral.

En efecto tal como usted acertadamente lo observa el Consejo de Estado en la sentencia 1996-00376 del 28 de abril de 2010 expresa, con base en la ley 80 del año de 1993 que como el contrato de seguro de cumplimiento que se expide en favor del estado debe ser aprobado por éste, al mismo no aplica el artículo 1060 como tampoco la figura de la revocación unilateral.

Sea lo primero precisar que la figura de la revocación unilateral del contrato es una figura especial, cuyo fundamento se encuentra en el ejercicio de la autonomía privada; se trata de una facultad que aparece radicada para cualquiera de los extremos en la relación negocial la cual deriva de alguna de algunas de las características del contrato de seguro, la de ser de tracto sucesivo y bilateral.

En efecto, dado el carácter de tracto sucesivo del contrato, éste está llamado a desarrollarse en el tiempo. El contrato de seguro no solo tiene límites cuantitativos y cualitativos, también se incorporan límites de carácter temporal. Al fijar la fecha de iniciación y de terminación del contrato se busca limitar las obligaciones de las partes en el tiempo. De lo anterior se colige que la voluntad de continuar vinculado durante todo el período de vigencia del seguro, debe predicarse de los dos extremos en la relación negocial y, para el caso en que alguna de las partes no quiera continuar, la ley de seguros consagró la figura de la revocación unilateral por cualquier causa, como un derecho que puede ser ejercido en cualquier momento por cualquiera de los extremos en la relación negocial. Así las cosas la ley prevé que si es el tomador el que lo da por terminado su decisión no se encuentra sujeta a ninguna formalidad y la terminación produce efectos inmediatos pudiendo el asegurador cobrar tarifa a corto plazo al paso de que si quien lo da por terminado es el asegurador debe expresar su manifestación por escrito y la terminación surtirá efecto diez días después del envío de la comunicación a la última dirección registrada por parte del tomador de la póliza de seguro.

Cabe anotar que antes de la reforma al contrato de seguro contenida en la ley 45 del año de 1990 había entre otras formas de revocación cuyo efecto es la terminación: la revocación unilateral por cualquier causa y la revocación unilateral por la mora en el pago de la prima. Esta última regulaba que, en caso de mora, el asegurador podía ejercer a facultad unilateral de revocar el contrato por esa causa, caso en el cual como la razón de la terminación derivaba del

incumplimiento de una obligación pactada en el contrato la terminación producía efectos inmediatos.

Dado que en la práctica el asegurador no ejercía la facultad de revocar el contrato de seguro por la mora en el pago de la prima, terminaba financiando primas contra siniestros porque al abstenerse de hacerlo permanecía obligado al pago de la indemnización en caso de siniestro. De todo lo cual se colige que resultaba evidente que las aseguradoras terminaban financiando las primas con siniestros, realizando la operación en forma anti técnica, pues el negocio del seguro no radica solamente en el cálculo de una tarifa adecuada al estado del riesgo sino en el recaudo de las primas en forma oportuna, que es lo que preserva la confianza del público en el sistema y garantiza que el asegurador disponga de los fondos requeridos para la atención de la siniestralidad esperada.

Fue por este motivo que el legislador incorporó, en una norma imperativa, la figura jurídica de la terminación automática del seguro por la mora en el pago de la prima. Al hacerlo le cambió la naturaleza jurídica a la norma ya no se encuentra radicada, en el arbitrio del asegurador, la potestad de dar por terminado el contrato de seguro en caso de mora; ahora el efecto por la mora que es la terminación no depende de una facultad de revocar el contrato sino de una sanción que el legislador le impone al deudor incumplido¹.

Desde esa perspectiva una cosa es la revocación unilateral por mora y otra muy distinta la terminación unilateral del contrato por la mora en el pago de la prima. El efecto es el mismo cuando se ejerce la facultad de revocar la póliza el contrato se termina al paso que cuando hay mora el contrato también se termina esta vez en forma automática como resultado de la sanción que consagra el legislador para ese evento.

Cuando se expidió la reforma a las consecuencias por la mora en el pago de la prima, se planteó la problemática sobre si tal sanción aplicaba a otros seguros como a los seguros de cumplimiento que se expiden a favor de las entidades estatales. En aquel momento, el de la expedición del artículo 82 de la ley 45 de 1990, la doctrina especializada en derecho de seguros concluyó que dado el carácter imperativo de la norma y la ausencia de una regulación particular para el seguro de cumplimiento, como donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete distinguir, resultaba claro que dicha sanción aplicaba a todos los contratos que carecieran de una regulación excepcional en ese ámbito.

La conclusión anterior explica las razones por las que dadas las singularidades que se predicen del seguro de cumplimiento para preservar el alcance de la

¹ Zornosa Prieto Hilda Esperanza, escritos sobre riesgos y seguros Universidad Externado de Colombia 2012 pp 493 y 645.

garantía el legislador de la contratación estatal consagró la prohibición de aplicar la sanción de la terminación automática por el no pago de la prima a los seguros de cumplimiento y la figura de la revocación unilateral por cualquier causa cuyo efecto también es el de la terminación en este caso.

Posteriormente en los decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012 (éste último derogado por 1510 de 2013) se reiteró la improcedencia de la terminación automática del contrato de seguro por la falta de pago de la prima y la de la revocatoria del mismo. Al respecto obsérvese que mientras en el decreto 4828 de 2008 las figuras del contrato de seguro que resultaban inaplicables eran las de la *expiración por el no pago de la prima* y la de la *revocación unilateral*, en el decreto 734 de 2012 las que se consagraron como improcedentes fueron las de la *terminación automática por la falta de pago de la prima* y la de la *revocación*. Al suprimirse en esta última regulación la expresión *unilateral* podría pensarse prima facie que resultaría viable aplicar el principio según el cual donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete distinguir afirmación de la cual también resultaría viable considerar que al asegurador le estaría vedado invocar cualquiera de las causales de revocación que se estudian en el capítulo de las causales de inoperancia, incluyendo la relacionada con la agravación o modificación al estado del riesgo.

No obstante téngase en cuenta que, en artículos posteriores de los mencionados decretos, se regula de manera especial la figura de la inoponibilidad de las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias o de cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.

En efecto las demás excepciones que en las mencionadas normas se prohíbe al asegurador invocar como causal de exoneración de responsabilidad son las provenientes del tomador que no las del propio asegurado y como quiera que el artículo 1060 señala que tanto el asegurado como el tomador según el caso deben mantener el estado del riesgo resulta claro que si por ejemplo se introducen modificaciones al contrato garantizado puede el asegurador exigir tanto del tomador como del asegurado el cumplimiento del deber de notificar las circunstancias que constituyan una modificación o una agravación al estado del riesgo.

El decreto 1510 de 2013 en el artículo 133 precisa que la garantía única de cumplimiento no expira por la mora en el pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente. Es decir vuelve a retomar el criterio según el cual lo que no puede el asegurador aplicar al contrato de seguro es la figura de la revocación unilateral. Nótese que la revocación que la ley califica de unilateral es la que se deriva del ejercicio de una facultad unilateral por cualquier causa. La consecuencia que se

deriva del incumplimiento del deber de mantener el estado del riesgo, es decir la posibilidad de revocar el contrato por dicha causa no es en estricto rigor jurídico el ejercicio de una facultad unilateral, puesto que la misma deriva del incumplimiento de un deber es decir que se trata de una sanción impuesta por esa causa, esto es que esta figura jurídica ostenta una naturaleza jurídica distinta. El asegurador tiene el deber de tarifar en función del riesgo y si el riesgo se modifica o se agrava debe además ajustar la prima.

En adición al criterio interpretativo anterior importa considerar que el artículo 134 del decreto 1510 de julio 7 de 2013 señala que al asegurador no le es dado esgrimir los errores del tomador como causal para exonerarse del pago de la indemnización y, en este caso dar por terminado el contrato a partir del incumplimiento, pero guarda silencio en relación con las consecuencias por los errores de omisión imputables al asegurado, de manera que ante la ausencia de una regulación excepcional para ese evento en concreto, en mi sentir resulta legítimo para el asegurador invocar como sanción en contra del asegurado el incumplimiento del deber que el legislador consagró también en su cabeza, y con mayor razón si éste ha quedado incorporado en las estipulaciones de la póliza de seguro ya que el contrato es ley para las partes.

Téngase en cuenta que las normas de contratación estatal prohíben que el asegurador invoque como causal de exoneración de responsabilidad los errores u omisiones cometidos por el tomador, más de manera expresa no consagra la prohibición de que el asegurador invoque como causal de exoneración de responsabilidad los errores cometidos por el propio asegurado.

Por tal motivo para cada caso en concreto habrá lugar a analizar si tal incumplimiento se predica de un deber radicado en cabeza del tomador, o si dicho deber también se encontraba radicado en el asegurado caso en el cual de manera válida podría invocar, - como ya se dijo- la terminación del contrato, cuando se enfrenta el incumplimiento de un deber que la ley y el contrato también también haya quedado radicado en el asegurado.

A la anterior conclusión se llega del análisis de los textos normativos radicado en cabeza deriva de una obligación que la ley del contrato de seguro radicó también, de manera expresa, en cabeza del asegurado por lo que si el asegurador así lo considera puede invocarlo como causal para atribuir la consecuencia que se consagra en la norma del código de comercio citada.

Resulta claro entonces que lo que el asegurador no puede hacer es invocar los errores del tomador para exonerarse del pago; pero como la sanción que consagra el artículo 1060 del código de comercio no solo aplica cuando el error sea imputable al tomador sino cuando el error se le impute al asegurado, en este

último evento con base en las normas analizadas si puede el asegurador invocar la excepción de pago.

De manera que, como lo advierte la doctrina especializada ², si bien hay eventos que no constituyen agravación al estado del riesgo como el de la disminución del patrimonio del contratista o el de mora en la entrega de las obligaciones a su cargo entre otros, por el contrario las modificaciones que se introducen al contrato en las que no solo participa el tomador sino el asegurado, legitiman al asegurador para invocar en contra del asegurado el incumplimiento de un deber propio, puesto que fue radicado no solo en el tomador sino también en cabeza del asegurado.

Dejo en estos términos expuestos los comentarios por usted solicitados.

Cordialmente

HILDA ESPERANZA ZORNOSA PRIETO.

² *Narváz Bonnet Jorge Eduardo " El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones Pontificia Universidad Javeriana Ibáñez 2011 pp166 a 169.*

AGRAVACIÓN DEL RIESGO EN LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES

Comentarios: Prof. Jorge Eduardo Narváez Bonnet

La aplicación de las consecuencias jurídicas derivadas de la AGRAVACIÓN DEL RIESGO a que alude el artículo 1060 del Código de Comercio colombiano al contrato de seguro de cumplimiento expedido a favor de Entidades Estatales, es discutida en virtud de la particular regulación de este tipo de seguros, al consagrar la prohibición para el asegurador de revocar unilateralmente el seguro.

En torno a este tema se presentan algunos comentarios tomando en consideración alguna jurisprudencia del Consejo de Estado, que es del parecer de que no aplica el artículo 1060 al contrato de seguro de cumplimiento estatal, como se expresa en la sentencia 1996-00376 del 28 de abril de 2010, que en la parte pertinente sostiene:

“[C]uando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (C.Co., art. 1058), pagar la prima (C.Co., art. 1066), mantener el estado del riesgo (C.Co., art. 1060), notificar sobre circunstancias sobrevivientes que agraven o varíen el riesgo (C.Co., art. 1066), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (C.Co., art. 1075), etc., como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (C.Co., art. 1071)”.(Subrayado ajeno al texto)

Para alcanzar mayor claridad en el examen de la temática propuesta, acudo al siguiente esquema:

A. El régimen general de la agravación del estado del riesgo

- B. La agravación del riesgo en el seguro de cumplimiento
- C. La agravación del riesgo en la Garantía única a favor de entidades estatales
- D. Conclusiones

El cual procedo a desarrollar enseguida.

A. El régimen general de la agravación del estado del riesgo

En concordancia con lo dispuesto en los artículos 1058 y 1060 del Código de Comercio, constituyen legalmente agravación del estado del riesgo los “...hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas...” (art. 1058, inc. 1º); razón por la cual el tomador o el asegurado deben “...notificar 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 1057, signifiquen agravación del estado del riesgo o variación de su identidad local”.

De acuerdo con lo expuesto, la agravación del estado del riesgo se presenta ante hechos o circunstancias nuevos o sobrevinientes con posterioridad a la celebración del contrato, que de haberse presentado, hubieran conducido al asegurador a no celebrar el contrato, o de haber optado por acceder a su celebración, lo hubiera hecho en condiciones diferentes a las pactadas y que hubieran podido ser más restrictivas en términos de amparo, o representar un mayor costo.

La sanción por razón de la agravación del estado del riesgo no puesta en conocimiento del asegurador, consiste en la terminación del contrato de seguro, como lo dispone el artículo 1060 del Código de Comercio.

El propósito de esta obligación que se impone al asegurado de preservar el estado del riesgo, se encamina a proteger el equilibrio de las prestaciones asumidas por las partes y, particularmente, que el nivel de la prima corresponda al estado del riesgo o grado de exposición a pérdida, asumido inicialmente por el asegurador y por tanto, solo se configuraría la agravación del riesgo, cuando de conformidad con la respectiva tarifa pudiera ocasionar un costo mayor en la prima, o cuando esa situación fáctica que ha sufrido alteración o modificación, es uno de los factores propios del proceso de selección de riesgos.

A quien corresponde esa obligación, es decir, si al tomador o al asegurado, dependerá de quien tenga bajo su control inmediato el interés materia del respectivo contrato de seguro; como el seguro de cumplimiento de contratos viene a garantizar la satisfacción de determinadas obligaciones del contratista en beneficio de la entidad contratante, puede aseverarse preliminarmente, que es ésta última quien está interesada en la satisfacción de tales obligaciones, por lo que es claramente a quien compete esa carga de preservar las características y condiciones del riesgo inicialmente asumido por el asegurador.

En líneas generales, para establecer si hubo o no agravación del estado del riesgo, se requerirá previamente de una evaluación de las circunstancias fácticas que presumiblemente le dan origen, es decir, amerita el análisis de los hechos que rodearon la supuesta o pretendida agravación.

En ocasiones, esa modificación de circunstancias, puede ser provocada por el mismo asegurado para precaver la ocurrencia de un siniestro o con el fin de atenuar sus consecuencias, pero esa alteración sólo constituirá agravación, si satisface las exigencias de ley. También es posible que obedezca a fuerza mayor o caso fortuito, eventos en los cuales la doctrina desde antaño ha considerado que se trata de circunstancias justificativas no susceptibles de ser penalizadas y que, a pesar de su presencia, el contrato se mantiene incólume, y por contera surte plenos efectos.

B. La agravación del riesgo en el seguro de cumplimiento

Como es bien sabido, el riesgo en el seguro de cumplimiento adquiere una connotación especial respecto de los demás seguros de daños, por cuanto su contenido trasciende el ámbito de lo fortuito, como quiera que también comprende, en razón de su finalidad o propósito de garantía, los actos culposos del tomador o contratista y, por ello, se afirma que el objeto del amparo lo constituye el hecho futuro e incierto del incumplimiento del contratista.

Es sabido que la obligación de declaración del tomador al momento de contratar el seguro, se extiende, de acuerdo con las voces del artículo 1058 del estatuto mercantil, a los hechos o circunstancias que determinen el estado del riesgo y el cual hace relación a las condiciones y circunstancias que determinan igualmente la probabilidad de realización del riesgo o de los riesgos a que se encuentran expuestos la persona, el patrimonio o el bien asegurado.

Esa declaración efectuada por el tomador, es sin duda uno de los factores que constituye móvil o motivo determinante en la etapa preliminar a la conclusión del contrato y durante toda la vida de éste y a esto obedece que la ley imponga al tomador del seguro, el deber de declarar sincera y verazmente los hechos y circunstancias que puedan incidir en el juicio del asegurador, en su apreciación sobre los elementos constitutivos del riesgo.

En frente del seguro de cumplimiento, como consecuencia de la función de garantía que está llamado a satisfacer ese tipo de amparo, es claro que la efectividad del mismo no puede quedar supeditada al comportamiento adecuado del tomador al momento de la celebración del contrato, como tampoco a su proceder posterior y, por lo tanto, delantadamente debe afirmarse que en materia de estado del riesgo lo que cobra verdadera significación es la modificación o alteración de éste por las partes contratantes y sin el asentimiento previo del asegurador. .

A quien corresponde esa obligación de conservación del estado del riesgo, viene dado por quien tenga bajo su control inmediato el interés materia del respectivo contrato de seguro y, como en el seguro de cumplimiento el asegurado es la entidad contratante y es además, quien está interesada en la satisfacción de las obligaciones de su contratista, es claramente a quien compete esa carga de preservar las características y condiciones de ese riesgo inicialmente asumido por el asegurador.

En este orden de ideas, en los seguros de cumplimiento no puede constituir agravación del estado del riesgo el deterioro de la situación patrimonial del contratista, como tampoco el retardo o ejecución defectuosa o imperfecta de las obligaciones a su cargo, ya sea hipotético o real, porque ese es precisamente el alea asumido por el asegurador. Inejecución, retardo o ejecución defectuosa que deben ser puestos en conocimiento del asegurador, por parte del asegurado, con el propósito que éste pueda evaluar oportunamente con el contratista las circunstancias que hubieren dado origen a esos hechos y establecer si éstos se encuentran conjurados y los defectos de ejecución debidamente subsanados.

Por el contrario, si podría predicarse agravación del estado del riesgo, si el contratante (asegurado en este caso) no preserva el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado o introduce de manera unilateral modificaciones en cuanto a la extensión o contenido de las obligaciones a cargo del contratista, haciendo

más gravosa su ejecución por parte de éste, sin lugar a duda, aumenta las posibilidades de incumplimiento del contratista y lo hace de manera ilegítima, porque esa clase de conductas no encuentran justificación en el ordenamiento jurídico y de esa manera, aumenta también de manera arbitraria el grado de exposición asumido por el asegurador al momento de expedir la respectiva póliza de seguro.

Indudablemente, en el caso de las entidades estatales, de acuerdo con lo previsto en la ley 80 de 1993, cuentan con las facultades excepciones de interpretación y de modificación unilateral (arts. 15 y 16), pero tales prerrogativas cuentan con un marco legal que debe observarse y lo cual conduciría a que la aseguradora fuera notificada previamente, del inicio de tales procedimientos de interpretación y de modificación unilateral.

De manera que en materia de contratación estatal, es innegable que cualquier modificación que el contratante introduzca de las obligaciones del contratista, debe ponerlas en conocimiento del asegurador antes de formalizar la respectiva modificación, pues la mutación *en los términos del contrato garantizado* inciden en la extensión y contenido de las obligaciones asumidas por el asegurador y por lo tanto, deben ser autorizadas previamente por éste, para que pueda entenderse jurídicamente vinculado y la relación asegurativa continúe surtiendo efectos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de febrero de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, estimó que el contrato de seguro de cumplimiento había terminado como consecuencia de no haberse informado al asegurador dos circunstancias que agravaron el riesgo asegurado: una de ellas, los cambios que se hicieron al contrato cuyas obligaciones se aseguraron, y la otra, el incumplimiento del tomador de la póliza en el pago de múltiples facturas a la parte asegurada.

En consecuencia, es indiscutible que bajo la relación asegurativa de garantía existe un deber elemental de lealtad y que impone que cualquier hecho o circunstancia que ocurra bajo la relación contractual subyacente que tenga la potencialidad de afectar la garantía, deba ser puesta en conocimiento del asegurador por parte del asegurado o beneficiario; como medida preventiva que cierre el paso a ulteriores interpretaciones amplias que vean en esa falta de aviso o de notificación, circunstancias de agravación del riesgo y de esa manera, restarle amparo a la reclamación posterior de la entidad contratante.

En este sentido, para que pueda aducirse la terminación automática del amparo conferido por una póliza de seguro de cumplimiento, no se debe tratar de una simple modificación en relación con algunas de las características del riesgo inicialmente sometido a consideración del respectivo asegurador, sino que debe tratarse de una alteración en el estado del riesgo que desde el punto de vista jurídico sea relevante, vale decir, que afecte los chances o las posibilidades de ejecución del contrato por parte del respectivo contratista, cosa que, claramente sucedería, cuando el contratista se compromete a realizar obras adicionales o a introducir modificaciones en los trabajos contratados, o cuando la entidad estatal procede a hacer uso de las prerrogativas de interpretación y modificación unilateral, pero sin informar del inicio de tales procedimientos a la aseguradora; bajo las hipótesis anteriores, el contratista estaría asumiendo obligaciones adicionales y por contera, aumentando su responsabilidad y haciendo también mas gravosa la ejecución del contrato.

En esas hipótesis, expresado en el léxico propio de la actividad, se estaría generando una mayor exposición y, desde el punto de vista jurídico, se configuraría una agravación objetiva del riesgo.

C. La agravación del riesgo en la Garantía Única a favor de entidades estatales

En materia de contratos estatales, la ley 80 de 1993 estatuyó la denominada garantía única de cumplimiento, la cual, entre otras características, posee la particularidad que no opera la terminación automática por mora en el pago de la prima, como tampoco la revocación unilateral (numeral 19, artículo 25, L. 80 de 1993).

La reglamentación contenida en el Decreto 4828 reiteró esos dos aspectos de irrevocabilidad del amparo y de inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada (art. 15, nums. 15.5 y 15.6), consagrados en la ley de contratación estatal, que resultan de la mayor trascendencia y que cobran protagonismo en no pocas discusiones al momento de presentarse dificultades en la ejecución del contrato o como consecuencia de las reclamaciones de las entidades contratantes a las aseguradoras.

Ese carácter de garantía, demanda que se preserve su estabilidad y permanencia durante su término de vigencia, razón por la cual esa exigencia no vino a hacer otra cosa que reconocer ese carácter de irrevocabilidad por el cual propugnaba un sector de la doctrina y que ya había sido materia de reconocimiento por la jurisprudencia. Ello explica porque el artículo 15.5 del decreto 4828 de 2008 determinó expresamente que

la garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas no expiraría por falta de pago de la prima, como tampoco podía ser revocada unilateralmente, lo que también fue acogido en los artículos 5.2.1.1.5 del decreto 734 de 2012 y en el artículo 133 del decreto 1510 de 2013 actualmente vigente, por lo que a la garantía única no es aplicable la terminación del amparo por falta de pago de la prima como tampoco procede la revocación unilateral por la aseguradora del amparo.

De manera que, las dos restricciones antes señaladas son consecuentes con el carácter de garantías que es propio de los seguros de cumplimiento que debe preservarse a toda costa con el ánimo de salvaguardar su efectividad y, de esa manera, evitar que se torne inane.

Pero, como ha quedado expuesto, la reglamentación se ha ocupado de la irrevocabilidad del amparo y la inaplicabilidad de excepciones a la entidad asegurada por la conducta del tomador en términos muy semejantes.

Pues bien, respecto de ésta última restricción hoy la consagra el artículo 134 del decreto 1510 de 2013 en el sentido que: *“La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista”* y, particularmente, cuando hace referencia a *“cualquier otra excepción”*, dentro de esa expresión quedaría comprendida la alteración, modificación o agravación del estado del riesgo, cuando dicha circunstancia obedezca al deterioro de la situación patrimonial del contratista, o al retardo o ejecución defectuosa o imperfecta de las obligaciones a su cargo, ya sea hipotético o real, porque ese es precisamente el alea asumido por el asegurador.

En consecuencia, no podría aseverarse que la agravación del estado del riesgo no opera respecto de la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales, porque es una generalización que resulta desafortunada, habida cuenta que si podría predicarse agravación del estado del riesgo, si la entidad contratante (asegurado en este caso) no preserva el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado o interpreta o introduce de manera unilateral modificaciones en cuanto a la extensión o contenido de las obligaciones a cargo del contratista, haciendo más gravosa su ejecución por parte de éste, sin informar a la aseguradora, en su oportunidad, del inicio de los procedimientos respectivos para hacer uso de las

potestades excepcionales que en ese sentido le confiere la ley 80 de 1993; ese proceder resultaría ilegítimo ante la inobservancia del marco legal establecido para tales interpretaciones y modificaciones unilaterales, que llevaría a acrecentar de manera irregular el grado de exposición asumido por el asegurador al momento de expedir la respectiva póliza de seguro, lo cual desquicia el equilibrio prestacional que es precisamente por lo que se propugna a través de la notificación de las circunstancias agravantes del riesgo.

D. Conclusiones

En síntesis, en frente del seguro de cumplimiento, no tiene cabida la terminación del amparo por agravación del estado del riesgo, cuando esta hubiera sido ocasionada por el tomador o afianzado (art. 1060 C. de Co.), por razón de la función misma de garantía que está destinada a cumplir esta clase de seguro y, porque sería tanto como dejar al arbitrio del mismo tomador, la efectividad del amparo.

En consecuencia, no tiene cabida la terminación del amparo por agravación del estado del riesgo ocasionada por el tomador o afianzado (art. 1060 C. de Co.), aunque si cobra operancia la agravación del estado del riesgo por parte del asegurado, como sucedería, verbigracia, cuando la entidad contratante impusiera obligaciones adicionales al contratista; interpretara o modificara unilateralmente el contrato sin atender al marco legal para hacer uso de esas prerrogativas excepcionales y sin notificar a la respectiva aseguradora del inicio de los procedimientos en cuestión; demorara la entrega de diseños o bienes necesarios para el desarrollo de las obras o trabajos contratados, o bien, incurriera en mora para satisfacer los pagos parciales, entre otros supuestos, se ha estimado que las consecuencias señaladas en la ley para la agravación del estado del riesgo, cobran plenos efectos.

En frente de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, la doctrina desde antaño ha considerado que se trata de circunstancias justificativas no susceptibles de ser penalizadas y que, a pesar de su presencia, el contrato se mantiene incólume, y por contera surte plenos efectos.

Ahora bien, dadas las características especiales que son propias de los seguros de cumplimiento, en virtud de la función de garantía que satisfacen, es evidente que no puede constituir agravación del estado del riesgo, el deterioro de la situación patrimonial del contratista, como tampoco el retardo o ejecución defectuosa o imperfecta de las obligaciones, ya sea hipotético o real, a su cargo porque, ese es precisamente el alea

asumido por el asegurador; Inejecución, retardo o ejecución defectuosa que, claro está, deben ser puestos en conocimiento del asegurador por parte del asegurado, con el propósito que éste pueda evaluar oportunamente con el contratista, las circunstancias que hubieren dado origen a esos hechos y, establecer, si éstos se encuentran conjurados o la manera de hacerlo y si los defectos de ejecución ya han sido debidamente subsanados.

En sentido contrario, si podría predicarse agravación del estado del riesgo, aún en frente de la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales, si el contratante (asegurado en este caso) no preserva el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado, o interpreta o modifica unilateralmente el respectivo contrato sin atender al marco legal para ese efecto y la notificación previa a la aseguradora, como quiera que esas conductas conllevan modificaciones en cuanto a la extensión o contenido de las obligaciones a cargo del contratista, haciendo más gravosa su ejecución por parte de éste; en todas esas circunstancias, sin lugar a duda, el asegurado aumenta las posibilidades de incumplimiento del contratista y lo haría de manera ilegítima, porque esa clase de conductas tienen un marco en el ordenamiento jurídico, porque generan de hecho, un aumento en el grado de exposición asumido por el asegurador al momento de expedir la respectiva póliza de seguro.

JORGE EDUARDO NARVAEZ BONNET