

**EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA**



ANDREA PENAGOS BOTERO

Presentado para optar el título de ABOGADO.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C.
2005**

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946

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

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. ASPECTOS METODOLÓGICOS	7
1.1 JUSTIFICACIÓN	7
1.2 OBJETIVOS	7
2. CONTRATO DE SEGUROS	8
2.1 RESELÑA HISTÓRICA	8
2.2 NOCIÓN DEL CONTRATO DE SEGUROS	9
2.3 INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE SEGUROS	10
2.4 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGUROS	11
2.5 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGUROS	15
2.6 CLASIFICACIÓN DE LOS SEGUROS	16
2.7 OBLIGACIONES DE LAS PARTES	17
2.7.1 Obligaciones a cargo del tomador	17
2.7.1.1 Obligaciones Precontractuales	18
2.7.1.2 Obligaciones Contractuales	18
2.7.1.3 Obligaciones con ocasión del siniestro	19
2.7.2 Obligaciones a cargo del asegurador	20
3. EL CONTRATO DE SEGUROS EN EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	22
3.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL RÉGIMEN DE LOS SEGUROS ESTATALES	22
3.2 NORMAS APLICABLES AL CONTRATO DE SEGUROS ESTATAL	24
3.2.1 Licitación Pública, como regla general. Contratación Directa como excepción	24
3.2.2 Exclusión de estipulaciones exorbitantes o excepcionales	25
3.2.3 No aplicación del Registro de Proponentes	36
3.2.4 La celebración directa de contratos interadministrativos tiene una excepción legal: El contrato de seguros	26

3.2.5	Prohibición de exigir garantía única en los contratos de seguros	26
3.2.6	Jurisdicción competente	26
4.	SEGURO DE CUMPLIMIENTO	28
4.1	ANTECEDENTES	28
4.2	DEFINICIÓN DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO	28
4.3	SUJETOS EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO	29
4.4	CLASES DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO	29
4.5	NATURALEZA JURÍDICA	30
4.5.1	Diferencias entre la fianza y el seguro	32
4.5.2	Similitudes entre la fianza y el seguro	33
4.6	EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS	34
5.	EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	35
5.1	GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA	36
5.2	GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO	36
5.2.1	Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo	37
5.2.2	Amparo de cumplimiento	38
5.2.3	Amparo de estabilidad de obra	39
5.2.4	Amparo de salarios y prestaciones sociales	39
5.2.5	Amparo de calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos	40
5.3	SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	40
6.	OCURRENCIA Y CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO	42
6.1	EL SINIESTRO EN LAS PÓLIZAS A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES	42
6.2	NOTIFICACIÓN DE LA DECLARATORIA DEL SINIESTRO	44
6.3	LA RECLAMACIÓN	45
6.4	EL MÉRITO EJECUTIVO	46
6.5	EL PAGO DE LA PRIMA COMO CAUSAL DE IRREVOCABILIDAD DEL CONTRATO DE SEGUROS	47
	BIBLIOGRAFÍA	49

INTRODUCCIÓN

No se pretende con éste estudio cosa distinta a realizar una recopilación de normas y directrices del seguro de cumplimiento, especialmente lo relacionado con la contratación administrativa, y dirigirlo a aquellas personas que no tienen conocimientos jurídicos, para que puedan entender los aspectos más importantes del seguro en general y en especial el de cumplimiento. Espero pues, puedan recurrir a él y con facilidad encuentren explicaciones a temas que se manejan día a día, con claridad y precisión.

La ausencia casi total de textos y análisis relacionados con el tema, es el más grande de los obstáculos que se encuentran en el momento de querer profundizar en su estudio y entendimiento. Por esta razón este trabajo puede dirigirse especialmente a los funcionarios suscriptores e indemnizadores, que por la razón expuesta, carecen de parámetros legales, jurisprudenciales y doctrinales, que les permitan no solo efectuar el análisis de los riesgos a evaluar sino decidir con el rigor jurídico que el contrato de seguro les impone, si se efectúa o no, el pago indemnizatorio.

A no dudarlo, la complejidad del tema y su extensión, harán evidente que el estudio sea parcial. A través de él se elaborará, en primer término, un estudio de los aspectos generales del contrato de seguro, así como de la garantía única de cumplimiento y sus amparos para, una vez descrito este marco básico que dará al lector un contexto global, entrar a tocar el tema de la configuración del siniestro y las diferentes teorías. Lo anterior puede convertir al presente documento en un importante y práctico manual de consulta en torno al tema desarrollado.

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 JUSTIFICACIÓN

En materia de contratación administrativa, los seguros pueden manifestarse de dos formas diferentes, primero se encuentran aquellos seguros que las entidades estatales deben contratar con el fin de proteger sus bienes e intereses, en los cuales la entidad estatal es el tomador y beneficiario de la póliza. Estos seguros son aquellos conocidos como SEGUROS OFICIALES.

Por otro lado y con el fin de proteger los intereses patrimoniales de las entidades estatales contra el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los contratistas, se encuentran los seguros como GARANTIAS obligatorias para contratar con El Estado, toda vez que es requisito la presentación de garantías de cumplimiento del contrato por parte de los contratistas y a favor de la entidad estatal contratante, en las cuales el tomador es siempre el contratista y el asegurado la entidad estatal. Estas garantías serán el objeto del presente estudio.

El Estatuto de Contratación Administrativa, LEY 80 de 1993, en su Artículo 25 numeral 19, exige como requisito que el contratista presente garantía única, que avale el cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato. Dichas garantías deben tener una vigencia igual a la del contrato y su liquidación.

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo General. Realizar un recuento de las normas, doctrina y jurisprudencia existentes relacionadas con los contratos de seguros dentro de la contratación administrativa, porque constituyen un requisito necesario para la ejecución de los acuerdos celebrados con el Estado.

1.2.2 Objetivos Específicos

- Analizar algunas situaciones puntuales que se presentan en la práctica durante la vigencia de las garantías de cumplimiento, las cuales, a pesar de su importancia aún no han sido contempladas legalmente, de tal forma que se hace necesario acudir a la jurisprudencia y doctrina existentes.
- Obtener una adecuada ilustración sobre la vigencia de las garantías de cumplimiento, la cual se pretende ofrecer a través de este documento.

2. CONTRATO DE SEGUROS

Una de las más importantes manifestaciones económicas del crecimiento de un país, es el desarrollo de la actividad aseguradora. Es así, que a mayor grado de cultura y tecnología, resulta más imperiosa la necesidad de contar con la protección que brinda el seguro. De ahí, que en países tan avanzados como Inglaterra o Estados Unidos, el seguro sea un aspecto indispensable en el desenvolvimiento de las actividades mercantiles y el pago de las primas se cuente dentro de los rubros estipulados como necesarios dentro del presupuesto familiar.

2.1 RESEÑA HISTÓRICA

Desde tiempos remotos, se encuentran citas referentes a esta institución con la que se pretendía proteger los bienes contra situaciones imprevistas.

Como lo anota el profesor Antigono Donati: *“La asociación de varias personas con finalidades de asistencia y repartición de los riesgos, es un fenómeno normal de la humanidad, y se puede decir que nace con ella: inicialmente la familia, después el clan y la tribu la realizaron naturalmente. Más tarde, con el surgimiento de la organización estatal, la asociación para mutua asistencia se transforma en un fenómeno voluntario; la encontramos en la India, Persia, Palestina, Fenicia, existiendo referencias a ella en el Talmud y en el Código de Hammurabi.”*¹

La primera noticia que se tiene de una institución similar a lo que hoy se entiende por el seguro, data del Código de Hammurabi, en donde se establecía que quien contrataba trabajadores, tenía que pagarles los accidentes sufridos en el trabajo.

Así mismo, en el Talmud, libro sagrado judío, existían dos instituciones que se pueden enmarcar dentro del concepto de seguro; “en primer lugar, aquella que indicaba que todos los judíos pertenecientes a un mismo grupo familiar debían ayudar a proveer a las mujeres solteras de -la dote- para que pudieran contraer matrimonio. Era, lo que se podría llamar, un seguro de matrimonio. En segundo término, se encontraba la obligación que tenían los patronos de barco de indemnizar a sus colegas cuando éstos perdían un barco a causa de una tempestad.”²

Por su parte, en Egipto se crearon asociaciones para proteger a los miembros de las caravanas que atravesaban el desierto, mediante la colecta de sumas de dinero, que eran utilizadas para pagarle, a manera de indemnización, a los dueños de los camellos que morían durante las travesías. Igualmente, en Grecia, se realizaron estas colectas, con el objeto de prestarse asistencia mutua en los gastos funerarios. Finalmente, la importancia de

¹ LÓPEZ, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros. Bogotá : Editorial Temis, 1982, p. 1

² Seguros Temas Esenciales. En: Revista de la Universidad de la Sabana. Bogotá : Universidad de la Sabana, 2003, p. 22

esta figura se manifestó en el pueblo romano por medio de varias instituciones; En particular, a través de los *Collegia Militum*, que buscaban ayudar a los militares transferidos de guarniciones y el préstamo a la gruesa, por cuyo intermedio un patrono dueño de un barco, solicitaba dinero prestado para financiar una aventura marítima y dependiendo del resultado lo devolvía a su acreedor. Así, si la nave llegaba sin problema alguno a puerto, debía retornar el monto prestado, más un interés previamente estipulado del 25% pero, si la nave naufragaba terminaba la obligación de devolver el dinero al prestamista, quién sufría la pérdida al haber asegurado el riesgo.³

Sin embargo, es desde el Siglo XIV cuando encontramos tipificado el seguro, que atiende los lineamientos seguidos por el contrato conocido en la actualidad. De esta manera, a pesar de ciertas discrepancias sostenidas especialmente por autores alemanes, es en esta época de la historia que se estructura por primera vez en Italia el seguro como institución, en donde lo comenzaron a llevar a la práctica los mercaderes de Florencia, Génova y Venecia. A partir de este país, su uso se extendió a Francia, España y luego a toda Europa, llegando así a Inglaterra en donde se creó la primera compañía especializada en el ramo de los seguros, “*The Fire Office*”, conocida hoy en día como **Royal & SunAlliance**.

En el ámbito nacional, ordenanzas como las de Sevilla o las de Bilbao o la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, se encuentran dentro de las primeras regulaciones relacionadas con el derecho de seguros. En el más reciente período, el Código Comercial del Estado de Panamá, fue el ordenamiento que reguló el contrato de seguros, siendo adoptado por la República de Colombia hasta 1972, cuando entra en vigor el actual Código de Comercio, (C. De Com.), Decreto-Ley 410 de 1971, el cual en su Título V, regula todo lo concerniente a esta institución.

2.2 NOCIÓN DEL CONTRATO DE SEGUROS

El Seguro es una institución jurídica compleja, tanto en sus fundamentos como en su contenido y fines, por esta razón la ley no da una noción del mismo, dejando dicha labor en manos de la doctrina. En consecuencia, se encuentran infinitas definiciones, como la ofrecida por el profesor Joaquín Garrigues, quien dice que el contrato de seguros es:

*“Contrato en virtud del cual una persona natural o jurídica, el asegurado, desplaza todo o parte de los riesgos a que se haya expuesto, a otra persona jurídica, el asegurador, quién los asume, mediante el pago de una prima, obligándose en caso de siniestro a pagar la indemnización correspondiente.”*⁴

Así mismo, para Joseph Hémard el seguro es:

“una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una

³ *Ibid.*, p. 23

⁴ GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid : Editorial Aguirre, 1973, p. 6

prestación, por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística”⁵

Como se puede apreciar, cualquiera que sea la definición, siempre aparecen, de una u otra forma establecidos en ella, los mismos elementos: un acuerdo entre dos partes, una parte que traslada el riesgo y paga una suma de dinero, a otra que lo asume y paga el valor de la indemnización, en el momento de ocurrir el siniestro.

2.3 INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE SEGUROS

El Artículo 1037 del Código de Comercio⁶ establece que *“Son partes del contrato de seguro:*

- 1. El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y*
- 2. El tomador o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos”*

Los anteriores participantes, se denominan partes contratantes: Tomador y asegurador.

Por tomador se entiende la persona natural o jurídica, con quien el asegurador suscribe el contrato y quién en principio asume las principales obligaciones del mismo. A diferencia del asegurador, como se verá más adelante, el tomador puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica.

Por su lado, como se manifestó anteriormente, la otra parte del contrato está a cargo del asegurador: persona jurídica, con autorización legal para asumir riesgos. En Colombia, solamente están autorizadas para esta labor, las sociedades anónimas y las cooperativas, dejando así el legislador, únicamente la posibilidad de ser el asegurador una empresa, acogiendo a la tesis del tratadista italiano VIVANTE⁷, que dice: *“(…) a todas luces es la más adecuada porque lo complejo de la actividad aseguradora hace que resulte casi imposible su adecuado ejercicio por personas naturales (…)”*

En esta medida, cuando quiera que los contratos son *“celebrados por personas naturales o jurídicas que, a falta de autorización legal, usurpen esta calidad jurídica (la de aseguradores), (…)* son nulos, de nulidad absoluta, bien por contrarios a ‘una norma imperativa’, como lo es, por su naturaleza, el Art. 1037 del Código de Comercio, o por falta de capacidad legal, es decir, por la ‘incapacidad particular’ consistente en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (C.C., Art. 1504, inc. final) (…) Se trata, en síntesis, de una causal de incapacidad absoluta en la persona que, desprovista de autorización, celebra como ‘asegurador’ el ‘contrato de

⁵ OSSA J. Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá : Editorial Temis, 1984, Pág. 2

⁶ CÓDIGO DE COMERCIO. Bogotá : Editorial Legis, 2000.

⁷ LOPEZ. *Op. cit.*, p. 46

seguro' que, como hecho ilícito, puede aparejarle una eventual responsabilidad civil para con el asegurado.”⁸

Además de las denominadas partes contratantes, de cuyo concepto se buscó dar una aproximación en los párrafos anteriores, existen otras personas interesadas en la formación y desarrollo del contrato: (i) el asegurado, quien tiene el interés asegurable, o sea la relación económico- patrimonial con el bien objeto del seguro y por tanto, se puede ver afectada en un momento dado por el siniestro, y (ii) el beneficiario, quien recibe el valor del pago del siniestro, conocido como la indemnización.

Es importante hacer notar en este punto que las figuras de tomador, asegurado y beneficiario se pueden confundir en cabeza de una sola persona, como ocurre usualmente en los seguros de daños. Cosa diferente se presenta en los seguros de vida, en donde el beneficiario, por obvias razones es una persona diferente del tomador.

Para finalizar este aparte, también se considera importante mencionar que además del asegurador y el tomador, en la formación y desarrollo del contrato pueden participar otras personas sin ser partes de éste. Tales sujetos son los agentes de seguros, las agencias, los corredores y los ajustadores de quienes no se entrará a profundizar en este ensayo por no ser relevante al tema que nos ocupa.

2.4 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGUROS

La Ley 389 de 1.997 modificó varios aspectos de este contrato. Para el caso que nos ocupa, es pertinente citar los artículos 1° y 3° de dicha ley, los cuales rezan:

Artículo 1°. El artículo 1036 del Código de Comercio, quedará así: *“El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”*.

Artículo 3°. El cual modificó el artículo 1046 del Código de Comercio de la siguiente forma: *“El contrato de seguros se probará por escrito o por confesión.*

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano, y firmarse por el asegurador”.

El contrato de seguros es **consensual**, esto es que se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades de las partes, el tomador y el asegurador. Sin necesidad de formalidades adicionales como puede ser una escritura pública en el caso del contrato de compra venta de inmuebles.⁹

⁸ OSSA. *Op., cit.*, p. 3.

⁹ Art. 1857 del Código Civil “(...) La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”.

Anteriormente el contrato de seguros era solemne, así lo determinaba el Art. 1036 del C. de Com., en su inciso 2º: “*se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza*”. La suscripción de la póliza, la cual iba firmada por el asegurador, era la formalidad que el artículo requería para el nacimiento del contrato de seguro.

De aquí que se deba afirmar, retomando para esto lo manifestado por el tratadista Andrés Ordóñez, que: “*La ley 389 de 1997 modificó el texto del Código de Comercio para consagrar la consensualidad del contrato de seguro, rompiendo con ello una larga tradición del derecho colombiano que hacía del contrato de seguro un contrato solemne*”¹⁰

Sin embargo, aclara el autor que el cambio legislativo significa consensualidad del contrato de seguros pero con limitación probatoria. En sus palabras, “*El contrato de seguros al ser definido como consensual se perfecciona de ahora en adelante por el solo consentimiento de las partes sin necesidad de que ese consentimiento se vierta a forma específica alguna, por una parte. Por otra, siguiendo lo que es una constante en todos los países que han adoptado a través de los años este mismo esquema, se impone en Colombia una limitación probatoria: el contrato de seguros se probará por escrito o por confesión*”¹¹ Ahora bien, ¿Cuál es el tipo de escrito idóneo para probar el contrato de seguro? El mismo Ordóñez responde (...) “*se requiere un escrito y no un principio de prueba por escrito*”¹² ya que “*debe existir un documento en el que consten, por lo menos, como se dijo anteriormente, la identidad de las partes y los elementos esenciales del contrato de seguro, y dentro del cual se haya acreditado además el consentimiento recíproco de las partes; sin ello no puede entenderse probado el contrato de seguro. Ese documento escrito es la prueba necesaria del contrato, solo reemplazable con la confesión del asegurador, o del asegurado cuando eventualmente sea aquel el que pretenda ejercer sus derechos emanados del acuerdo*”.¹³ Se denomina póliza, solo por el hecho de reunir estos requisitos, así no sea expedido por la respectiva compañía de seguros con este nombre específico.

Si bien la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “la exigencia de existencia de la póliza es *ad probationem*, y no *ad substantiam actus*”,¹⁴ al respecto Andrés Ordóñez considera que se trata de una categoría singular de la primera, que él llama especiales, porque “*no podrían ser sustituidos por cualquier otro medio probatorio sino solamente por aquellos que expresamente prevea la ley.*”¹⁵

El contrato de seguro es **bilateral**. La bilateralidad consiste en que se generan obligaciones recíprocas para las partes – obligaciones a las cuales nos referiremos más adelante- como

¹⁰ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. El Contrato de Seguro. Ley 389 de 1.997 y otros estudios. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 9

¹¹ *Ibid.*, p. 13

¹² *Ibid.*, p. 15

¹³ *Ibid.*, p. 14

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de Mayo de 1.990. Magistrado Ponente Eduardo García Sarmiento.

¹⁵ ORDÓÑEZ. *Op. cit.*, p. 21

lo es pagar la prima y mantener el estado del riesgo para el tomador y pagar la indemnización en el momento del siniestro, para el asegurador.

El contrato de seguro es **oneroso**. El Código Civil en su Art. 1497 señala que el contrato es oneroso “*cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro*”. Es decir, el tomador se compromete a pagar una prima y el asegurador a pagar la indemnización en caso de siniestro.

El contrato de seguros es **aleatorio**. Dentro de los contratos onerosos se encuentran los contratos conmutativos y los aleatorios, siendo el contrato de seguro de estos últimos pues no existe equivalencia entre las prestaciones del asegurador y del tomador, toda vez que al estar sujeta la prestación del asegurador a un hecho incierto, (la ocurrencia del siniestro), si éste se cumple, se generaría una desproporción entre el pago de la prima y el pago de la eventual indemnización.

El contrato de seguro es de **ejecución sucesiva**. Es decir que se ejecuta a través del tiempo, puesto que durante toda la vigencia del contrato surgen obligaciones para las partes contratantes.

El contrato de seguros es de **buena fe**. De acuerdo con Hernán Fabio López “*Naturalmente, no solo el seguro sino todo negocio jurídico parte de la buena fe, de la ausencia de intención dolosa, de ánimo de defraudar. Empero, dentro del campo que abarca el seguro el concepto adquiere connotación más estricta porque, a diferencia de muchos contratos en que la habilidad o suspicacia de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro, donde es necesario tomar como base la buena fe, la ubérrima bona fides de que se habla, son drásticamente sancionadas conductas acaso irrelevantes en otros negocios jurídicos.*”¹⁶ De aquí, que sea tan importante la veracidad en la descripción del riesgo que hace el tomador, en la declaración contenida en la solicitud, pues es en ella en que se basa el asegurador para otorgar el seguro.

La trasgresión a este principio de la buena fe puede llevar a la invalidez del contrato, razón por la cual “*(...) nuestro estatuto contiene sanciones tan graves para las declaraciones falsas o las inexactitudes y por lo que, salvo en contados casos le permite al asegurador en cualquier momento cancelar unilateralmente el seguro.*”¹⁷

El contrato de seguros es de **adhesión**: Esto equivale a decir que, generalmente, una de las partes se somete a las condiciones de la otra, que en la mayoría de los casos es la que tiene la supremacía económica. Estas condiciones se aceptan o no como un todo.

Sin embargo, no en todos los casos el acuerdo conlleva la adhesión, como por ejemplo sucede en los contratos que amparan los grandes riesgos, en los cuales hay mayor poder de

¹⁶ LOPEZ. *Op., cit.*, p. 26

¹⁷ *Ibid.*, p. 27

negociación por parte del tomador, a diferencia de los seguros masivos, en donde surge una oferta igual para todas las personas, sin considerar las calidades especiales de ninguno de los asegurados.

Los efectos de esta característica consisten en que las cláusulas del contrato que presenten un contenido ambiguo, esto es que puedan ser interpretadas de diversas maneras, serán, en caso de discrepancia entre las partes, entendidas en la forma que más beneficie a quien no extendió o redactó la cláusula.

El contrato de seguros por regla general **es principal**. Existe por sí mismo sin necesidad de otro acuerdo. Excepcionalmente, puede considerarse un contrato accesorio como es el caso del seguro de cumplimiento, cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de la ejecución de las obligaciones a cargo de las partes en otro contrato. La subsistencia del seguro, en este caso está sujeta a la del acuerdo principal el cual, si llegare a terminar ocasionaría la finalización del contrato accesorio.

El contrato de seguros es **intuitu personae**: De acuerdo con la concepción legal y la costumbre aseguradora el contrato de seguros es un “*contrato intuitu personae, en cuya celebración el asegurador mira más a la condición moral del asegurado que a la sustancia o calidades de la cosa asegurada.*”¹⁸

Lo anterior, significa que el contrato se celebra teniendo en cuenta las calidades de las partes, en especial sobre la persona del asegurado.

Esta característica se desvirtúa, por lo menos frente al tomador, en aquellos casos en que la legislación obliga al asegurador a expedir la cobertura cuando sea solicitada sin detenerse en las particulares condiciones de quien requiere el seguro, como ocurre en el caso del SOAT.

2.5 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGUROS

El Art. 1045 del Código de Comercio. Establece los elementos del contrato de seguro y determina que “a falta de cualquiera de ellos el acuerdo no producirá efecto alguno, lo que significa que es ineficaz de pleno derecho sin requerir declaración judicial.”¹⁹ Si bien es cierto que el Código de Comercio en el art. 897 estipula que “la ineficacia no requiere de la declaración judicial, desde el punto de vista de la práctica también es necesaria. En caso que las partes se encuentren en desacuerdo, la única manera de dirimir el conflicto es acudiendo al juez para que éste lo resuelva”.

De conformidad con la norma antes mencionada, son esenciales al contrato de seguros, los siguientes elementos: “(i) el interés asegurable, (ii) el riesgo asegurable, (iii) el pago de la

¹⁸ OSSA. *Op., cit.*, p. 39.

¹⁹ Código de Comercio. *Op., cit.*

prima, (iv) la obligación condicional del asegurador.” Al respecto Ossa²⁰ cita lo siguiente: *“De acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil hay cosas que son de la esencia de todos los contratos, otras que les pertenecen por naturaleza y otras puramente accidentales. Estas, como su nombre lo indica, pueden ser o no sin que por ello se afecte la identidad jurídica del contrato. Dependen del libre arbitrio de las partes. Aquellas suplen los vacíos de la relación contractual. Las cosas esenciales son las que dan al contrato su individualidad jurídica. Es fácil, entonces, deducir que sin ellas el contrato no produce ningún efecto o degenera en otra clase de contrato.”*

El primero de ellos es el **interés asegurable**, el cual se entiende como la relación económico patrimonial existente entre una persona y la cosa objeto del seguro, que puede llegarse a ver afectada por la ocurrencia del siniestro, este debe ser tasable en dinero, debe ser lícito y debe existir en todo momento (esto es permanentemente, durante toda la vigencia del contrato). Este elemento esencial se predica respecto del asegurado.

En segundo lugar se encuentra **El riesgo asegurable**, definido por la ley en su Art. 1054 del C. Com. Como un *“suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización dé origen a la obligación del asegurador”*. Esto significa, un hecho que genera un cambio, que sea de posible realización, que a su vez sea incierta, que pueda llegar o no a suceder y no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, por que si así fuera se constituirían en actos potestativos, los cuales no son asegurables. Finalmente que ese suceso en caso de realizarse provoque un daño.

Es importante resaltar que no son asegurables los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles. Así como tampoco lo son el dolo, la culpa grave, ni como ya se mencionó, los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario y las sanciones de carácter penal o policivo. (Art. 1055 C. de Com.). Cualquier estipulación en contrario, se entenderá como no escrita.

El tercer elemento esencial del contrato de seguros es la estipulación de la prima. De existir una provisión que le permita al asegurador atender el pago del siniestro en el momento de su ocurrencia. No es pues el pago de la prima en sí mismo considerado, el elemento esencial, sino la estipulación de la misma.

Es común que muchos autores al referirse a la prima, como elemento esencial al Contrato de Seguros, enfoquen el tema desde el punto de vista del pago de la prima, sin embargo debe quedar claro que no es éste el elemento esencial ya que de ser así no sería permitido estipular plazos que la misma ley permite hacer a las compañías de seguros para su pago.

Por último, se encuentra la obligación condicional del asegurador. De ocurrir el siniestro, corresponderá al asegurador pagar el valor del seguro, siempre y cuando no medie una causal de inoperancia del contrato. Este elemento esencial, se relaciona con el principio de

²⁰ OSSA J. E, *Op. cit.*, p. 65

indemnización en los seguros de daños, ya que estos se conciben con el objetivo único y exclusivo de la reparación de un daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable y con ocasión de la ocurrencia del siniestro.

De acuerdo con el Artículo 1080 del C. de Com. El asegurador debe pagar el siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado haya demostrado la ocurrencia y la cuantía de la pérdida. Vencido este plazo el asegurador deberá pagar además de la indemnización, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que efectúe el pago.

2.6 CLASIFICACIÓN DE LOS SEGUROS

*“El seguro resiste diversas clasificaciones según el ángulo de su enfoque. Útiles todas ellas. Científicas las más, en cuanto racionalizan el estudio de esta institución por su triple aspecto económico, técnico y jurídico.”*²¹ Para el tema que nos ocupa, se empleará la clasificación de seguros de personas y seguros de daños. De acuerdo con el Art. 1082 del Código de Comercio: *“Los seguros podrán ser de daños o de personas: aquellos a su vez podrán ser reales o patrimoniales”*²²

Como su nombre lo indica, los seguros de personas, sin pretender efectuar un extenso análisis de ellos, *“protegen las consecuencias dañosas, con repercusiones patrimoniales, de derechos personalísimos como lo son la vida, le integridad personal, la salud”*.²³

A pesar de existir la discusión doctrinaria sobre el punto, estos seguros, nada tienen que ver con el concepto económico-jurídico del principio de indemnización, por esta razón se puede afirmar que su carácter es meramente compensatorio.

Por su parte, los seguros de daños, prevén una protección de la relación jurídico-patrimonial existente entre el titular del bien y el objeto mismo. El carácter de estos es puramente indemnizatorio (Art. 1088 C. de Com.), con lo cual se quiere hacer referencia a que el seguro no puede significar una fuente de enriquecimiento para el asegurado.

Dentro de los seguros de daños, se encuentran los seguros reales y los seguros patrimoniales. Aquellos, recaen sobre bienes particulares, individuales, mientras los otros *“protegen la integridad del patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda afectarlo desfavorablemente y que tanto puede originarse en una disminución del activo como en un aumento del pasivo.”*²⁴ Dentro de esta última categoría específica de seguros, es donde se hayan contempladas las garantías de cumplimiento.

²¹ *Ibid.*, p. 47

²² Código de Comercio. *Op.*, *cit.* 45

²³ LOPEZ. *Op.*, *cit.*, p. 7

²⁴ OSSA. *Op.*, *cit.*, p. 57

2.7 OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Tal y como ya se mencionó, las partes en un contrato de seguros son constituidas por el tomador y el asegurador, y es sobre estos que recaen las obligaciones derivadas del acuerdo.

Supondremos para la enumeración de las obligaciones que se hará a continuación que, retomando la posibilidad antes mencionada, el tomador, el asegurado y el beneficiario son una misma persona, por lo cual todas las cargas que se puedan generar a partir de su posición en el contrato, están a cargo del mismo sujeto parte del acuerdo.

2.7.1 Obligaciones a cargo del tomador. Son tres los tipos de cargas que se originan para este sujeto con ocasión del contrato de seguro: (i) Las obligaciones precontractuales, (ii) Las obligaciones contractuales y (iii) las obligaciones que surgen como consecuencia directa de la ocurrencia del siniestro.

2.7.1.1 Obligaciones Precontractuales. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 1058 del C. de Com., debe atenderse con antelación a la celebración del contrato, al estar el tomador en la imperiosa necesidad de declarar sinceramente el estado del riesgo que el asegurador va a asumir con el fin de que éste último pueda conocer su extensión y de esta manera, otorgar un consentimiento libre de vicios.

Este deber, adquiere especial significado al considerarse que el contrato de seguros parte de la buena fe de los contratantes, por lo cual reviste una mayor exigencia en cuanto al comportamiento del tomador y la veracidad de sus afirmaciones, independientemente de que la aseguradora, actuando diligentemente, practique la inspección del riesgo correspondiente.

La declaración, puede darse de dos maneras; ya sea mediante un cuestionario que la aseguradora suministre, en el cual se formulan preguntas específicas, o a través de una declaración espontánea, en la cual el tomador informa los hechos o circunstancias que rodean el riesgo.

Sea cual sea la opción que se acoja por los contratante, la declaración del riesgo debe darse de manera sincera y exacta, so pena de incurrir en las sanciones que el Art. 1058 C. de Com. antes citado, consagra para esta falta.

De esta manera, si la declaración se realizó con sujeción a un cuestionario o se hace de manera espontánea y las respuestas dadas por el tomador son inexactas o reticentes, toda vez que ocultan alguna situación que de ser conocida por el asegurador este no aceptaría celebrar el contrato o lo haría de manera más onerosa para el tomador, se genera un vicio de nulidad relativa que afecta la validez del mismo. No obstante, debe aclararse que si las falencias en la declaración del tomador son el resultado de un error inculpable, esto es, el que se genera de buena fe, el contrato no pierde su validez, pero se concede al asegurador

la posibilidad de reducir el monto de la indemnización, en aras a lograr un equilibrio contractual.

Finalmente, es procedente anotar que se establece en la misma norma citada que ninguna de estas sanciones se aplicará “*si el asegurador antes de celebrarse el contrato ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración. O si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente*”.

2.7.1.2 Obligaciones Contractuales. Son aquellas que se deben cumplir una vez se ha celebrado el contrato. Dentro de estas, en primera instancia, surge para el tomador la carga de mantener el estado del riesgo, “*clara consecuencia del carácter de tracto sucesivo que tiene el contrato de seguro*”.²⁵ Lo anterior, significa que el tomador, entendiéndose también como asegurado, tiene la obligación de conservar el bien cuyo riesgo se busca proteger en estado similar al que tenía en el momento de la contratación del seguro.

Así, de conformidad con el Art. 1060 del C. de Com., debe notificar por escrito al asegurador, cualquier circunstancia que signifique agravación del riesgo o variación en su ubicación,²⁶ dando la oportunidad al asegurador para que por su parte, acepte la agravación del riesgo y ajuste el valor de la prima o revoque el contrato dando el aviso correspondiente con 10 días de anticipación. Es importante resaltar que el incumplimiento de esta obligación por parte del tomador, conlleva a la terminación del contrato.

La segunda obligación contractual a cargo del tomador consiste en el pago de la prima, el cual salvo estipulación en contrario, debe realizarse dentro del mes siguiente contado desde la fecha de entrega de la póliza, estableciéndose por la normatividad vigente que la mora en el pago de la misma o de sus anexos, produce la terminación automática del contrato y da derecho a la aseguradora a exigir el pago de la prima devengada²⁷ y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato, tal y como lo establece el Art. 1068 del C. de Com.

Finalizando este segundo grupo de obligaciones, aparece el deber de Observancia de las garantías estipuladas,²⁸ lo cual implica una obligación futura para el tomador encaminada a proteger el riesgo, tratando de esta forma, prevenir la ocurrencia del siniestro, so pena de generar la nulidad relativa del acuerdo.

²⁵ LOPEZ. *Op. cit.*, p. 81

²⁶ Si tal agravación depende de la voluntad del tomador, el aviso debe darse con 10 días de antelación, en caso contrario debe ser 10 días después de conocido el hecho. Transcurridos 30 días desde el momento de la modificación del estado del riesgo se presume conocido por el tomador.

²⁷ En relación con la prima devengada es preciso señalar que el Art. 1070 del C. de Com. consagra como regla general la divisibilidad de la prima, es decir que la prima se entiende devengada día a día, a medida que transcurre la vigencia del contrato y solo a su terminación se considerará totalmente devengada.

²⁸ Según el Art. 1061 del C. de Com. garantía es “*la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho*”.

2.7.1.3 Obligaciones con ocasión del siniestro. Por último, a cargo del tomador, se encuentran las obligaciones que surgen con ocasión del siniestro, las cuales se concretan en dar aviso de ocurrencia del mismo y evitar su propagación. En cuanto al aviso, la ley establece un término de tres días para darlo (Art. 1075 del C. de Com.), contados a partir del momento en que el tomador conozca su ocurrencia o haya debido conocerla. La sanción por incumplir con la señalada obligación, consiste en que, de acuerdo con el Art. 1078 del C. de Com., el asegurador puede deducir de la indemnización el valor del perjuicio que le cause dicho incumplimiento.

Respecto a la obligación de evitar la propagación del siniestro, se entiende que el asegurado tiene a su cargo la responsabilidad de procurar por todos los medios posibles, la ocurrencia de la extensión del siniestro, lo cual significa tratar de evitar que la pérdida sufrida sea mayor. Igualmente, debe tomar las medidas necesarias para salvaguardar los bienes que no resultaron afectados por el siniestro, los cuales se conocen como salvamento.

2.7.2 Obligaciones a cargo del asegurador. En primer lugar, se encuentra la entrega de la póliza. En este punto debe recordarse por lo trascendente de la modificación que, como se tuvo la oportunidad de mencionar anteriormente, la póliza, antes de la Ley 389 de 1997, era el documento que perfeccionaba el contrato de seguros y constituía la solemnidad a la cual estaba sujeta el mismo. Sin embargo, actualmente cumple propósitos exclusivamente probatorios, tal como lo establece el Art. 3° de la citada ley, así es que, con el fin de cumplir con los efectos probatorios asignados, es preciso que el asegurador haga entrega de la misma, al tomador, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de celebración del contrato.

Así mismo, se tiene la obligación de pagar la indemnización. *“Frente a la existencia de un contrato de seguro válido, el nacimiento de la obligación asumida por el asegurador como contraprestación de la prima recibida, está subordinado al acaecimiento del evento dañoso previsto por las partes. Esto significa que únicamente verificado el siniestro se puede estimar que ha surgido el derecho del asegurado (o del beneficiario) a obtener el cumplimiento de la obligación”*.²⁹

Es así como, el pago del siniestro ocurrido, se constituye en la obligación fundamental del asegurador, puesto que sin ella no se entendería la existencia del contrato de seguro. Esta no se trata de una obligación pura y simple, ya que se encuentra sujeta a doble condición: que ocurra el siniestro y que el hecho que da origen al mismo, se encuentre amparado dentro del contrato celebrado por las partes.

Finalmente, el asegurador debe cumplir con la obligación de devolver la parte de la prima estipulada, en tres casos. Primero, en el evento que ocurra una disminución del riesgo, de acuerdo con lo estipulado en el Art. 1056 del C. de Com. Segundo, en caso de revocatoria del seguro, en el cual el asegurador debe devolver la prima no devengada al tomador, o sea,

²⁹ STIGLITZ, Rubén. Contrato de Seguro, Bogotá : Edición La Roca, 1.998, p. 457

de acuerdo con el Art. 1071, la que *“corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato.”* Por último, si el bien al cual está ligado el seguro se destruye, se extingue el contrato y debe el asegurador devolver la prima no devengada, de acuerdo con el Art. 1109 del C. de Com.

Una vez efectuada una presentación sobre la noción del contrato de seguros, sus elementos, características y obligaciones de las partes, se entrará a desarrollar el marco general del Contrato de Seguros en materia Administrativa.

3. EL CONTRATO DE SEGUROS EN EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En materia de contratación administrativa, los seguros se manifiestan en diferentes formas: Son dos los casos en los cuales las entidades estatales intervienen en la celebración de contratos de seguros.

Al igual que cualquier otra empresa, las entidades estatales están expuestas a un sin número de riesgos que deben ser amparados. Tanto es así que la Ley 42 de 1993, relativa al control fiscal que ejercen las contralorías sobre la administración pública, en su artículo 107, dispone que los órganos de control fiscal deben procurar porque los bienes del Estado estén asegurados con una póliza de seguros o un fondo creado para tal fin. De igual forma, se autoriza a los contralores para imponer multas a los servidores públicos que tienen bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes del estado e incumplen con ello. En este caso, por la necesidad de protección de sus bienes e intereses, las entidades estatales actúan como parte en el acuerdo, siendo tomadoras de los denominados Seguros Oficiales.

Por otra parte, existe la obligación legal que recae en los contratistas de prestar garantía única al momento de celebrar el contrato estatal. Es así como el Art. 25 de la ley 80 de 1993, que regula el principio de economía, reza en su numeral 19, respecto de las garantías de los contratos estatales:

“El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, 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 o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocación unilateral. (...)”³⁰

Dada la importancia de este tema dentro del desarrollo del presente trabajo, se procederá a su análisis detallado en el capítulo siguiente.

3.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL RÉGIMEN DE LOS SEGUROS ESTATALES

³⁰ Ley 80 de 1993. Bogotá : Editorial Temis, 2000

El primer antecedente legislativo que encontramos en este tema, se remonta al Decreto-Ley 406 de 1959 en el que se disponía que el Estado, por tener la capacidad de soportar algunas pérdidas menores asumiría los siniestros que sufrieran los bienes que tuvieran un valor hasta de cien mil pesos, obligando así cancelar las pólizas de seguros que existieran sobre estos. Se prescindía del seguro dejándolo únicamente para pérdidas de gran magnitud.

En 1954 fue creada La Previsora S.A., aseguradora estatal con quien, de acuerdo con el Decreto 2222 del 1962, debían ser tomados todos los seguros de la Nación, las Intendencias, Comisarías y entidades de orden nacional. Posteriormente el Decreto 406 de 1970, estableció que los seguros podrían contratarse con compañías de seguros legalmente establecidas en el país. Sin embargo, los seguros cuya cuantía no superara veinte millones de pesos por cada riesgo, cifra que con el Decreto-Ley 222 de 1983 se estableció en ciento veinte millones de pesos, debían contratarse directamente con la compañía estatal. Los seguros que superaran dicha cuantía se contrataban mediante licitación pública, sin embargo el privilegio otorgado a la Previsora se extendía a que si esta participaba en licitaciones públicas en igualdad de condiciones con otras aseguradoras, debía adjudicársele a ella el contrato, y si era otra la aseguradora que resultaba favorecida, era necesario ofrecerle a La Previsora un coaseguro por lo menos del 30%. Adicionalmente, este Decreto estableció que la entidad pública podía obviar la licitación, si optaba por contratar directamente con La Previsora aquellos seguros de un valor asegurable de más de ciento veinte millones de pesos.

Esta situación se mantuvo hasta 1990, momento en el cual se dio un gran cambio en el sector financiero y asegurador. Es así como con la expedición de la Ley 45 de 1990, se eliminó el privilegio que tenía la Previsora S.A., estableciendo que los seguros requeridos por entidades estatales, podían ser contratados con cualquier compañía de seguros legalmente autorizada, mediante licitación pública, permitiendo así entrar a competir en el mercado asegurador estatal a las compañías del sector privado.

Es importante anotar que el Contrato de seguros, no era considerado un contrato administrativo, para mayor ilustración del tema nos permitimos citar al tratadista Juan Manuel Díaz- Granados, quién afirma:

“En cuanto a su naturaleza es preciso señalar que el contrato de seguros no estaba comprendido en la enumeración de contratos administrativos que previa el Art. 16 del Decreto 222 de 1983. Era considerado como un contrato de derecho privado de la administración, pero ante la falta de claridad del estatuto en mención se sostenía por algunos que en desarrollo del Art. 60 era procedente pactar la cláusula de caducidad y, por consiguiente, las demás cláusulas obligatorias que concedían facultades unilaterales a la administración, todo lo cual implicaba, por otra parte, que la jurisdicción competente, en desarrollo del Art. 17, fuese la contencioso administrativa”.

De tal manera, que apoyándose de los antecedentes de la Ley 80 de 1993, que dice: “A través de la cláusula de caducidad la administración adquiere la potestad de terminar

unilateralmente un contrato estatal cuando se presenten, alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.”

Como también dice Díaz - Granado que “Son inobservancias de los deberes contractuales que son imputables al contratista o que están vinculados a acciones u omisiones que se le puedan imputar a título de dolo o de culpa”.³¹

Este sistema de contratación, Decreto Ley 222 de 1983, estuvo vigente en nuestro ordenamiento hasta 1993, año en el cual entra a regir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, gracias a las facultades otorgadas por la constitución nacional al Congreso de la República, para crear un estatuto único de contratación estatal. Con la promulgación de esta ley, se produce en Colombia un cambio fundamental en el sistema de contratación estatal, desaparece la normatividad anterior, minuciosa y detallada, y se pretende dar más amplitud a la contratación, mayor libertad a las entidades estatales y mayor autonomía a los contratantes. Con esto se quiso hacer de la contratación administrativa, una actividad reglada, lógica y expedita.

3.2 NORMAS APLICABLES AL CONTRATO DE SEGUROS ESTATAL

3.2.1 Licitación Pública, como regla general. Contratación Directa como excepción. El Estatuto de Contratación administrativa no prevé disposiciones especiales para la contratación de seguros por parte de las entidades públicas, las cuales se regirán por las normas generales del mismo.

La regla general para la escogencia del contratista, es la licitación pública, definida en el parágrafo del Art. 30 de la misma ley como: “*procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presentes sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable*”. Por excepción, el mismo artículo taxativamente enuncia los casos en los cuales se admite la contratación directa.

El Decreto 855 de 1994, Art.8, autoriza celebrar directamente el contrato de seguros, si el valor del contrato es de mínima cuantía. Cabe mencionar que en cuanto a seguros se refiere, para efectos de determinar la cuantía, y por lo tanto el procedimiento a seguir para contratar, será en función del valor de las primas a cargo de la respectiva entidad. A pesar de no estar sujetos este tipo de contratos a la licitación pública, si lo están al principio de selección objetiva, consagrado en el Art. 29 de la Ley 80 de 1993,³² razón por la cual para su celebración es necesario obtener previamente por lo menos dos ofertas. Y que dice al

³¹ DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Los Seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa. Colombo Editores, 1995 Pág. 20

³² Artículo 29 Ley 80 de 1993

respecto este artículo que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido.”

3.2.2 Exclusión de estipulaciones exorbitantes o excepcionales. Con la expedición de la Ley 80 de 1993, se modificó fundamentalmente este aspecto, el párrafo único del numeral 2 del Art. 14 de esta Ley, preceptúa que en el contrato de seguros tomado por las entidades estatales se prescindirá de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, es decir de la caducidad y las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilaterales, cláusulas que de acuerdo con la doctrina, son uno de los criterios fundamentales que diferencian un contrato estatal de un contrato de derecho común. De acuerdo con Ordóñez: *“La norma reseñada fue incluida en la ley por iniciativa del senador ponente a petición de FASECOLDA, entidad gremial que llamó la atención del senador acerca de los excesivos poderes que podía tener la entidad estatal sobre el contrato de seguro, cuya operación técnica y económica requiere del apoyo del reaseguro nacional e internacional. Es muy difícil que el sistema de reaseguros mundial acepte respaldar la cobertura de riesgos si depende del asegurado interpretar o modificar el contrato unilateralmente.”*³³

3.2.3 No aplicación del Registro de Proponentes. Uno de los grandes aportes de la Ley 80 de 1993, es la regulación de los registros de proponentes que administran las Cámaras de Comercio del país y que reemplazaron los múltiples registros que manejaban las entidades estatales. Si bien el Artículo 22 de esta ley establece la obligatoriedad para todas las personas jurídicas y naturales que quieran celebrar contratos con entidades estatales, de inscribirse en la Cámara de su jurisdicción, de la lectura del inciso primero de este artículo, puede concluirse que las compañías de seguros no requieren inscribirse en el registro, ya que este no es uno de los contratos taxativamente enumerados. Como no existía claridad acerca de esta obligación para las aseguradoras, se efectuaron diferentes consultas ante la Cámara de Comercio de Bogotá y ante FASECOLDA, quienes confirmaron la no obligatoriedad de este registro para las compañías de seguros que quieran contratar con entidades estatales.

La razón de tal situación se basa en el hecho que al estar las compañías aseguradoras sujetas a una reglamentación especial y a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, no sería práctico optar por la inscripción de las mismas en el registro de proponentes, ya que la

³³ DIAZ -GRANADOS. *Op. cit.*, p. 36

Superintendencia certifica toda la información que se necesita en estos casos, como lo es la representación legal, los ramos de seguros autorizados, el patrimonio y los márgenes de solvencia, entre otros.

3.2.4 La celebración directa de contratos interadministrativos tiene una excepción legal: el contrato de seguros. Son contratos interadministrativos los que celebran entre sí las entidades estatales. Por tratarse de entes estatales, y ser contratos celebrados entre la misma administración, no requieren de licitación y sólo deben cumplir las formalidades y requisitos que exige la Ley para la contratación entre particulares.

No obstante a lo anterior, el Art. 24, núm. 1, lit. c) consagra una excepción, al disponer que no se realizará licitación pública en los contratos interadministrativos, salvo en el de seguros. A pesar de esta disposición legal, es importante anotar que estos acuerdos se deben celebrar con aseguradoras legalmente establecidas en el país, y en Colombia casi la totalidad de éstas son empresas privadas y por ende en la práctica, al existir una sola aseguradora estatal en el país, no es viable la suscripción de este tipo de contratos interadministrativos.

3.2.5 Prohibición de exigir Garantía Única en los Contratos de Seguros. Por mandato del numeral 19 del Art. 25 de la ley 80 de 1993, “ *El contratista prestara garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, 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 o en garantías bancarias. (...) Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos o en los de seguros*”. (resaltado fuera de texto) De lo contrario, el seguro debería tener otro seguro que lo soportara. De acuerdo con esto la entidad estatal, solamente puede exigir responsabilidad de la compañía de seguros que otorgó el amparo y no de un tercero.

3.2.6 Jurisdicción Competente. En materia de jurisdicción, el Art. 75 de la Ley 80 de 1993 señala que “*el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa*”. Anteriormente cuando era factible pactar la cláusula de caducidad, la administración tenía el poder de hacer efectiva la póliza mediante el acto administrativo correspondiente, el cual una vez se agotaba la vía gubernativa, se podía hacer cumplir por la jurisdicción coactiva, dejándole así a la aseguradora la posibilidad de demandar el acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Hoy, puesto que no es permitida la estipulación de cláusulas excepcionales en el contrato de seguros, no es admisible que la entidad estatal tenga la facultad de hacer efectiva la póliza mediante acto administrativo. De acuerdo con el Dr. Cesar Núñez “*(...) en estos contratos de seguro que amparan los riesgos de bienes e intereses patrimoniales de las entidades estatales, estas no podrán mediante resolución o acto administrativo declarar ocurrido el siniestro y menos*

fijar su cuantía.”³⁴ Por lo anterior, las entidades estatales que quieran hacer efectivos los seguros oficiales, se sujetarán a las disposiciones contempladas para ellos en el Código de Comercio.

Estudiando este marco teórico, entraremos a analizar el seguro de cumplimiento dentro de la contratación administrativa

³⁴ NÚÑEZ, César. Nuevo estatuto de contratación de seguros de las entidades estatales y nuevo régimen de las garantías. Memorias del XVIII Encuentro Nacional de Acoldece. 1993

4. SEGURO DE CUMPLIMIENTO

4.1 ANTECEDENTES

Según Hernando Galindo: “El afianzamiento o garantía viene utilizándose desde tiempos inmemoriales. En el Antiguo Testamento aparecen claras referencias de la fianza y así mismo, existen indicios de garantías en Egipto y de su empleo por parte de los romanos y los fenicios”.³⁵

En Inglaterra, hacia el año 1720, por la necesidad de asegurar las pérdidas provenientes de la deshonestidad de los empleados, aparece por primera vez el seguro de cumplimiento a través de la fianza y la creación de la primera compañía de seguros de garantía.

En Colombia, con la expedición de la Ley 225 del 12 de Diciembre de 1938, y por la necesidad que tenían las entidades oficiales de proteger su patrimonio contra pérdidas por apropiación indebida de los dineros públicos por parte de los funcionarios oficiales y para garantizar el pago de los perjuicios que ocasionaba el incumplimiento de los contratistas al Estado, aparece el Seguro de Manejo y Cumplimiento. A propósito dos coberturas completamente diferentes, ya que una cosa es amparar la fidelidad de un empleado, y otra muy diferente el cumplimiento de obligaciones que nacen de un contrato o por mandato legal.

En el Derecho Comparado no se encuentra comúnmente esta expresión, en algunos países estos seguros se conocen como cauciones, fianzas, garantías o Pólizas de Seguro de Afianzamiento.

En nuestra legislación, no existe una regulación específica de los seguros de cumplimiento, sin embargo se rige por las normas del Código de Comercio, y por los diversos ordenamientos en cuanto a garantías o pólizas otorgadas para garantizar contratos cuando se refiere a entidades oficiales. Así, la ley 80 de 1993, y sus decretos reglamentarios rigen el seguro de cumplimiento que garantiza los contratos con entidades estatales.

4.2 DEFINICIÓN DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

El seguro de cumplimiento es un contrato por medio del cual se garantiza la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones que se deriven del contrato o de la ley.

³⁵ GALINDO CUBIDES, Hernando. El seguro de fianza. En: Revista Seguros Temas Esenciales., p. 149

4.3 SUJETOS EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

En el seguro de cumplimiento intervienen tres sujetos a saber:

- El Asegurador, quien es la persona jurídica que asume el riesgo, esto es el eventual incumplimiento del afianzado.
- El Afianzado, quien es el deudor de la prestación, toma la póliza y asegura un eventual incumplimiento de su parte.
- El Asegurado, quien es el acreedor de la prestación, a quien se le está garantizando el resarcimiento del perjuicio en caso de incumplimiento.

4.4 CLASES DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

“Existen dos grandes modalidades o clases de seguro de cumplimiento; uno, que tiene por objeto garantizar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de obligaciones derivadas generalmente de contratos o precontratos entre particulares”, y “la otra modalidad del seguro de cumplimiento es el que tiene por objeto garantizar de manera general obligaciones derivadas de contratos celebrados entre particulares y las entidades estatales, aunque en ocasiones también se da el caso de garantías otorgadas para garantizar contratos entre entidades estatales; por ejemplo contratos celebrados entre sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga el cincuenta por ciento (50%) o más de la participación accionaria con un ministerio o un instituto descentralizado o una superintendencia.

También dentro de la modalidad del seguro de cumplimiento con Entidades Estatales, están las garantías otorgadas ante la DIAN, para garantizar obligaciones dinerarias, o para garantizar el cumplimiento de determinada norma, conocidas dichas garantías como Cumplimiento de Disposiciones Legales”.³⁶

En cuanto a los seguros de cumplimiento a favor de particulares siempre se requerirá de la existencia de un contrato entre afianzado y asegurado. Los requisitos técnicos, el aviso del siniestro y su comprobación y lo relacionado con la cuantificación de la pérdida, son naturalmente distintos a aquellos alusivos a la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, siendo en ambos casos necesario probarse la materialización del riesgo y la cuantía de la pérdida.

El contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales garantiza a la administración pública el cumplimiento de las obligaciones contractuales o legales por parte del afianzado. Así las cosas la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales puede tener como origen un contrato estatal o una obligación impuesta por la ley al

³⁶ Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguros en Colombia (1971-2001). En: Revista Acoldese. Bogotá, D.C. (Septiembre), 2001, p. 268

administrado, como por ejemplo las obligaciones que la ley impone a las sociedades de intermediación aduanera.

4.5 NATURALEZA JURÍDICA

Mucho se discutió hace algunos años respecto a la naturaleza jurídica del Seguro de Cumplimiento; para unos, los mercantilistas y los seguidores de la teoría de la autonomía del contrato, sostenían que era indiscutiblemente un contrato de seguros, otros, de concepción civilista, buscaban en la finalidad del Seguro de Cumplimiento, las razones para sostener, que no era otra cosa que una fianza mercantil, con algunas particularidades de este ordenamiento.

Posteriormente se terminó por concluir que el Seguro de Cumplimiento es un contrato que comparte la naturaleza jurídica de la fianza sin desconocer los patrones reguladores del seguro. Lo que ya parecía una discusión terminada, vuelve a generar polémica luego de la expedición de un concepto de la Superintendencia Bancaria y de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que concluyen que el Seguro de Cumplimiento es un seguro y no una fianza.

En lo que toca con carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado, porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la propia estipulada en la póliza, de carácter condicional, por supuesto distinta de la que contrajo el deudor del contrato objeto de aseguramiento, y de otro lado, porque, contrario a lo que sostiene la censura, el seguro de cumplimiento de que aquí se trata no es un seguro de valor admitido que permita deducir que el valor de la indemnización a cargo del asegurador es igual al valor asegurado que aparece en la póliza.

En este caso, se hace más patente el alcance del seguro de cumplimiento, en consideración a que el texto que contiene las cláusulas respectivas, establece que el mismo únicamente tenía por objeto indemnizar al asegurado o beneficiario “el incumplimiento de las obligaciones contractuales y en ningún caso, contra perjuicios de otro orden”, y que corresponde al asegurado demostrar “la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida”, disposición contractual que no hace sino repetir lo que previene el Artículo 1077 del C. de Com.

Sobre el punto ha dicho La Corte Suprema de Justicia: “Para adoptar un criterio sobre el perjuicio que puede haber causado ese siniestro es preciso en primer lugar dejar muy en claro que son dos cosas diferentes la fianza o aval de una parte, y el seguro de cumplimiento, de otra. En los primeros nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal. El acreedor tendrá, pues, pluralidad de deudores y en muchas ocasiones podrá escoger a su arbitrio a cuál de ellos ejecutar, (....)

en el segundo, bajo la forma de seguro se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal de que en el evento de la 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 afianzada”, como reza textualmente la póliza citada (en este caso la visible a folio C. 1.) A ese texto simplemente una glosa no ha debido emplearse la expresión afianzada ‘porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación, comúnmente denominado SEGURO DE CUMPLIMIENTO, es negocio diferente de la fianza’” (*Sentencia de 15 de marzo de 1983.*) (*Sentencia de la sala de casación civil, del 21 de Septiembre de 2000*).

Pretender negar que el Seguro de Cumplimiento comparte la naturaleza jurídica de la fianza, es ni más ni menos, que abstraerse de hechos con relevancia jurídica, que patentizan su existencia. El tipo de obligación que se garantiza, los sujetos del contrato –asegurador, afianzado y asegurado-beneficiario-, la obligación del asegurador condicionada al incumplimiento del afianzado y por último la exigencia tradicional de la contra-garantía, personal o real, con la consecuente exigibilidad, son hechos innegables, que evidencian la naturaleza jurídica de fianza en el contrato de Seguro de Cumplimiento.

El hecho de que el asegurador deba pagar al asegurado, la parte proporcional del incumplimiento del afianzado, o terminar la ejecución del contrato incumplido o de la obligación afianzada, constituye una similitud con la obligación del fiador, imposible de ocultar. Inclusive, la limitación que existió en alguna época para los aseguradores de garantizar obligaciones de crédito, no disminuía en nada la notoria presencia de la fianza en el contrato de Seguro de Cumplimiento.

De ser así, únicamente un contrato de seguro y no de fianza, no se entendería posible que el asegurador exigiera contra-garantías, para hacerlas exigibles hasta por el monto asegurado, en caso de incumplimiento; ya que de ser solo un seguro de daños, no existiría para el asegurador esa posibilidad jurídica, y menos cuando se descarta la aplicación del artículo 1096 del Código de Comercio, en razón a que dicha norma se refiere a “terceros”, sin que dentro del alcance del término, pueda incluirse a quien es parte del contrato de seguro, como es obvio.³⁷

La filosofía y la forma de comercializar el Seguro de Cumplimiento resaltan que además de seguro, comparte la naturaleza jurídica de la fianza, pues es claro que el afianzado, garantiza mediante la póliza, el cumplimiento de su obligación, pero al mismo tiempo acepta constituir garantías y ser demandado por el asegurador, en caso de verse obligado a pagar por él o terminar de ejecutar y cumplir la obligación garantizada.

4.5.1 Diferencias entre la fianza y el seguro. Tal como lo señala el Código Civil:

³⁷ El Artículo 1096 del Código de Comercio reza: “El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieran hacer valer contra el damnificado”

“a) La fianza es de carácter civil, ya sea convencional, legal o judicial; se rige por las normas del Código Civil.

El Seguro de Cumplimiento, es siempre un contrato comercial sujeto a las normas del Código Comercio. Adicionalmente este seguro es de carácter obligatorio cuando se celebran contratos con entidades del Estado.

b) La fianza garantiza el cumplimiento de una obligación cualquiera, civil o natural; admite que la cuantía sea ilimitada en el momento de su celebración.

El Seguro de Cumplimiento solo cubre obligaciones contractuales o legales, limitando la responsabilidad de las aseguradoras al monto del valor asegurado y solo hasta concurrencia del incumplimiento del contrato.

c) La fianza admite garantizar el cumplimiento de una obligación futura y el fiador puede retractarse antes de que exista la obligación principal.

El Seguro de Cumplimiento no puede ser revocado por la compañía aseguradora.

d) El contrato de fianza es unilateral porque en el momento de su celebración el único que se obliga es el fiador, y es por lo general gratuito aunque el Código Civil en su artículo 2367 autoriza convenir una remuneración entre fiador y deudor.

El Seguro de Cumplimiento es siempre bilateral y oneroso pues siempre genera obligaciones recíprocas que son el pago de la prima por parte del tomador y el cubrimiento del riesgo y el pago de la indemnización, en caso de ocurrencia del primero, por parte del asegurador.

e) En la fianza cualquier sujeto puede obligarse como fiador de otro ciñéndose a las reglas que sobre capacidad contempla el Código Civil Colombiano”.³⁸

En el Seguro de Cumplimiento solo están autorizadas para su expedición las compañías de seguros.

³⁸ Artículo 2367 del Código Civil: “ El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta”

4.5.2 Similitudes entre la fianza y el seguro

a) Tanto la fianza como el Seguro de Cumplimiento tienden a una misma finalidad, que es garantizar el cumplimiento de una obligación ajena.

b) Al igual que la fianza, el Seguro de Cumplimiento está sujeto a la existencia del contrato afianzado o asegurado. Es en los dos casos, un contrato accesorio sujeto a la existencia y validez del contrato principal.

c) La fianza se extingue en todos los casos en que se extingue la obligación principal; el Seguro de Cumplimiento, también tiene condicionada su existencia y validez a la ejecución y liquidación del contrato o de la obligación, sin que desde luego, éste término sea posterior a la fecha del vencimiento estipulado.

d) En cuanto a los efectos, las dos figuras son semejantes, pues en una y otra la obligación del pago surge cuando el deudor incumple. En la fianza el deudor debe pagar tan pronto la obligación sea exigible. En el Seguro de Cumplimiento, cuando se hace exigible su obligación condicional, es decir, cuando se presenta la ocurrencia del riesgo asegurado o el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

e) Así como en la fianza, el fiador ésta facultado para intentar todos los recursos tendientes al cumplimiento de la obligación afianzada, las aseguradoras se reservan el derecho de inspeccionar la ejecución del contrato cuyo cumplimiento garantizan, obligando al asegurado a prestar toda la colaboración requerida.

f) Tanto el fiador como el asegurador pueden ejercer el derecho de subrogación hasta el importe de la deuda o la prestación pagada.

g) Por último la fianza admite la existencia de pluralidad de fiadores para el cumplimiento de una misma obligación; en este caso, el otro fiador recibe el nombre de cofiador, igualmente admite la subfianza cuando se trata de aseguramiento de un fiador. En el Seguro de Cumplimiento se admite el coaseguro.

h) Tanto la fianza, como el seguro, son contratos consensuales.

Como Conclusión, en nuestro ordenamiento jurídico, las garantías otorgadas a través de pólizas de seguros, tienen la naturaleza jurídica de “seguros”.

“La consecuencia de que las garantías y las cauciones judiciales se otorguen a través de contratos de seguros, consiste básicamente en que el asegurador en caso de siniestro no puede proponer al asegurado el beneficio de excusión (Artículo 2384 del C.C)³⁹ ni el

³⁹ El beneficio de excusión, según el Artículo 2383, es el beneficio en virtud del cual el fiador “*podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda.*”

beneficio de división (Artículo 2392 del C.C.)⁴⁰. Pero de otra parte, el asegurador garante no se puede considerar como deudor solidario de su garantizado; igualmente la obligación del asegurador, en virtud del artículo 1110 del C. de Cío., la pueden cumplir en dinero o mediante reposición o reemplazo de ser posible; el fiador en cambio solo puede satisfacer su obligación en dinero. Finalmente, en los seguros de cumplimiento, el asegurador al tenor del artículo 1044 del C. de Cío., puede oponer al asegurado y al beneficiario las excepciones que hubiera podido alegar contra el tomador.”⁴¹

4.6 EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS

Según anotaciones anteriores, los seguros se dividen en seguros de daños y seguros de personas, dentro de los primeros se encuentran los seguros reales y los patrimoniales. El Seguro de Cumplimiento, se encuentra dentro de los seguros patrimoniales, amparan daños que no constituyen precisamente un daño o detrimento físico, pero sí representan una pérdida económica causada por un siniestro, como el incumplimiento en la ejecución de un contrato. En estos la responsabilidad de la compañía aseguradora en el pago de la indemnización, está limitada al monto del valor asegurado y hasta concurrencia del perjuicio patrimonial que demuestre haber sufrido el asegurado, como consecuencia del incumplimiento del contrato o de las obligaciones afianzadas.

La indemnización, en este caso, solo comprende el daño emergente, pues la póliza expresamente excluye la cobertura del lucro cesante, como también excluye, los costos o sobre costos que representa la reanudación de la obra. La indemnización por tanto, se refiere al valor de la prestación en sí; a los resultados que ha debido producir el cumplimiento del contrato.

El lesionado con el incumplimiento del contrato, es el asegurado contratante, que no es un tercero ajeno al contrato de Seguro de Cumplimiento, sino por el contrario, el beneficiario a quien se le paga la indemnización.

⁴⁰ Artículo 2392 del Código Civil: “*Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos, por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa...*”

⁴¹ Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguros en Colombia (1971-2001). En: Revista Acoldece Bogotá D.C (Septiembre de 2001), p. 265

5. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El Seguro de Cumplimiento fue creado en Colombia por la Ley 225 de 1938, con el fin de que las aseguradoras garantizaran los perjuicios que podían derivarse por el incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato o de la ley.

Según Diaz-Granado: *“El Producto de la celebración de un contrato, las entidades estatales son acreedoras de la prestación pactada, que busca llevar a cabo los servicios a cargo del Estado. Las garantías brindan una protección a las entidades públicas contra el riesgo de incumplimiento del contratista. Pues con cargo a un patrimonio distinto-el del garante-se indemnizarán los perjuicios irrogados a la entidad acreedora, bien mediante la asunción de la terminación de la obra, o bien mediante el pago en dinero de la indemnización”*⁴²

En tratándose del Seguro de Cumplimiento, el riesgo no es otro que la posibilidad fáctica y jurídica que el contratista afianzado no cumpla con la obligación que se le deriva de la convención o de la Ley. Por lo tanto el riesgo amparado son las mismas obligaciones y prestaciones del respectivo contrato.

Existen solo dos clases de garantías en materia de contratación administrativa: La Garantía de la Seriedad de la Oferta y la Garantía Única de Cumplimiento. La primera es exigida a todos los participantes en un proceso de licitación y la segunda es exigida solo al contratista que resulte ganador de la licitación y solo después de perfeccionado el contrato, esto es de ser firmado por las partes.

Vale la pena mencionar que estas garantías no son obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos y en los de seguros.

Dentro de la Garantía Única se incluyen como riesgos amparados los siguientes: Buen manejo y Correcta Inversión del Anticipo, Cumplimiento del contrato, Estabilidad de la Obra, Calidad del Bien o del Servicio, Correcto Funcionamiento de los Equipos y Pago de Salarios y Prestaciones Sociales e Indemnizaciones.

Independiente de estas garantías el contratista debe presentar una póliza de responsabilidad civil extracontractual, para cubrir los daños que le puede causar a terceros durante la ejecución del contrato. Adicionalmente, y como ya se mencionó, el proponente debe presentar igualmente una garantía de seriedad de oferta, que tiene como fin responder por el ofrecimiento hecho a la entidad estatal.

⁴² DIAZ-GRANADOS ORTIZ. *Op. cit.*, p. 43

“En resumen, podemos señalar que los contratistas en la práctica proceden así:

1. Cuando se presentan a una licitación pública o a un concurso, le solicitan a la compañía de seguros la garantía que ha de respaldar la propuesta presentada.” Garantía de seriedad de la oferta.

“2. Si resultan favorecidos con la adjudicación, la entidad estatal mínimo les exige amparar por medio de la Garantía Única los siguientes riesgos:

a) Cumplimiento del contrato.

b) Correcta inversión del anticipo.

c) Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

d) Estabilidad de la obra.

*3. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad, el contratista debe acompañar el Seguro de Responsabilidad Civil.”*⁴³

5.1 GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

Aunque es evidentemente más usual, que este amparo se exija y se otorgue en los procesos licitatorios, o en los concursos abiertos por Entidades Estatales, en la contratación privada pueden ser igualmente exigidos, cuando previamente a la celebración del contrato, se abren concursos a través de los cuales se seleccione el contratista, que mejor cumpla con los parámetros preestablecidos.

A través de este amparo se garantiza al asegurado –futuro contratante- que el afianzado –proponente- suscriba el contrato, en el caso de salir favorecido en la licitación o concurso.

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, el valor asegurado de la garantía de seriedad de oferta quedará en cabeza de la entidad estatal, en calidad de sanción y la entidad mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato al proponente calificado en segundo lugar, dentro de los 15 días siguientes.

Es de advertir que no en todos los casos en que el adjudicatario o escogido se abstrae de suscribir el contrato, se materializa el riesgo que por este amparo se pretende cubrir, puesto que si el contrato que pretende celebrarse no es fiel reflejo de los pliegos de licitación o parámetros del concurso y de la propuesta favorecida, el incumplimiento de la obligación garantizada, no será imputable al afianzado y por ende no podrá afirmarse que se configuró el siniestro.

5.2 GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

El Artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, el cual regula el principio de economía, emplea el término de garantía única para indicar que el contratista *“avalará el cumplimiento de sus obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente*

⁴³ GALINDO CUBIDES. *Op., cit.*, p. 161

durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado.” (...) “las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia...”

El término de garantía única ha sido bastante discutido, ya que la póliza o garantía comprende varias coberturas, no una sola, como se entendería del término garantía única.

5.2.1 Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. “El amparo de anticipo cubre a las entidades estatales contratantes, contra los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el contratista haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo, para la ejecución del contrato. En tal sentido, se entenderá que existe uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, para que opere el amparo estos deberán estar debidamente tasados en dinero. Salvo aceptación expresa de Confianza, el presente amparo no cubre anticipos en dineros efectivo o en títulos valores diferentes al cheque. Este amparo no se extiende a cubrir el uso de los dineros entregados como pago anticipado al contratista.”⁴⁴

Por medio de este amparo se garantiza al asegurado–contratante, que los dineros que convenga entregar al contratista al momento de iniciarse la ejecución, no solo serán empleados e invertidos correctamente, sino que se amortizarán en la forma convenida en el contrato. El parágrafo del Artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establece que éstos anticipos no pueden exceder del 50% del valor del contrato y el Decreto 679 de 1994 reglamentario de la Ley 80 de 1993, en su Artículo 17 literal a) establece que éste amparo debe ser equivalente al 100% del monto que el contratista reciba como anticipo. Aunque el artículo no habla de la vigencia, debe entenderse que terminará cuando el contratista termine de amortizar el valor total recibido como anticipo y no como equivocadamente entienden algunas aseguradoras colombianas, que el riesgo finaliza en el momento en que el contratista afianzado demuestra fehacientemente que ha invertido los dineros, olvidando que el riesgo seguirá corriendo, hasta tanto no se amortice en su totalidad, mediante el descuento porcentual pactado en los cumplimientos parciales, establecidos en el contrato.

Es esta, pues, la primera forma de preservar el equilibrio financiero del contrato, que con tanto empeño defiende hoy la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional.

El anticipo como su noción lo indica, deberá entregarse una vez celebrado o legalizado el contrato, so pena de incumplimiento imputable al contratante y sin perjuicio de que en el texto de la convención se fije una fecha para su entrega.

Las Entidades Estatales, con inusitada frecuencia, pactan anticipos que finalmente entregan cinco (5) o más meses después de legalizado el contrato, argumentando después, judicial o

⁴⁴ Texto de la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales (Ley 80 de 1993) Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “CONFIANZA”

extrajudicialmente, que por no estar fijada una fecha para su entrega, la obligación ni es exigible, ni con base en ella puede imputársele incumplimiento alguno.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en aras de la preservación del equilibrio financiero se pronunció de manera contundente al respecto, aclarando que la obligación de entregar el anticipo al contratista, debía cumplirse inmediatamente se legalizara el contrato y antes de levantar el acta de iniciación respectiva, so pena de generar hacia el futuro, pruebas de incumplimiento de la Administración y soportes de la excepción de contrato no cumplido que podría proponer el contratista-afianzado.

5.2.2 Amparo de cumplimiento. Por medio de este amparo, se garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. El valor asegurado es usualmente un porcentaje sobre el precio del contrato, establecido por el contratante, debiendo atenderse para las pólizas a favor de Entidades Estatales, los límites mínimos establecidos en el Artículo 17 del decreto 679 de 1994 reglamentario de la ley 80 de 1993.

El valor asegurado es un límite de responsabilidad del asegurador y no una cuantificación anticipada de una futura pérdida. De ahí, y del carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguro, surge la obligación para el asegurado de probar el monto de la pérdida.

En términos prácticos, si el contratista cumplió con el 70% de la prestación a que se obligó, la indemnización corresponderá al 30% del valor asegurado que corresponde a la obligación insoluta.

Dentro de este amparo se incluyen los valores a cargo del contratista por concepto de multas que se le impongan. He aquí una de las mayores diferencias entre las garantías otorgadas entre particulares y las otorgadas para garantizar obligaciones derivadas de contratos celebrados con entidades estatales; entre particulares no se pueden garantizar multas, como sí se hace con la póliza oficial.

Dentro de este amparo, igualmente se incluye la **cláusula penal pecuniaria**, que garantiza al contratante asegurado la cancelación del valor convenido como pena, por el incumplimiento de las obligaciones del contratista. A pesar de haberse entendido, la **cláusula penal pecuniaria**, como una regulación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento del contratista, éste amparo se concede sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar en el amparo de cumplimiento, que se establecerá a prorrata del grado de ejecución del contrato, como se advirtió.

Según el Decreto 679 de 1994, la cuantía de este amparo no puede ser inferior al monto de la cláusula penal ni al 10% del valor del contrato.

“El Consejo de Estado, Sección tercera, ha definido el alcance de la cobertura, en sentencia de 22 de Noviembre de 1989, así: El pago de multas y de la cláusula penal están garantizados por la póliza de cumplimiento, como también lo están las demás obligaciones

que resulten a cargo del contratista en el acta de liquidación o en la condena judicial por perjuicios.”⁴⁵

5.2.3 Amparo de estabilidad de obra. Esta cobertura tiene operancia en los contratos de ejecución de obras de construcción, el riesgo consiste en garantizar que la obra ejecutada por el contratista, cumplirá con los objetivos previstos y mantendrá las características que el contrato preveía.

En la práctica se presenta con gran frecuencia, que los asegurados en general, consideren equivocadamente que cualquier imperfección

de la obra, genera un pago indemnizatorio por parte del asegurador. La realidad es bien distinta; el amparo de estabilidad de obra solamente se afecta, cuando el contratista dejó de utilizar los elementos de las calidades convenidas en el contrato o, no aplicó la técnica correcta que la respectiva ciencia impone.

Es frecuente que luego de ejecutarse una obra se presenten imperfecciones, ajenas totalmente al contratista, provenientes de un mal uso, de fallas en el diseño arquitectónico o en el estudio estructural, no elaborados por quien lo ejecutó.

Su vigencia, de acuerdo con el Decreto 679 de 1994, no podrá ser inferior a 5 años y el valor asegurado lo determinará la entidad estatal de acuerdo con el valor total de la obra, normalmente es un porcentaje no superior al 20% del valor del contrato de obra.

5.2.4 Amparo de salarios y prestaciones sociales. Este amparo se exige en los contratos en los cuales el contratista emplee terceras personas o subcontrate a contratistas que, a su vez, empleen trabajadores.

El amparo de prestaciones sociales tiene su origen en la solidaridad legal⁴⁶ entre el contratante principal o dueño de la obra y el subcontratista; mediante este amparo se garantiza al asegurado, que las reclamaciones laborales que le hagan los empleados del contratista afianzado, serán canceladas por el asegurador.

Debe aclararse que el único legitimado para el cobro de la indemnización es el contratante, dueño de la obra, toda vez que es su patrimonio el que ampara la póliza.

Si los empleados del contratista se limitan a demandar a éste, el asegurador no tendrá obligación alguna frente a esa situación; solo le surge la obligación, cuando el asegurado sufre una inminente afectación de su patrimonio, por efectos de una reclamación laboral que está obligado a asumir, por ser solidariamente responsable de ellas.

⁴⁵ DIAZ-GRANADOS ORTIZ. *Op. cit.*, p. 63

⁴⁶ Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo

La vigencia de este amparo se extenderá por el término del contrato y tres años más, teniendo en cuenta el término de prescripción de las acciones laborales. Su valor asegurado normalmente es por lo menos igual al 5% del valor total del contrato, según lo dispone el Artículo 17 literal C del Decreto 679 de 1994.

5.2.5 Amparo de calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos. Este amparo opera básicamente en los contratos de compraventa de bienes muebles o de la prestación de servicios. Mediante el mismo, el asegurador garantiza que los equipos objeto del contrato afianzado, o el servicio ofrecido, tengan las calidades previstas en él, y su funcionamiento estará acorde con el objetivo que fue causa de la contratación.

Existe una polémica que en la práctica se presenta en este amparo y que tiene que ver con las pérdidas que la mala calidad o el mal funcionamiento le generen al asegurado y que, han querido reclamarse como un lucro cesante, que no ampara la póliza de cumplimiento y que el Código de Comercio excluye de los contratos de seguro, salvo pacto expreso. Artículo 1088 del Código de Comercio.

5.3 SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Anteriormente, el Decreto 222 de 1983, no exigía la presentación de este seguro por parte de los contratistas. La Ley 80 de 1993, en el Artículo 60,⁴⁷ relacionado con la liquidación de los contratos, introduce la cobertura de Responsabilidad Civil. Posteriormente el Decreto 679 de 1994, en el Artículo 17, incluye el seguro de Responsabilidad Civil frente a terceros y autoriza cubrir el riesgo con una póliza independiente del seguro de cumplimiento, en los contratos de obra y en los demás en que la entidad estatal lo considere prudente y necesario.

*“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que las entidades estatales no solo responden por el hecho propio, sino que también son responsables por los daños que se causen a terceros con ocasión de la ejecución de un contrato que se desarrolla en beneficio de la administración.”*⁴⁸

La finalidad de esta cobertura consiste en amparar a la administración de los detrimentos patrimoniales que le ocasione la responsabilidad extracontractual de su contratista que en ejecución de un contrato le causa un daño a terceros y éstos le cobren al Estado sus perjuicios.

⁴⁷ Artículo 60 Ley 80 de 1993 “(...) Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es el caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.”

⁴⁸ DIAZ-GRANADOS ORTIZ. *Op. cit.*, p. 68

6. OCURRENCIA Y CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO

El siniestro como materialización del riesgo, se presenta en el seguro de cumplimiento, cuando el afianzado incumple las obligaciones que se derivan del contrato o de la Ley.

Si el contratista afianzado no cumple con las prestaciones a las cuales se obligó, o no lo hace dentro del término que se convino, se cumple la condición suspensiva y por lo tanto la aseguradora debe proceder al pago de la indemnización.

6.1 EL SINIESTRO EN LAS PÓLIZAS A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, se ha presentado una controversia en la forma como se debe declarar el siniestro; si debe ser mediante acto administrativo proferido por la entidad estatal, o si se debe presentar reclamación a la aseguradora de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio. Para poder llegar a una conclusión, deben analizarse las dos tesis que se han planteado en torno de la declaratoria del siniestro.

En primer lugar, existe la tesis de algunos tratadistas como el Dr. César Núñez Villalba, quienes sostienen que el análisis debe efectuarse desde dos perspectivas distintas, teniendo en cuenta si en el contrato estatal se han estipulado o no cláusulas excepcionales. A la luz de la normatividad vigente, y en especial a lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es obligatorio pactar estas cláusulas en los contratos estatales en los cuales el objeto sea el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado, así como los contratos de obra.

Es así pues, como de acuerdo con esta teoría, en los contratos que tienen pactadas cláusulas excepcionales, tal como lo expresa la Ley 80 de 1993, en los artículos 15, 16, 17 y 18 sobre las cláusulas excepcionales son: la caducidad, la terminación, modificación e interpretación unilateral. El siniestro debe ser declarado mediante acto administrativo, de acuerdo con el último inciso del Artículo 18 de la Ley 80 de 1993,⁴⁹ que dice:

“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de cumplimiento.”
Artículo 18 de la ley 80 de 1993. De acuerdo con este mismo artículo la caducidad en un contrato se presenta cuando se evidencian “hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su

⁴⁹ Ley 80 de 1993. *Op., cit.*

paralización, la entidad por acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”

Como conclusión se debe entender que ejecutoriado el acto administrativo, que dice: *“Es aquel sobre el cual no es viable interponer recursos, o interpuestos ya han sido decididos, con lo cual el acto queda en firme pudiendo hacerse coactiva su ejecutoria. Normalmente, en la vía gubernativa, contra la Resolución que declara un incumplimiento y declara la ocurrencia del siniestro, únicamente procede el recurso de reposición ante el funcionario que expidió el acto administrativo. Una vez se decide el recurso o cuando el interesado no ha hecho uso de esta facultad legal, el acto administrativo puede ser ejecutoriado por la administración y la parte afectada puede recurrir al ejercicio de las acciones jurisdiccionales respectivas, en la oportunidad legal”*, que declara la ocurrencia del siniestro - y ordena hacer efectiva la póliza, surgirá el siniestro y con ese mismo acto, se cumplirá con la carga probatoria de su comprobación.

El acto administrativo respectivo, goza de la presunción de legalidad de todo acto administrativo, y como tal deberá notificarse tanto al contratista como al asegurador, quienes podrán interponer los recursos previstos en la ley, que salvo para actos administrativos proferidos por las direcciones seccionales de la DIAN y las Superintendencias, será únicamente el de reposición.

Por su parte, en los contratos en los cuales no se estipulan cláusulas excepcionales, de acuerdo con el precitado Dr. Núñez Villalba, no es procedente la declaratoria de la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo, sino que la Administración debe actuar como cualquier particular, notificando la ocurrencia del siniestro a la aseguradora y procediendo con la normal reclamación, demostrando tanto su ocurrencia, como su cuantía.

*“ Uno de los fundamentos de esta afirmación, es la Ley 80 de 1993 en su artículo 13, que en una de sus grandes y positivas innovaciones, estableció que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley.”*⁵⁰

Sin embargo, la segunda tesis no hace distinción en la inclusión o no de las prerrogativas estatales en los contratos, sino que en todo caso, el siniestro se configura mediante acto administrativo que declara su ocurrencia. Dentro de los expositores de esta tesis, se encuentra Juan Manuel Diaz-Granadoz Ortiz, quien afirma que para la configuración del siniestro no son aplicables las normas del Código de Comercio, es decir, que la entidad no hace efectiva la póliza mediante una reclamación ante la aseguradora.

Según Diaz-Granados:⁵¹ *“El cuestionamiento que se presenta es: Cómo se declara el siniestro para los contratos estatales sin cláusula de caducidad? Habría que recurrir al*

⁵⁰ Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguros en Colombia (1971-2001). En: Revista Acoldece Bogotá D.C (Septiembre de 2001), p. 285

⁵¹ DIAZ-GRANADOS ORTIZ. Op., cit., p. 77.

Art.68 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva:

“...4. Los contratos, las pólizas de seguros y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso.

5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presenten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.”

La ejecutoria del acto administrativo no es suficiente para entender que la Administración, ha presentado una reclamación, con el alcance y las consecuencias que el derecho de seguros exige, la entidad asegurada debe cuantificar con exactitud la pérdida, pues el carácter meramente indemnizatorio no varía ni se modifica en este tipo de garantías.

El Estado entonces, deberá liquidar el contrato, con el fin de establecer, a manera de balance, los créditos y los débitos de los contratantes; si el contratista termina como deudor, su asegurador deberá cancelar ese monto a título de indemnización derivada del contrato de seguro. En dicha liquidación no podrá la Administración incluir perjuicios, porque ni en ejercicio de los poderes exorbitantes que la ley le otorga, podrá convertirse en Juez que con jurisdicción y competencia y luego de un juicio de valor, declare la responsabilidad y la cuantifique.

Esa liquidación administrativa, como cualquier otro acto que interese al contrato, deberá notificarse a los interesados entre quienes necesariamente se encuentra el asegurador a quien finalmente se le exigirá el pago.

6.2 NOTIFICACIÓN DE LA DECLARATORIA DEL SINIESTRO

La notificación de los actos administrativos, es una actuación procesal que por las consecuencias que genera, se encuentra expresamente regulada en el Artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, el cual para mayor ilustración del tema, se transcribe a continuación:

“Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado. Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita. En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este Código”

Aunque la disposición normativa es clara en establecer que la notificación deberá efectuarse al “interesado”, no es aventurado afirmar que las Entidades Estatales se abstraen de su cumplimiento al entender por interesado, solamente al contratista, olvidándose que el asegurador está íntimamente relacionado a las obligaciones que afianza, y especialmente a sus consecuencias jurídicas y económicas.

En este orden de ideas, no sería correcto afirmar, que el asegurador no es “interesado” cuando dentro de las resoluciones, se ordena hacer efectiva la garantía, incluyendo medidas coercitivas para ese fin.

El desconocimiento del Artículo 44 del C.C.A., no deja de tener las consecuencias que prevé la misma Ley y que se encuentran contenidas especialmente en el Artículo 48 del C.C.A. que textualmente reza “*ART. 48. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.*”

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46”

Para fortuna, la jurisprudencia ha sido muy clara en este tema, de manera tal que no permite ninguna laxitud en la interpretación de las normas referidas a la notificación, los sujetos, la publicidad y, específicamente, las consecuencias de su desatención.

6.3 LA RECLAMACIÓN

De acuerdo con los principios del Derecho Mercantil y particularmente el Derecho de Seguros, el seguro no puede constituir una fuente de enriquecimiento, por lo tanto el asegurado, como se planteó en el primer capítulo, deberá comprobar la ocurrencia del siniestro y, con exactitud, la cuantía de la pérdida.

Tal como se expuso en el numeral anterior, las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales prevén que la ejecutoria del acto administrativo que declara la caducidad o la ocurrencia del riesgo amparado, configuran el siniestro; y que, posteriormente, la Administración deberá liquidar el contrato y cuantificar la pérdida, a través de la operación contable, y del acto administrativo que la acoja, el que deberá ser notificado a todos los interesados, incluyendo, tal como se precisó, obviamente a la aseguradora. El

procedimiento de liquidación, las personas que en ella deben intervenir, el reemplazo del contratista que se niega a asistir a ella y demás aspectos relacionados, está previsto y delineado en el Artículo 60 y concordantes de la Ley 80 de 1993:

“Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

*Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.”*⁵²

Sólo de esta forma se entenderá presentada la reclamación para las pólizas a favor de entidades estatales, advirtiéndose que a diferencia de aquellas entre particulares, no es procedente la objeción del asegurador, ni relevante frente al mérito ejecutivo.

6.4 EL MÉRITO EJECUTIVO

En las pólizas a favor de entidades estatales, se mencionaron ya cuales documentos configuran la reclamación; una vez presentada, como se anotó no le es posible al asegurador producir una objeción, pues de hacerlo sería absolutamente irrelevante frente a la presunción de la cual gozan los actos administrativos y su carácter ejecutivo, establecido por la Ley.

El asegurador, que considera nula, ineficaz o ilegal la resolución respectiva, debe acudir a la vía jurisdiccional, para hacer valer su derecho, lo que lo facultará además, para solicitar la suspensión o la pre-judicialidad del procedimiento de ejecución que la Administración puede adelantar contra él.

La realidad, es que para este tipo de seguro a favor de Entidades Estatales, el título ejecutivo es compuesto, y requiere no sólo del acto administrativo, sino además de la

⁵² Artículo 60 de la Ley 80 de 1993

póliza, del contrato y de la liquidación. El acto administrativo ejecutoriado *per se*, no configura un título ejecutivo contra el asegurador.

6.5 EL PAGO DE LA PRIMA COMO CAUSAL DE IRREVOCABILIDAD DEL CONTRATO DE SEGUROS

En el momento en que las partes acuerden el monto de la prima o se establezca una forma para liquidarla, se cumple con el requisito esencial, y por ende el contrato será eficaz, en lo que a éste punto se refiere. Aspecto distinto, es el pago de la prima y las consecuencias que su incumplimiento genera, cuando se trata de pólizas entre particulares o cuando se trata del no pago de una prima, tratándose de una garantía única de cumplimiento.

En este punto, debe retomarse la discusión relacionada con la naturaleza del seguro de cumplimiento: sí se trata de un seguro o de una fianza. De acuerdo con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, el seguro de cumplimiento es un seguro, y no una fianza. Bajo esta hipótesis, se llega a la equivocada conclusión, a la cual igualmente llegó la Superintendencia Bancaria, de que la falta de pago de la prima produce la terminación automática del contrato, con base en lo dispuesto en el Artículo 1068 del Código de Comercio, que dice: “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 y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato (...)”.⁵³

*“Afortunadamente la Ley 80 de 1993, vino a despejar cualquier duda en cuanto a las garantías únicas, al señalar de manera inequívoca que en tratándose de pólizas expedidas por compañías de seguros, éstas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral”.*⁵⁴

Es así como el artículo 25 numeral 19 Inciso 3 de la Ley 80 de 1993⁵⁵, estipuló:

*“La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, **tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral**”.* (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Por el contrario, considero que el Seguro de Cumplimiento comparte la naturaleza jurídica del seguro y de la fianza. De la fianza, en la medida que es de la naturaleza jurídica de la fianza que el fiador no se puede desligar de su obligación sin contar con la aceptación del acreedor, tal como sucede con la garantía única, en la cual la aseguradora no puede exonerarse de su responsabilidad, por el solo hecho que el afianzado no cancele la prima,

⁵³ Código de Comercio. *Op., cit.*

⁵⁴ GALINDO CUBIDES. *Op., cit.*, p. 166

⁵⁵ Ley 80 de 1993. *Op., cit.*

revocándola unilateralmente por este motivo. Del seguro, por las razones que a lo largo de este escrito se han desarrollado, especialmente, las expuestas en el capítulo anterior.

Desafortunadamente, la discusión sobre la irrevocabilidad de la garantía única de cumplimiento por falta de pago de la prima, a lo único que conllevó y contribuyó, fue al descrédito y a la desconfianza de la efectividad de las pólizas de cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

“Estudios de Profundización en Contratación Estatal” Pontificia Universidad Javeriana. Cámara de Comercio de Bogotá 1997

ACOAS Doctrina y Jurisprudencia de Seguros 2000-2001

Código de Civil. Bogotá : Editorial Legis, 2000.

Código de Comercio. Bogotá : Editorial Legis, 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de Mayo de 1.990. Magistrado Ponente Eduardo García Sarmiento.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Compendio de Derecho Procesal Pruebas Judiciales” Tomo II Biblioteca Jurídica Dike, 1994

DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. “Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa” Colombo Editores, 1995

Estatuto de la Contratación Administrativa Ley 80 de 1993 y normas complementarias

Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguros en Colombia (1971-2001). En: Revista Acoldese. Bogotá, D.C. (Septiembre), 2001

GALINDO CUBIDES, Hernando. El seguro de fianza. En: Revista Seguros Temas Esenciales. 1985, p. 149

GARRIGUEZ, Joaquín. “Contrato de Seguro Terrestre” Madrid : Editorial Aguirre, 1973

GUTIÉRREZ, Omar Franco. “La Contratación Administrativa” Comentarios a la ley 80 de 1993. Segunda edición, Ediciones Abogados Librería, 1994

JARAMILLO, Carlos Ignacio. “Estructura de la forma en el contrato de seguros”. Bogotá : Editorial Temis, 1986

Ley 80 de 1993. Bogotá : Editorial Temis, 2000

LÓPEZ, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros. Bogotá : Editorial Temis, 1982

------. “Comentarios al Contrato de Seguro”. 3ª Edición. Bogotá : Dupre Editores, 1999

MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MUNERA, Andrés. “La Contratación Estatal: análisis y perspectivas” Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana Colección profesores No. 28, 2000

NÚÑEZ, Cesar. Nuevo estatuto de contratación de seguros de las entidades estatales y nuevo régimen de las garantías. Memorias del XVIII Encuentro Nacional de Acoldece. 1993

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. “Cuestiones generales y caracteres del contrato”. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001

------. “El Contrato de Seguro. Ley 339 de 1997 y otros estudios”. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998

------. “Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato”. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2002

------. El Contrato de Seguro. Ley 389 de 1.997 y otros estudios. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998

OSSA J. Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá : Editorial Temis, 1984

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. “Contratos Administrativos y de Derecho privado de la administración”. Ediciones Librería del profesional Segunda edición. 1999

STIGLITZ, Rubén. Contrato de Seguro, Bogotá : Edición La Roca, 1.998