

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
MODIFICACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO EN SEGURO DE CUMPLIMIENTO

LAURA ALEJANDRA CASTELLAR ALMONACID



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ
2016

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

MODIFICACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO EN SEGURO DE CUMPLIMIENTO

LAURA ALEJANDRA CASTELLAR ALMONACID

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO DE SEGUROS**

**DR. RICARDO VÉLEZ OCHOA
DIRECTOR DEL PROGRAMA**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ**

2016

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

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	2
Aspectos jurídicos relevantes	2
El seguro de cumplimiento.....	2
Modificación del estado del riesgo	4
Análisis Jurisprudencial	6
Sentencia del 28 de febrero de 2007, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 2000-00133	6
Sentencia del 3 De Marzo De 2009, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 1999-1682	20
Sentencia del 3 de diciembre de 2015, Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 52678	30
Conclusiones	39
Referencias	44

INTRODUCCIÓN

El presente análisis jurisprudencial tiene como finalidad estudiar la aplicación de la figura de la modificación del estado del riesgo respecto al seguro de cumplimiento, tanto en el ámbito del derecho público como del privado, para lo cual es pertinente realizar un acercamiento conceptual a la materia objeto de estudio.

Por lo anterior se realizará un análisis general de los aspectos, jurídicos y algunos técnicos, más relevantes tanto del seguro de cumplimiento como de la modificación del estado del riesgo y las obligaciones que de ella emanan, para posteriormente proceder a analizar el tema desde una perspectiva jurisprudencial.

CAPÍTULO I

ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES

I. El Seguro de cumplimiento

El seguro de cumplimiento, ha generado amplias discusiones acerca de su naturaleza jurídica, incluso algunos doctrinantes llegaron a considerar que se trataba de una fianza y no de un seguro, pero independientemente de que sea considerado una fianza o un seguro en sí mismo, materia que no es objeto de estudio en el presente documento, pero sobre la cual se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 21 de septiembre de 2000, exp. 6140, concluyendo que se trata de un contrato de seguro y no de fianza, lo cierto es que su finalidad es servir de garantía para el cumplimiento de una obligación contractual.

“Las garantías son en esencia un contrato accesorio, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal.” (Becerra, 2005, p.1), estas están enunciadas en el artículo 65 del Código Civil Colombiano bajo el nombre de cauciones, dentro de las cuales no se encuentra el seguro de cumplimiento, seguramente porque el Código Civil Colombiano data de 1873 y no

fue hasta el año de 1938 cuando con la Ley 225 se reguló el tipo de seguro que ocupa este documento.

La jurisprudencia ha definido el seguro de cumplimiento como:

Esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, ha dicho la Sala, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza '... el cumplimiento de una obligación, en forma tal 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' amparada. (C.S.J. Sentencia del 7 de mayo de 2002. Exp. 6181)

Se tiene entonces que la jurisprudencia colombiana ha clasificado el contrato de seguro de cumplimiento como una garantía, en virtud de la cual el asegurador asume el riesgo de incumplimiento de una obligación contractual que previamente ha contraído el garantizado o afianzado, quien es deudor de la mencionada obligación, con el asegurado quien es el acreedor.

Generalmente, y aunque este ha sido un tema polémico dentro de la doctrina colombiana, quien tiene la calidad de tomador en la póliza de seguro de cumplimiento es el deudor de la obligación, es decir que es este quien junto a la compañía de seguros se constituye como parte en el contrato de seguro, no siendo así el asegurado o acreedor, quien es simplemente el beneficiario o la persona quien recibirá la indemnización en el caso de materializarse el riesgo asegurado, esto es el incumplimiento del tomador del seguro respecto a la obligación garantizada.

Conforme a lo anterior, es dable afirmar que en los eventos en los que el deudor es el tomador de la póliza, lo cual es lo más usual en la práctica aseguraticia, se está frente a la figura de seguro

por cuenta de un tercero, pues el interés asegurable evidentemente no lo ostenta el tomador-deudor sino el acreedor de la obligación principal, quien figura como asegurado.

También se tiene, que se está frente a un seguro de daños, más exactamente de carácter patrimonial, pues no se asegura un bien en específico sino el patrimonio del acreedor que pueda verse afectado con el incumplimiento de su deudor.

Este tipo de contrato es utilizado para garantizar tanto obligaciones de carácter privado como aquellas que nacen de contratos de naturaleza pública, sin embargo es importante precisar que para los primeros depende únicamente de la voluntad de las partes su contratación, pero para los segundos es obligatoria, ya que el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el 7° de la Ley 1150 de 2007 disponen expresamente que las obligaciones que emanan de contratos estatales deben ser garantizadas, y aunque no limita únicamente la garantía al contrato de seguro, lo cierto es que este se ha convertido en el mecanismo más usual y al que más recurren los contratistas para garantizar las obligaciones que contraen con entidades estatales, aspecto de absoluta relevancia para el presente análisis jurisprudencial, toda vez que como se expondrá ulteriormente incide en la aplicación de la figura de modificación en el estado del riesgo.

II. Modificación del estado del riesgo

El artículo 1060 del Código de Comercio contiene el deber de conservación del estado del riesgo en cabeza del tomador o del asegurado y a su vez la obligación de notificar al asegurador sobre todas aquellas circunstancias que deriven en la modificación del estado del riesgo asegurado.

En primer lugar, es pertinente estudiar qué se entiende por estado del riesgo:

El estado del riesgo hace referencia a las condiciones y probabilidades para que se produzca el siniestro. Encuentra su fundamento en que el riesgo es el elemento característico del contrato, y el estado del riesgo es el factor que ha impulsado al asegurador para obligarse. (Narváez, 2002, p.140).

Así las cosas, se tiene que según el estado en el que se encuentre el riesgo que es presentado al asegurador para que lo asuma, este teniendo en cuenta diversos aspectos, que en muchas ocasiones son de carácter actuarial, determinará la prima a cobrar y si establece garantías que puedan ayudar a mantener el riesgo en el estado en que le es entregado o a mitigar el siniestro en caso que se presente.

Lo anterior con la finalidad de cumplir con los principios de equidad y suficiencia de la prima, los cuales está el asegurador obligado a respetar al momento de asumir los riesgos, así lo dispone el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Dentro de la comunidad de riesgos, si el estado de estos no se mantuviera, aumentaría en idéntica proporción las posibilidades de ocurrencia de los siniestros, y, por tanto, impedirían al asegurador la aplicación debida de las reglas que gobiernan la operación técnica de los seguros, como son el cálculo de probabilidades y un manejo eficiente de los mecanismos de dispersión de los riesgos. (Narváez, 2002, p.140)

Ahora bien, la modificación en el estado del riesgo se refiere a:

Las mutaciones o agravaciones del estado del riesgo son hechos sobrevinientes, previsibles o no, cuya existencia durante los tratos que precedieron a la celebración del contrato hubiera podido impedir la formación de este o llevarlo a concertarlo en condiciones más gravosas para el asegurado. (Narváez, 2002, p.140)

Se tiene entonces, que aunque lo ideal es que el estado del riesgo se mantenga incólume a lo largo de la vigencia del contrato de seguro, ello no obsta para que se presenten situaciones, que aunque pueden ser previsibles, modifiquen el estado del riesgo, pero cuando ello ocurre es obligación del tomador y/o del asegurado notificar oportunamente a la compañía de seguros, para que esta tenga la posibilidad de evaluar las acciones que tomará respecto a la modificación presentada, las cuales según el Código de Comercio son revocar el contrato o reajustar la prima.

En caso que se falte a la obligación de notificar las modificaciones en el estado del riesgo, el contrato de seguros terminará automáticamente, además, si la omisión en la notificación se debió a mala fe del tomador y/o del asegurado, la compañía aseguradora podrá retener la prima no devengada.

Es importante mencionar, que las modificaciones en el estado del riesgo no siempre pueden significar una agravación en el mismo, sino que por el contrario pueden reflejarse en su disminución, sin embargo, la obligación y la sanción previstas en el artículo 1060 del Código de Comercio únicamente son aplicables para aquellas circunstancias que impliquen una agravación en el estado del riesgo.

Respecto a las circunstancias que disminuyen el riesgo, no contempló el legislador una obligación de notificación, pero si dispuso en el artículo 1061 del tantas veces mencionado Código de Comercio, que, en caso de aminoración del riesgo, el asegurador debe reducir la prima.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A continuación, se realizará el análisis de tres sentencias de especial relevancia en el tema de modificación del estado del riesgo en seguro de cumplimiento.

Dos de las sentencias a analizar corresponden a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y la tercera a la Sección Tercera del Consejo de Estado, lo que permitirá tener una perspectiva del aseguramiento en materia de cumplimiento tanto público como privado y a su vez del tratamiento que tanto en la jurisdicción civil como en la contenciosa administrativa se le da la figura de agravación del estado del riesgo.

I. SENTENCIA DEL 28 DE FEBRERO DE 2007, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, EXPEDIENTE 2000-00133.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Expediente: 68001 31 03 001 2000 00133 01

Clase de proceso: Ordinario.

Demandante: Sociedad Ferretería El Punto, Válvulas Y Aceros Ltda.

Demandado: Aseguradora COLSEGUROS S.A.

La providencia decide el recurso de casación interpuesto por la sociedad demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, dentro del proceso ordinario promovido contra ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

1. HECHOS:

- 1.1. Entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE VIVIENDA POPULAR – Regional Santander (en adelante FENAVIP) y la FERRETERÍA EL PUNTO, VÁLVULAS Y ACEROS LTDA (en adelante LA FERRETERÍA) se celebró un contrato de suministro el 19 de febrero de 1998 cuya duración se pactó en 12 meses.
- 1.2. El mencionado contrato de suministro fue afianzado por COLSEGUROS S.A., a través de la póliza de cumplimiento No. 1287914-5, en la cual fungió como tomador FENAVIP y LA FERRETERÍA como asegurado, con vigencia hasta el 20 de agosto de 1998 y valor asegurado por \$418.000.000.
- 1.3. El 23 de agosto de 1998 mediante certificado No. 56500760 se amplió la vigencia de la póliza hasta el 20 de febrero de 1999.
- 1.4. El 10 de diciembre de 1998 FENAVIP y la FERRETERÍA acordaron que la primera se obligaba a obtener por parte del Banco Popular aceptaciones bancarias que garantizaran

la cancelación de los materiales suministrados por la segunda y ampliaron el contrato por ocho meses adicionales.

- 1.5. La compañía de seguros extendió la vigencia de la póliza hasta el 20 de agosto de 1999.
- 1.6. FENAVIP incumplió sus obligaciones contractuales, por lo cual, la FERRETERÍA inició proceso ejecutivo.
- 1.7. El proceso entre FENAVIP y la FERRETERÍA terminó anormalmente por transacción entre las partes.
- 1.8. FENAVIP incumplió las obligaciones que emanaron del contrato de transacción.
- 1.9. La FERRETERÍA dio aviso de siniestro a COLSEGUROS el 20 de agosto de 1999 y el 7 de octubre de la misma anualidad presentó reclamación formal.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Termina automáticamente el contrato de seguro de cumplimiento en favor de particulares, en el evento en que el asegurado, quien no fungió como tomador de la póliza, no notifique al asegurador la modificación en el estado del riesgo?

3. RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

3.1. Primera instancia:

El a quo dio por probada la excepción denominada “terminación del seguro por violación de los dispuesto por el artículo 1060 del Código de Comercio”, desestimando así las pretensiones de la demanda.

3.2. Segunda instancia:

La sentencia de primera instancia fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

4. FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

El fallador de segunda instancia expuso que el tomador y el asegurado están obligados a informar a la compañía de seguros todas aquellas circunstancias sobrevinientes que generen una modificación al estado del riesgo.

En el caso en concreto encontró que ni FENAVIP ni la FERRETERÍA informaron a la aseguradora las circunstancias que determinaron la modificación del riesgo asegurado, consideró que esas circunstancias añadieron cambios importantes al riesgo asegurado.

También consideró que el riesgo se agravó por la falta de pago por parte de FENAVIP de las facturas y del proceso ejecutivo del cual no tuvo conocimiento la compañía de seguros.

5. RECURSO DE CASACIÓN:

La recurrente en casación formuló dos cargos:

5.1. Primer cargo:

Acusó el fallo de violentar, por aplicación indebida, los artículos 1037, 1054, 1060 y 1061 del Código de Comercio y el 1602 del Código Civil, por falta de aplicación, los artículos 2, 3 y 7 de la ley 225 de 1938, 83 de la ley 45 de 1990, 822, 835, 864.1, 870, 871, 1072, 1074, 1079, 1080, 1083, 1088 del Código de Comercio; 1530, 1546, 1613, 1615, 1617, 1620, 1621 y 1624 del Código Civil, por errores de hecho, de conformidad con las siguientes razones:

- El Tribunal erró al suponer que la compañía de seguros no conoció oportunamente las modificaciones que las partes realizaron al contrato de suministro.
- La compañía de seguros conoció el total de las modificaciones que se realizaron al contrato de suministro, tanto así que expidió el certificado mediante el cual se amplió la vigencia de la póliza.
- No existió prueba de la agravación del estado del riesgo que asume el Tribunal existió.
- El ad quem tuvo en cuenta unas condiciones generales de la póliza que no fueron las pactadas por las partes.
- Le otorga a la transacción celebrada por las partes un efecto que no corresponde y por lo tanto no podía pensarse que generó una modificación al estado del riesgo.
- No tuvo en cuenta el Tribunal que las reformas al contrato de suministro tenían como finalidad atenuar la propagación del siniestro una vez ocurrido el incumplimiento por parte de FENAVIP.

5.2. Segundo cargo:

Acusó la sentencia de violar por vía directa por indebida valoración de la prueba los artículos 187, 252, 258 y 269 del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que los artículos 1052 y 1060 del Código de Comercio.

Sustentó la acusación en que el Tribunal tuvo como prueba las condiciones generales aportadas por COLSEGUROS con la contestación de la demanda, las cuales no fueron las acordadas por las partes, y no tuvo en cuenta las aportadas por la FERRETERÍA con el libelo demandatorio.

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte analiza conjuntamente los dos cargos formulados y advierte que el Tribunal incurrió en dos errores, el primero de ellos fue haber tenido como prueba las condiciones generales aportadas por COLSEGUROS cuando estas no fueron las acordadas por las partes.

Afirma la Corte que si bien las condiciones generales que fueron entregadas a la recurrente en casación al momento de celebrar el contrato correspondían a las del contrato de seguro de cumplimiento para entidades estatales y las aportadas por COLSEGUROS con la contestación de la demanda eran las condiciones generales del seguro de cumplimiento para entidades particulares, en las que no aparece la condición de garantía de no modificar el estado del riesgo, las que deben ser tenidas en cuenta son las acordadas por las partes en el momento de concretar el negocio, pues son estas las que reflejan la voluntad de las partes.

El segundo error consistió en haber confundido las figuras de agravación del estado del riesgo y garantía, para lo cual hace un recuento de aquellas características que las diferencian:

- La obligación de mantener el estado del riesgo opera por ministerio de la Ley mientras que las cláusulas de garantía deben estar expresamente pactadas en el contrato y debe evidenciarse la intención inequívoca de pactarla.
- La obligación de mantener el estado del riesgo versa sobre circunstancias que inciden directamente en este, en cambio, las garantías no necesariamente tienen que ser sustanciales respecto al riesgo.
- El incumplimiento de la obligación de notificar la modificación del riesgo produce automáticamente la terminación del contrato de seguro, mientras que en lo referente a las cláusulas de garantías la terminación únicamente tiene lugar cuando se refiere a una situación posterior a la celebración del contrato.

- No todas las agravaciones del riesgo producen efectos dañosos y por ende jurídicamente no tendrían un alcance significativo en el contrato, por el contrario, las garantías producen efectos aun cuando no se tornen sustanciales respecto al riesgo.

Sin embargo, encuentra la Corte que los errores antes mencionados no influyen en la respuesta al problema jurídico planteado.

Por el contrario, para el órgano de cierre el Tribunal acertó al considerar que el riesgo sufrió una evidente agravación con el incumplimiento de FENAVIP respecto al pago de las facturas y así mismo por el proceso ejecutivo que inició la FERRETERÍA en contra de la mencionada Federación.

En el mismo sentido se refiere a las modificaciones realizadas al contrato de suministro el 10 de diciembre de 1998, pues si bien la aseguradora amplió la vigencia del contrato de seguro, ello no significó que conociera todas las modificaciones que las partes hicieron al contrato y por ello debe entenderse que nunca conoció la agravación en el estado del riesgo.

Llama la atención la Corte, en que aun cuando la demandante conocía por obvias razones el incumplimiento en el que estaba incurriendo FENAVIP, siguió suministrándole materiales, lo cual, a juicio de la alta corporación, no puede significar cosa distinta a que el riesgo se continuó agravando y nunca le fue comunicado a la compañía de seguros.

En consecuencia, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

7. EVALUACIÓN CRÍTICA

La providencia analizada, plantea varios temas que es preciso evaluar, como la diferenciación de las garantías con la modificación del estado del riesgo, la modificación del estado del riesgo en sí misma y sus efectos respecto al contrato de seguro y las obligaciones de las partes y sujetos intervinientes.

7.1. Diferencias entre las garantías y la modificación del estado del riesgo

Las garantías están consagradas en el artículo 1061 del Código de Comercio, con las siguientes características:

- Son promesas, de hacer o no hacer, de cumplir una exigencia o afirmar o negar la existencia de un hecho o una circunstancia determinada.
- Debe constar expresamente por escrito, bien sea en la póliza o en los documentos accesorios a esta.
- Puede tener relación directa o indirecta con el riesgo, es decir puede ser sustancial o no respecto a este.
- Debe cumplirse obligatoriamente, de lo contrario el contrato será anulable en el evento en que se trate de actos previos al contrato y en caso de ser actos posteriores al mismo la compañía de seguros tendrá la facultad de dar por terminado el contrato de seguro.

Sobre las garantías en el contrato de seguros se ha expresado lo siguiente

La garantía implica una obligación futura, es una promesa que debe constar siempre por escrito, porque tal como antes se analizó considero que los efectos de la consensualidad no se predicán respecto del pacto de las garantías que sigue siendo solemne, puesto que según reza el inciso 2º, del artículo 1061 del Código de Comercio “deberá constar en la póliza o en los documentos anexos a ella”, de manera que por este aspecto, no se ha modificado el requisito de solemnidad de las garantías, pues no se aplica respecto de ellas la Ley 389 de 1997 debido a que no implica modificación al contrato de seguro. Se trata como bien lo indica la disposición, de una obligación adicional a cargo del tomador, la cual no tiene incidencia directa en ninguno de los elementos esenciales del

contrato de seguro, de modo que, reitero, todo lo que con ello toca no ha sido objeto de modificación alguna por parte de la Ley 389 de 1997. (López, 2004, p.162,163.)

El artículo 1062 del estatuto comercial señala las situaciones en las que es posible incumplir las garantías sin que sean aplicadas las sanciones dispuestas en el artículo inmediatamente anterior, y estas son:

- En el evento en que por el cambio de circunstancias la garantía ya no sea aplicable al contrato.
- Cuando el cumplimiento de la garantía suponga la violación de una ley que haya sido expedida con posterioridad al contrato.

De todo lo antes expuesto es posible diferenciar las garantías con la modificación del estado del riesgo de la siguiente manera:

Tabla 1

Comparativo entre garantías y modificación del estado del riesgo

Categoría	Garantías	Modificación del Estado del riesgo
Naturaleza	Son promesas, las pactan las partes.	Obligación de carácter legal, no consensual.
Solemnidad	Deben constar por escrito.	No es necesario que conste por escrito dado que es una obligación por mandato legal, se entiende incorporada al contrato.
Relación con el riesgo	Sustancial o insustancial.	Sustancial.
Obligatoriedad	Su cumplimiento es obligatorio.	Su cumplimiento es obligatorio.

Momento contractual	Circunstancias precontractuales y poscontractuales.	Únicamente circunstancias que sobrevengan a la celebración del contrato.
Efecto jurídico	Precontractual, su incumplimiento genera la nulidad del contrato. Poscontractual, su incumplimiento faculta al asegurador para dar por terminado el contrato.	Su incumplimiento genera la terminación automática del contrato de seguro.
Causales que excusan su incumplimiento	Las contempladas en el artículo 1062 del Código de Comercio.	No se contemplan.

La tabla muestra las diferencias entre la figura de las garantías del contrato de seguro y la figura de la modificación del estado del riesgo, clasificadas por categorías, de acuerdo al análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que se estudia.

La mayoría de los aspectos relacionados fueron estudiados por la Corte en la Sentencia estudiada, sin embargo, pasó por alto una de las diferencias, y es que en materia de garantías hay causales específicas que excusan su incumplimiento y en consecuencia evitan que se apliquen las sanciones que contempla el artículo 1061 del Código de Comercio, mientras que en lo que a la modificación del estado del riesgo respecta, la ley no contempla excepciones para la obligatoriedad en su notificación, únicamente distingue si la modificación depende del arbitrio o no del asegurado o del tomador, pero indistintamente está obligado a comunicar a la aseguradora la circunstancia.

Un aspecto importante a considerar es que, si bien la normatividad no especifica que la obligación de mantener el estado del riesgo o de comunicar al asegurador la agravación del mismo deba constar por escrito, si es importante que el asegurador cumpla con el deber de información respecto al consumidor de seguros, ya que no todos los tomadores son conocedores de la materia y generalmente ignoran las disposiciones que rigen el contrato, por lo que a la final, aunque no por mandato legal, la obligación de informar la agravación del estado del riesgo

debería constar por escrito dentro de las condiciones generales de la póliza, y afortunadamente es la práctica usual en el mercado, pero además debe ser explicada por la compañía de seguros al contratante, de manera que este pueda con absoluta claridad cumplir con la obligación a su cargo.

La sentencia del 28 de febrero de 2007, es hasta el momento la única que analiza la diferenciación entre las garantías y la modificación del estado del riesgo, por lo tanto, es una providencia de suma importancia en materia del contrato de seguro.

7.2. Modificación del estado del riesgo respecto a las partes del contrato

El seguro es un contrato, que, aunque desarrollado por el Código de Comercio, se rige por las normas generales de las obligaciones y contratos del Código Civil, hecha esta precisión es pertinente hacer referencia a algunos aspectos básicos sobre los contratos y las obligaciones que de ellos emanan.

El artículo 1495 del Código Civil, define el contrato como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

Ahora bien, según el artículo 1036 del Código de Comercio, el contrato de seguro es un contrato bilateral; la normatividad civil define contrato bilateral como aquel en el que “las partes contratantes se obligan recíprocamente” (Código Civil, art. 1496)

De lo anterior se desprende que el contrato únicamente puede generar obligaciones para sus partes, y no así para terceros que no han participado en su celebración, esto lo corrobora lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil.

Son partes en el contrato de seguro, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1037 del Código de Comercio, únicamente el tomador y el asegurador, es decir que en el caso en que la figura del asegurado no coincida con la del tomador, el primero no puede ser tenido como parte

dentro del contrato; como se expuso en la parte introductoria del presente análisis, en los casos en los que el tomador de seguro de cumplimiento no es el asegurado, se está frente a la figura de seguro por cuenta de un tercero, y el asegurado no es parte por lo tanto para él en principio, teniendo en cuenta la teoría general de las obligaciones y contratos, no nacerían obligaciones respecto al contrato de seguro en sí mismo.

No obstante, en el caso sub examine la Corte da por hecho que correspondía al asegurado, quien no era el tomador de la póliza, cumplir con la obligación de notificación del estado del riesgo, es preciso analizar entonces lo dispuesto por el artículo 1060 del Código de Comercio, el cual reza:

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

Se tiene entonces que la norma citada se refiere tanto a tomador como a asegurado “según sea el caso”, debe entenderse que la expresión según sea el caso, se refiere a la persona que tiene pleno conocimiento del riesgo y el estado del mismo, quien en principio sería el asegurado pues en su cabeza se encuentra el interés asegurable y puede llegar a pensarse que por lo tanto tiene control sobre el riesgo.

Sin embargo, lo anterior no es óbice para que la obligación de notificar la modificación del estado del riesgo pueda estar en cabeza del tomador del seguro cuando no es el mismo asegurado, ya que desde que este tenga conocimiento de la situación, debe comunicarla a la compañía de seguros, esto cobra especial importancia en el seguro de cumplimiento, ya que si bien el interés asegurable se encuentra materializado en el patrimonio del asegurado (acreedor de la obligación que se asegura), el tomador (deudor de la obligación) conoce plenamente el estado del riesgo.

Nótese como la citada disposición impone una obligación contractual al asegurado, aun cuando este no sea parte dentro del contrato de seguro, tal como se reflejó en la decisión adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, siendo el artículo 1060 del Código de Comercio una excepción al principio de relatividad de los contratos.

Pero dicha excepción al principio de relatividad, tiene una explicación lógica, la que por supuesto es aplicable al contrato de seguro, especialmente al de cumplimiento, dado que generalmente se constituye como un contrato por cuenta o en favor de un tercero: si bien el tercero (asegurado) no ha participado de la celebración del contrato, si lo ha aceptado en el momento en que lo admite como garantía de la obligación en su favor, y por ende debe entenderse que conoce a cabalidad los términos y condiciones, incluyendo las obligaciones que se erigen en su cabeza.

Complementa lo anterior, lo señalado en el inciso segundo del artículo 1039 del tantas veces mencionado Código de Comercio, cuando afirma que cuando el seguro sea contratado en favor de un tercero, el asegurado sigue estando obligado a cumplir las obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

Por lo anterior, acierta la Corte en dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio en el caso objeto de análisis.

7.3. Modificación del estado del riesgo en comparación con el incumplimiento al deber de evitar la propagación del siniestro

Ahora, es preciso analizar la conducta desplegada por la FERRETERIA al continuar suministrando elementos a FENAVIP aun cuando esta ya se encontraba en mora.

Si bien es cierto, que la reforma realizada al contrato de suministro el día 10 de diciembre de 1998, modificaba el estado del riesgo, haciéndolo más gravoso y fundamentando la terminación automática del contrato de seguro en ese mismo momento al no haber comunicado la situación a la compañía de seguros, tesis que fue acogida por la Corte, la conducta de la FERRETERÍA

al continuar realizando suministros a FENAVIP, aun cuando esta ya había incumplido el contrato, tiene un trasfondo jurídico distinto, el cual no fue analizado a profundidad por la Corte en sus consideraciones, pero si fue vagamente esbozado por la recurrente en casación.

El artículo 1074 de la normatividad comercial, consagra la obligación del asegurado de evitar la extensión y propagación del siniestro una vez este ha ocurrido, sin embargo, la FERRETERÍA aun cuando FENAVIP ya se encontraba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones continuó realizando suministros, lo cual, por supuesto hacía que el siniestro se extendiera, pues el incumplimiento iba siendo cada vez más oneroso.

Incluso la FERRETERÍA, demandó ejecutivamente a FENAVIP, sin que la compañía de seguros tuviera conocimiento de la situación, proceso que como se narró en los hechos, terminó anticipadamente por transacción entre las partes, transacción que fue igualmente incumplida por FENAVIP; la demandante y recurrente en casación arguyó que el proceso y la transacción habían tenido como finalidad la reducción del siniestro, es decir que según ella, estaba dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1074 del Código de Comercio.

El argumento esbozado por la FERRETERÍA no puede tenerse como cierto, pues su conducta no hizo más que acrecentar el siniestro, pues mientras el tiempo transcurría la suma de dinero adeudada iba siendo cada vez mayor, por lo cual carece de lógica el razonamiento de la recurrente.

Sin embargo, la mencionada situación en nada afectaba la decisión tomada por el Tribunal y confirmada por la Corte Suprema, con las aclaraciones sobre garantías, pues el contrato de seguro terminó en el momento mismo en que ni el asegurado ni el tomador informaron sobre la modificación realizada al contrato de suministro en diciembre de 1998, es decir que para el momento en que se continuaron realizando suministros y en el que tuvo lugar el proceso y la transacción, ya no existía riesgo y por lo tanto no podía haber siniestro sobre el cual se tuviera que evitar la propagación.

II. SENTENCIA DEL 3 DE MARZO DE 2009, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, EXPEDIENTE 1999-1682.

Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

Expediente: 11001 3103 039 1999 01682 01

Clase de proceso: Ordinario.

Demandante: METCOL METECNO DE COLOMBIA S.A.

Demandado: SEGUROS DEL ESTADO S.A.

La Corte decide el recurso extraordinario de casación que interpusiera la sociedad METCOL METECNO DE COLOMBIA S.A. contra la sentencia proferida el 17 de octubre de 2007, por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del proceso ordinario iniciado contra SEGUROS DEL ESTADO S.A.

1. HECHOS:

1.1. La sociedad METCOL METECNO DE COLOMBIA S.A. (en adelante METCOL) celebró contrato de obra con CONCIR LTDA. (en adelante CONCIR), con las siguientes características:

- a) Sistema de llave en mano.
- b) Precio global fijo e inmodificable.
- c) Se pactó expresamente que *“la contratista toma plena responsabilidad por todos los aspectos técnicos, logísticos y legales de la ejecución de la obra, tomando para sí todos los riesgos o imprevistos durante la ejecución de la misma”*.
- d) Se pactó la realización de obras extra, como la realización de actividades que, aunque no estuvieran expresamente incluidas, fueran necesarias, complementarias o convenientes para cumplir con el objeto contractual.
- e) No se estipuló en forma concreta cuáles serían las obras extra, únicamente se definió en que consistían y cuál sería el procedimiento a seguir en el evento en que fueran necesarias.

- f) Igualmente se pactó la realización de obras adicionales, en el caso en que la cantidad de las actividades excediera la convenida.
-
- 1.2. El mencionado contrato tenía como objeto la construcción de una bodega por la suma de \$1.554.050.410.
 - 1.3. Se fijó como fecha de entrega final de la obra el día 16 de mayo de 1999, la cual se dividiría en dos etapas a saber:
 - a) Entrega de la estructura metálica el 30 de abril de 1990.
 - b) Ejecución de la totalidad de las actividades contractuales el 16 de mayo de 1999.
 - 1.4. El contrato celebrado entre METCOL y CONCIR fue afianzado por SEGUROS DEL ESTADO S.A. (en adelante SEGUROS DEL ESTADO), mediante la póliza No. CU 1075702.
 - 1.5. Se incluyó como obligación contractual dentro del seguro que asegurado y tomador se deberían abstener de realizar modificaciones al riesgo asegurado y de ser así debían informarlas a la compañía de seguros.
 - 1.6. Igualmente se estipuló que en caso de incumplimiento contractual METCOL cesaría los pagos en favor de CONCIR.
 - 1.7. Las obras se iniciaron en forma atrasada el día 19 de abril de 1999, toda vez que no se habían conseguido las licencias necesarias pues la contratante no entregó a tiempo los estudios ambientales, sin embargo, por conveniencias económicas y aun sin las licencias, en la mencionada fecha se iniciaron los trabajos.
 - 1.8. El 8 de abril de 1999, la contratante entregó a la contratista el 40% del valor del contrato a título de anticipo.

- 1.9. El 60% restante del valor del contrato sería cancelado con la presentación semanal de actas de entrega parcial de obra, y se descontaría en cada acta un porcentaje igual al del anticipo hasta que este quedara amortizado en su totalidad.
- 1.10. Para el momento de entrega de la primera acta parcial de obra, esto es mayo de 1997, la obra ya se encontraba atrasada según el cronograma contractual.
- 1.11. Durante la ejecución del contrato, la contratista tuvo que realizar varias obras extra o adicionales, de lo cual tuvo conocimiento METCOL como contratante.
- 1.12. Aun después de expirado el plazo contractual, la contratante recibió actas de obra de parte de la contratista e incluso continuó realizando pagos.
- 1.13. El 3 de agosto de 1999 el interventor realizó visita a la obra en la cual se pudo constatar que la contratista abandonó la ejecución de la construcción.
- 1.14. El 9 de agosto de 1999 la contratante levantó un acta de inspección de abandono de obra con la ayuda de la Policía Nacional, dando por terminado el contrato.
- 1.15. El 12 de agosto el interventor y el representante legal de Concir Ltda., suscribieron un acta de entrega final en la que consta que para la mencionada fecha las obras no ejecutadas ascendían al valor de \$314.571.287,50.
- 1.16. METCOL presentó reclamación ante SEGUROS DEL ESTADO, fundamentada en el mal manejo de anticipo por parte del contratista y el incumplimiento contractual.
- 1.17. La reclamación fue objetada por la compañía de seguros pues consideró que había habido una modificación en el estado del riesgo que no le fue notificada y por ende el contrato asegurático habría terminado.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿La realización de obras extra, incluidas en el contrato, pero no determinadas concretamente y sin que exista la posibilidad de determinarlas, comporta la modificación del estado del riesgo y por ende es posible para la compañía de seguros dar por terminado el contrato de seguro en caso que la mencionada modificación no le sea notificada?

3. RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

3.1 Primera instancia:

El Juzgado 39 Civil del Circuito de Manizales a través de sentencia del 8 de julio de 2003 declaró probada la excepción denominada “inexistencia de la obligación por terminación del contrato de seguros” propuesta por SEGUROS DEL ESTADO y por ende desestimó las súplicas de la demanda.

3.2. Segunda instancia:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial confirmó el fallo impugnado proferido por el Juzgado 39 Civil del Circuito de Manizales, desestimando las pretensiones de la demanda.

4. FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para confirmar el fallo proferido por el a quo tuvo en consideración lo siguiente:

4.1 Se incluyó dentro del contrato de seguros la obligación del asegurado y del afianzado de no introducir modificaciones contractuales sin previo consentimiento de la compañía de seguros.

- 4.2. Si la obligación reseñada anteriormente fuese incumplida, el contrato asegurativo terminaría automáticamente.
- 4.3. Se realizaron obras extras no contempladas en el contrato de obra, lo cual generó una modificación en el estado del riesgo.
- 4.4. Se omitió notificar a la compañía de seguros las alteraciones contractuales y por ende la modificación en el estado del riesgo.
- 4.5. La demandante, no obstante conocer las circunstancias, continuó realizando pagos a la contratista, faltando a su obligación de dar aviso del siniestro dentro del término oportuno y consintió las modificaciones en el estado del riesgo.
- 4.6. Por todo lo anterior, concluyó que el contrato de seguros terminó de forma automática y por lo tanto la demandante no tenía derecho a recibir la indemnización proveniente del mentado contrato.

5. RECURSO DE CASACIÓN:

La sociedad recurrente, METCOL, formuló dos cargos a saber:

5.1. Primer cargo:

Afirma la recurre que el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales violó el artículo 1060 del Código de Comercio, incurriendo indirectamente en error de hecho por la indebida valoración de la prueba testimonial allegada al plenario, por cuanto dedujo que la realización de las denominadas obras extra significó una modificación en el estado del riesgo.

Afirma que el fallador no tuvo en cuenta que las obras extra fueron previstas en el contrato asegurado y fueron definidas como *“aquellas que no estando expresamente indicadas fueren*

necesarias, complementarias o convenientes para el cabal cumplimiento del objeto de la aludida relación contractual, así como el suministro de todos los equipos, materiales, mano de obra, servicios y, en general, cualquier otro suministro necesario para la ejecución debida de aquel.”

Por lo anterior, a juicio de la recurrente, el fallador no podía concluir que la realización de las supuestas obras extra implicaba una prolongación en el tiempo contractual y por ende una modificación en el estado del riesgo; y aunque se admitiera que las obras extra no hacían parte del riesgo asegurado, la compañía no probó en qué medida esas obras modificaron el mencionado riesgo.

5.2. Segundo cargo:

El segundo cargo, similar al anterior, acusa el fallo de violar los artículos 1060, 1072, 1074, 1075 y 1078 del Código de Comercio, por haber incurrido el Tribunal en error de hecho respecto a la valoración de los testimonios practicados dentro del proceso, contraria a la prueba documental, pues dedujo que METCOL amplió el plazo contractual y no suspendió los pagos a la contratista.

No tuvo en cuenta el Tribunal que el siniestro tuvo lugar el 16 de mayo de 1999, y por lo tanto a partir de la mencionada fecha ya no existía riesgo asegurado, por lo tanto, no puede hablarse de modificación en su estado.

De otro lado, el fallador de segunda instancia ignoró que la razón por la cual METCOL continuó realizando pagos a CONCIR por las obras ejecutadas después del vencimiento del plazo contractual, fue para evitar la propagación del siniestro.

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte analiza el régimen jurídico de la agravación del estado del riesgo, afirmando que su finalidad es mantener el equilibrio entre la prima y el estado del riesgo, de acuerdo a las circunstancias que sobrevengan una vez celebrado el contrato de seguro.

De lo anterior se desprende, que ese deber de informar las modificaciones al estado del riesgo, recae única y exclusivamente sobre circunstancias que al momento de la celebración del contrato de seguro no eran previsibles, y que, de haber sido conocidas por el asegurador, este se habría abstenido de asumir el riesgo o lo habría hecho en condiciones más onerosas.

Si el tomador y/o asegurado no cumple con la obligación de comunicar a la compañía de seguros la modificación en el estado del riesgo, el contrato de seguro termina de forma automática y si la omisión se debe a mala fe del asegurado o del tomador la compañía tiene derecho a retener la prima no devengada.

En lo que concierne al caso en concreto, la Corte analiza la inclusión dentro del texto contractual de las “obras extra y adicionales”, afirmando que las partes se limitaron a definir el concepto de obras extra pero no las estipularon de forma concreta.

Es decir, que, aunque contratante y contratista contemplaron la posibilidad de realización de las denominadas “obras extra”, la mera estipulación no implicaba que se tratara de hecho previsibles dentro del contrato, pues no era posible concretarlos, determinar su costo, duración, especificidades, ni el alcance que tendrían en la obra contratada.

Las pruebas practicadas dentro del proceso, especialmente de la testimonial, dan cuenta que la ejecución del contrato celebrado entre METCOL y CONCIIR, tuvo retrasos desde el inicio y se tuvo la necesidad de realizar obras extra, lo cual comportó la modificación del plazo contractual y por ende la modificación en el estado del riesgo.

De la situación expuesta anteriormente era conocedora la sociedad demandante, omitiendo el deber de información a la compañía de seguros y faltando al deber de suspensión de los pagos en favor de la contratista.

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que hubo alteración de las condiciones contractuales inicialmente pactadas y por ende modificación en el estado del riesgo, teniendo como consecuencia la terminación automática del contrato de seguro por no haber sido notificada la situación a la compañía de seguros, por lo tanto, no casa la sentencia proferida por el ad quem.

7. EVALUACIÓN CRÍTICA

La Corte, para justificar la sanción por omisión en la notificación de la agravación del estado del riesgo, trata dos temas, el primero de ellos es la suficiencia de la prima y el segundo la posibilidad de determinar los riesgos dentro del contrato de seguro.

7.1. Principios de equidad y suficiencia de la prima

La Sentencia hace referencia especialmente al asunto de la correspondencia entre la prima y el riesgo que asume la compañía de seguros, es decir a los principios de equidad y suficiencia que gobiernan la remuneración en el contrato de seguro, por lo tanto, es preciso analizar el alcance de los dos principios mencionados, los cuales están establecidos Artículo 184 del Estatuto Orgánico Financiero, el cual reza:

“ARTICULO 184. RÉGIMEN DE PÓLIZAS Y TARIFAS.

(...)

3. Requisitos de las tarifas. Las tarifas cumplirán las siguientes reglas:

a. Deben observar los principios técnicos de equidad y suficiencia;

- b. Deben ser el producto de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad, y
- c. Ser el producto del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera, en aquellos riesgos que por su naturaleza no resulte viable el cumplimiento de las exigencias contenidas en la letra anterior. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

La prima en el contrato de seguro se considera equitativa cuando

Cada asegurado debe contribuir al importe global de las pérdidas y gastos que cada ramo genere a la mutualidad en proporción a la clase, subclase, especie y magnitud económica de su propio riesgo. Por eso las tarifas suelen agrupar los riesgos conforme a su grado de homogeneidad y asignar a cada grupo la tasa correspondiente a la probabilidad más o menos uniforme de pérdida. Con lo cual se busca la equidad, la justicia distributiva en la cuantificación de la tasa y, por ende, de la prima en la evaluación de cada uno de los riesgos. (Ossa, 1988, p.53)

Es decir, que el asegurador debe calcular la prima teniendo en cuenta las particularidades de cada uno de los riesgos que asume, toda vez que habrá riesgos que implican una mayor onerosidad que otros ya que la probabilidad de su ocurrencia es mayor o los efectos económicos que traería el siniestro son más gravosos, para lo cual debe clasificar los riesgos de tal manera que resulten homogéneos entre el grupo en el cual se han dispuesto y poder cobrar una tarifa ajustada a todas las circunstancias mencionadas.

De otro lado, está el principio de suficiencia de la prima, el cual, básicamente hace referencia a que la tarifa que se cobra por la asunción de los riesgos, debe permitir al asegurador pagar la totalidad de los siniestros que se presenten y además contar con un margen de utilidad.

El equilibrio debe darse a nivel agregado y también a nivel de segmento y a nivel individual. El equilibrio a nivel agregado se refiere a que el total de prima debe ser

suficiente para cubrir los costos y alcanzar el margen de utilidad esperado, sin que las primas sean excesivas, pues esto traería desventajas competitivas. El equilibrio a nivel de segmento y a nivel individual está relacionado con la suficiencia y la equidad de la tasa, lo que implica que la tarifa debe ser proporcional al riesgo. (Lancheros, 2011, p. 384)

La Corte acierta al considerar en la providencia objeto de análisis que la omisión en la notificación de la modificación del estado del riesgo vulnera los principios de equidad y suficiencia de la prima, ya que si la prima se calculó teniendo en cuenta unas características especiales del riesgo al momento de la suscripción del seguro, pero con posterioridad a este y por circunstancias imprevisibles el riesgo se agrava, el asegurador no podrá asumir en debida forma los siniestros que se presenten y no obtendrá utilidad alguna.

Lo cual no es simplemente un problema que afecte al contrato de seguro sobre el cual se ha incumplido la obligación de notificación de la agravación del riesgo, sino que inevitablemente afectará todo el grupo en el cual se ha categorizado ese riesgo, ya que dejará de ser homogéneo con los demás riesgos que integren el mencionado grupo, faltando así a los principios técnicos en materia de seguros.

Lo anterior, justifica la aplicación de la sanción de terminación automática del contrato de seguro, en el evento en que el tomador y/o asegurado no notifique a la compañía de seguros la agravación en el estado del riesgo.

7.2. Determinación de los riesgos asegurados

En el contrato celebrado entre demandante y demandada se estipuló que quedaban cobijadas dentro de su objeto todas aquellas obras extras y adicionales que fueran necesarias para cumplir con la obra contratada.

Sin embargo, la Corte consideró que las obras adicionales que tuvo que realizar el contratista si constituyeron una agravación al estado del riesgo que se había asegurado, aun cuando se haya

pactado que todas las obras adicionales se entendían previstas dentro del objeto del contrato asegurado.

Acierta la Corte al adoptar dicha posición, pues no había manera de determinar las obras que efectivamente hacían parte del objeto contractual, si se aceptara que esas obras extra y adicionales habían quedado cubiertas por el contrato de seguro, la imposibilidad de determinarlas con exactitud haría que igualmente el riesgo fuera indeterminable, por lo tanto no podría ser asegurable, pues la compañía de seguros al momento de suscribir el contrato de seguro debe conocer a cabalidad el riesgo que está asumiendo, en aras de realizar el cálculo de la prima, según los principios de equidad y suficiencia desarrollados en el subnumeral anterior y además para determinar bajo qué condiciones se celebra el contrato.

III. SENTENCIA DEL 3 DE DICIEMBRE DE 2015, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, EXPEDIENTE 52678.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Expediente: 250002326000200800242 01 (52678)

Clase de proceso: Controversias contractuales.

Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. – ETB

Demandado: Compañía Aseguradora de Fianzas – CONFIANZA S.A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (en adelante ETB) contra la sentencia del 8 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda interpuesta por la mencionada entidad contra la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (en adelante CONFIANZA)

1. HECHOS:

1.1. El 30 de marzo de 20004 ETB celebró con la Administración Postal Nacional (en adelante ADPOSTAL) un contrato mediante el cual la última se obligaba para con la primera a

prestar el servicio de mensajería para la entrega de los recibos de pago de los servicios de telecomunicaciones a todos los usuarios.

- 1.2. Dentro de las obligaciones adquiridas por ADPOSTAL se encontraba la de contar permanentemente con una base de personal y recursos para la distribución de los recibos, igualmente habían tiempos de entrega estipulados.
- 1.3. El cumplimiento del contrato celebrado entre ETB y ADPOSTAL se amparó mediante la póliza de seguro de cumplimiento No. CU 006902 expedida el 13 de abril de 2004 por CONFIANZA S.A.
- 1.4. La póliza otorgó los siguientes amparos:
 - Cumplimiento:
Vigencia: 31/03/ 2004 – 30/06/2005
Valor asegurado: \$1.495.800.000
 - Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones:
Vigencia del 31/03/2004 – 30/03/2008
Valor asegurado: 294.3000.000
- 1.5. El 31 de marzo de 2005, el contrato entre ETB y ADPOSTAL fue adicionado en la suma de \$1.200.000.000.
- 1.6. Por lo anterior CONFIANZA mediante certificado No. CU017145 aumentó el valor asegurado en \$420.000.000 y prorrogó la vigencia del contrato de seguro.
- 1.7. El 1º de junio de 2005 nuevamente ETB y ADPOSTAL modifican el contrato, aumentando su precio en \$8.525.000.000, es decir que para ese momento el valor total del contrato ascendía a la suma de \$14.711.000.000.

- 1.8. CONFIANZA expidió el certificado No. CU019319 el 11 de julio de 2005 aumentando el valor asegurado en \$420.000.000.
- 1.9. Durante el año 2005 se presentaron dificultades en la entrega de las facturas del servicio prestado por ETB a sus usuarios.
- 1.10. Mediante Decreto 2853 del 25 de agosto de 2005 el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de ADPOSTAL.
- 1.11. Por lo anterior la ETB en virtud de la potestad sancionadora impuso varias multas a ADPOSTAL y dio por terminado el contrato en razón a reiterado incumplimiento por parte de la firma de mensajería.
- 1.12. El 18 de mayo de 2006 ETB comunicó a CONFIANZA la situación de incumplimiento en la que se encontraba el contrato celebrado con ADPOSTAL.
- 1.13. Mediante comunicación del 5 de junio de 2006 CONFIANZA solicitó a ETB la acreditación de la ocurrencia y la cuantía del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio.
- 1.14. El proceso que realizó la ETB para determinar la ocurrencia del siniestro tomó una cantidad de tiempo considerable, ya que debieron evaluar todas las circunstancias que llevaron al incumplimiento por parte de ADPOSTAL.
- 1.15. El 17 de julio de 2007 se liquidó el contrato entre ETB y ADPOSTAL y se estableció la suma de \$5.973.169.001,73 como perjuicios por el incumplimiento del contratista.
- 1.16. Hasta el 4 de octubre de 2007 la ETB presentó reclamación formal ante la compañía de seguros, solicitando indemnización por la suma de \$4.413.300.000.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿La sospecha del incumplimiento por parte del contratista constituye siniestro o por el contrario el siniestro se constituye en el momento en que se tiene certeza del mismo y de su causa?

¿Existe aplicación de la figura de la modificación del estado del riesgo en contrato de cumplimiento estatal?

3. RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

3.1 Primera instancia:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia, mediante Sentencia del 8 de mayo de 2014 negó todas las pretensiones de la demanda.

4. FUNDAMENTOS DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El aquo consideró que para el momento en que la ETB presentó formalmente la reclamación ante la compañía de seguros había operado el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1081 del Código de Comercio.

El Tribunal llegó a la anterior conclusión, una vez analizadas la pruebas, obrantes en el plenario, una de ellas correspondía una Resolución expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos en la cual se determinó que la ETB había presentado inconsistencias con la facturación de servicios correspondiente al mes de julio del año 2005.

Es decir, que para el Tribunal el momento en que la ETB tuvo conocimiento del incumplimiento de ADPOSTAL fue el 1° de agosto de 2005 fecha en la cual le fue comunicada la mencionada Resolución, por lo tanto desde ese momento comenzó a correr el término de prescripción de las

acciones derivadas del contrato de seguro, el cual fenecía el 1° de agosto de 2007, pero no fue sino hasta el 4 de octubre de 2007 que la ETB presentó reclamación formal ante CONFIANZA.

5. RECURSO DE APELACIÓN:

La ETB interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, argumentando lo siguiente:

- 5.1. Adujo la recurrente que el Tribunal erró al considerar que el termino de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro comenzó a correr desde el 1° de agosto de 2005, pues la Resolución expedida por la Superintendencia Financiera no tenía relación con el incumplimiento de ADPOSTAL, sino con el retrasado en la elaboración de las facturas, situación totalmente extraña a la firma de mensajería, pues esta únicamente se encargaba de distribuir las.
- 5.2. Así mismo fundamentó el recurso en que el Tribunal confundió el momento en que la ETB tuvo conocimiento del retraso en la entrega de las facturas y el momento en que pudo atribuir dicho retraso al incumplimiento contractual por parte de ADPOSTAL, instante en el que la demandante tuvo conocimiento del siniestro.

6. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO:

El Consejo de Estado comienza su intervención realizando un recuento de las principales características del contrato de seguro como herramienta para garantizar el cumplimiento de obligaciones derivadas con un contrato estatal, y afirma que este tipo de contrato no se regula únicamente por las disposiciones del Código de Comercio, sino que además se regula por el estatuto de contratación estatal.

Realizada la anterior aclaración, el Consejo de Estado procede a explicar los tipos de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, citando providencias de la Corte Suprema de justicia, acota que estas no aplican únicamente para la acción indemnizatoria, sino

que aplican para todas aquellas acciones que sean propias al tipo de seguro mencionado e igualmente a las excepciones.

Encuentra el Consejo que, contrario a lo considerado por el Tribunal en primera instancia, la ETB presentó la demanda en tiempo pues tuvo conocimiento de los hechos en el momento en que declaró el incumplimiento del contrato, el 19 de abril de 2006, y los dos años de prescripción ordinaria se cumplían el 19 de abril de 2008, siendo presentada la demanda el 24 de enero de 2008.

En este punto se enfoca en las excepciones propuestas por la compañía de seguros así:

6.1. Obligación de notificar el siniestro dentro del término dispuesto por el artículo 1075 del Código de Comercio

El ad quem considera, que, si bien la ETB dio aviso de siniestro a la aseguradora 29 días después de haber tenido conocimiento del siniestro, esta situación no puede significar la pérdida del derecho a la prestación indemnizatoria, sino que la compañía de seguros puede reclamar los perjuicios que la notificación tardía le hubiese generado.

6.2. Incumplimiento al deber de informar la modificación del estado del riesgo

La aseguradora alegó que la ETB no informó a CONFIANZA que le había impuesto a ADPOSTAL multas por el incumplimiento contractual y tampoco notificó la celebración de otros contratos que tenían el mismo objeto.

Al respectó considera el Consejo que no pueden tenerse como situaciones que modifican el estado del riesgo las que ya han constituido el siniestro, refiriéndose a las multas, pero adicionalmente indica que los temores que tuvo la ETB acerca del incumplimiento del contrato no constituían una agravación en el estado del riesgo.

6.3. Violación de las garantías

El contrato de seguro expedido por CONFIANZA se erigió sobre la garantía consistente en que la ETB permitiría a la mencionada compañía de seguros ejercer vigilancia en la ejecución del contrato afianzado.

Sin embargo, consideró el Consejo de Estado que no había prueba de que la ETB no hubiera permitido a CONFIANZA la vigilancia sobre el contrato celebrado con ADPOSTAL, y, además, según el criterio de la alta corte la ETB actuó diligentemente respecto a la ejecución del contrato.

6.4. Incumplimiento de la obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro

Encontró el Consejo de Estado que la ETB no incumplió a la obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro, toda vez que una vez la entidad de telecomunicaciones declaró el incumplimiento del contrato por parte de ADPOSTAL el contrato cesó inmediatamente y por lo tanto no se siguieron realizando pagos al contratista.

6.5. Obligación de probar ocurrencia y cuantía

Según el Consejo la ETB allegó suficiente material probatorio que permitió corroborar que se probó la ocurrencia del siniestro reclamado por la ETB, entre ellas comunicaciones de presidentes de diversas Juntas de Acción Comunal, en las cuales se quejaban por la falta de entrega o entrega tardía de las facturas del servicio prestado por la ETB, igualmente comunicaciones de funcionarios de ADPOSTAL en donde ponen de presente las dificultades que estaban teniendo para la entrega oportuna de la facturación.

Respecto a la cuantía del siniestro el fallador de segunda instancia tuvo en cuenta que la demandante allegó una liquidación de los perjuicios pretendidos, realizada por la Gerencia de Servicio al Cliente, además de certificación expedida por el revisor fiscal y contador de la

empresa en la que hace constar que la liquidación realizada por la mencionada gerencia es correcta.

Sin embargo, advirtió el Consejo de Estado que en la liquidación realizada por la ETB se encuentra una inconsistencia, ya que, se incluyó un periodo en el que el contrato celebrado con ADPOSTAL ya se encontraba terminado, por lo cual no tiene en cuenta ese periodo para determinar la indemnización.

Con base en los argumentos antes reseñados el Consejo de Estado declaro la responsabilidad civil contractual de CONFIANZA frente a la ETB, condenándola a pagar el monto de los perjuicios por esta última sufridos con ocasión de la ejecución del contrato que había sido celebrado con la extinta ADPOSTAL

7. EVALUACIÓN CRÍTICA

El Consejo de Estado no profundiza el tema de la modificación del estado del riesgo en la providencia analizada.

Sin embargo, si hace referencia a contratos celebrados con terceros para la entrega de la facturación por parte de ADPOSTAL, situación que evidentemente agrava el estado del riesgo, pues la compañía de seguros únicamente amparó el contrato en el entendido en que ADPOSTAL era la entidad encargada de entregar la facturación de los servicios prestados por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá.

En uno de los apartes de la sentencia el Consejo de Estado hace expresa referencia a la entrega de la facturación por parte de un tercero, así:

Si bien es cierto obran comunicaciones de funcionarios de ADPOSTAL donde ponen de presente dificultades que han tenido en la entrega de la facturación por parte de un tercero denominado empresa Cadena; se citan igualmente las dificultades generadas por el cambio de nomenclatura en la ciudad de Bogotá; y los traumatismos ocasionados por

el cambio del sistema de facturación de impulsos a minutos; aspectos que fueron corroborados por el perito Serafín Moreno, pero que ninguno de estos desmienten ni justifican el incumplimiento del contrato, como pasa a explicarse.

Sin embargo, el Consejo no tuvo en cuenta la mencionada situación y declaró que no hubo modificación en el estado del riesgo y por lo tanto habría lugar a la indemnización, sin realizar un estudio detallado y juicioso de la figura de la modificación del estado del riesgo y sus consecuencias jurídicas.

Es evidente que la prestación del servicio por parte de un tercero constituye una modificación al estado del riesgo, pues al estar la ejecución del contrato en manos de un extraño para la relación contractual es más difícil realizar una vigilancia efectiva del mismo, y se está más expuesto al incumplimiento.

Sin embargo, del texto de la sentencia se puede inferir que la mencionada modificación del estado del riesgo si es aplicable para seguro de cumplimiento que ampare obligaciones de carácter estatal, solo que en el caso particular el Consejo de Estado consideró que no existió la mencionada modificación.

Es una sentencia que no se encarga de estudiar a profundidad los temas tratados, sino que de forma general da lineamientos para tener en cuenta y considerar cada una de las figuras jurídicas discutidas en el caso en concreto.

Si se quiere ahondar sobre la postura del Consejo de Estado frente a la obligación de notificar las modificaciones del estado del riesgo por parte de la entidad pública, se tiene el pronunciamiento realizado en el Auto del 30 de enero de 2008, exp. 32867, en el cual expresamente trató la cuestión de la siguiente manera:

Como se puede apreciar, cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de conformidad con

las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, **sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (artículo 1058 C. de Co.), pagar la prima (artículo 1066 C. de Co.), mantener el estado del riesgo (artículo 1060 C. de Co.), notificar sobre circunstancias sobrevivientes que agraven o varíen el riesgo (artículo 1066 C. de Co.), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (artículo 1075 C. de Co.), etc., como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (artículo 1071 C. de Co.). (Se destaca)**

El anterior pronunciamiento fue reiterado por el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 18168.

Así las cosas, podría interpretarse que, la modificación en el estado del riesgo no podría ser oponible a la entidad pública contratante, toda vez que en su cabeza no está la obligación de notificar las situaciones que modifican o agravan el riesgo, sin embargo como se evidencia el Consejo de Estado no cuenta con una línea clara y precisa sobre la materia, por lo cual es muy difícil llegar a una conclusión certera.

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES

En el presente caso es preciso concluir que, en principio, la figura de la modificación del estado del riesgo es aplicable tanto para el contrato de seguro de cumplimiento estatal como de carácter particular, en caso en que la obligación de informar la modificación del estado del riesgo es incumplida, el contrato de seguro se puede dar por terminado.

Sin embargo, puede resultar confuso frente al contrato de seguro de cumplimiento estatal, ya que el Consejo de Estado ha fijado la postura de que la entidad contratante no está en la obligación de informar las situaciones que modifican el riesgo.

Igualmente se concluye que en lo que al contrato de seguro de cumplimiento entre particulares se refiere, independientemente de si el acreedor de la obligación cuyo cumplimiento se ampara es parte o no es parte dentro del contrato de seguro, está obligado a informar cualquier modificación que se presente sobre el riesgo asegurado, so pena de que el contrato de seguro termine y por ende no haya lugar al reconocimiento de indemnización alguna por parte de la compañía de seguros.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 1060 del Código de Comercio impone la obligación al tomador y/o al asegurado de notificar la modificación del esto del riesgo, sin hacer distinción en el caso en que el asegurado no sea el mismo tomador (situación que puede presentarse, pero como se expuso no es lo usual), y por ende no sea parte dentro del contrato de seguro.

La línea jurisprudencial que rige la materia se inclina a la aplicación de la figura en el contrato de seguro de cumplimiento, especialmente las sentencias estudiadas en la presente línea jurisprudencial, ya que no existe jurisprudencia que detalladamente provea argumentos para fundamentar la no aplicación de la figura y sus consecuencias jurídicas al contrato de seguro de cumplimiento.

Sin embargo, existen dos providencias que someramente hacen referencia a que al contrato de seguro de cumplimiento, por su particularidad, no le es aplicable el artículo 1060 del Código de Comercio Colombiano, estas son:

1. Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 15 de agosto de 2008.
Expediente: 1994-03216. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena:

En esta providencia expresamente se hace referencia a la inaplicabilidad del artículo 1060 del Código de Comercio para el seguro de cumplimiento:

Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, **por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (Art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938). (Se destaca)**

Lastimosamente, no se hizo ningún otro pronunciamiento sobre el tema en particular, pero llama la atención que el magistrado ponente de esta sentencia es el mismo de la providencia del 3 de marzo de 2009, expediente 1999-01682, la cual fue analizada en la presente línea jurisprudencial, y en la que si se dio aplicación a la figura de la modificación del estado del riesgo y su respectiva sanción.

2. Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 18 de diciembre de 2009.
Expediente: 2001-00389. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena:

La providencia reitera la tesis según la cual no es dable aplicar el artículo 1060 del Código de Comercio en materia de contrato de seguro de cumplimiento:

No puede decirse que no existe norma alguna que prohíba la terminación automática de los seguros de cumplimiento, pues en el punto debe tenerse en cuenta que el estudio de

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

En esta providencia se reitera lo mencionado en la sentencia del 15 de agosto de 2008, pero además llama la atención que, a pesar de ser el mismo magistrado, esta sentencia es posterior a la providencia del 3 de marzo de 2009, en la cual, como se mencionó anteriormente si se dio aplicación a la modificación del estado del riesgo en un seguro de cumplimiento, lo cual resulta a todas luces contradictorio.

El Consejo de Estado, por su parte, no ha tocado el tema a profundidad por lo cual no hay una línea clara en la materia objeto de análisis en la mencionada corporación, pero en principio puede predicarse la aplicación de la figura de la modificación del estado del riesgo para contratos de seguro de cumplimiento que amparen obligaciones de carácter estatal.

Para finalizar, a continuación, se presenta la gráfica de las sentencias analizadas y las dos sentencias reseñadas en el presente capítulo de conclusiones, la cual permite evidenciar la línea con la que hasta el momento se cuenta:

¿Es aplicable la figura de la modificación del estado del riesgo, la obligación de declararla y la terminación del contrato de seguro cuando no se informe, en el contrato de seguro de cumplimiento?		
SI	<p>●</p> <p>Sentencia del 28 de febrero de 2007, C.S.J. expediente 2000-00133.</p> <p>●</p> <p>Sentencia del 3 de marzo de 2009, C.S.J., expediente 1999-1682.</p> <p>●</p> <p>Sentencia del 3 de diciembre de 2015, C.E., expediente 52678.</p>	NO
	<p>●</p> <p>Sentencia del 15 de agosto de 2008, C.S.J., expediente: 1994-03216</p> <p>●</p> <p>Sentencia del 18 de diciembre de 2009. C.S.J., expediente: 2001-00389</p>	

REFERENCIAS

- Becerra Cortés, M. (2005). Colombia régimen legal de las garantías o cauciones. 5 de noviembre de 2016, de BANCOLDEX Sitio web: http://www.bancoldex.com/documentos/267_5capitulo_iii_garantias.pdf
- Lancheros, Diana. (2011). Tarifación - Elemento central de la actividad aseguradora en La Industria Aseguradora en Colombia. Bogotá D.C.: Fasecolda.
- López Blanco. H. (2004). Comentarios al contrato de seguro. Bogotá D.C.: Dupré.
- López Medina. D. (2014). El Derecho de los Jueces. Bogotá D.C.: Legis Editores.
- Narváez Bonnet, J. (2002). El contrato de seguro en el sector financiero. Bogotá D.C.: Ediciones Librería El Profesional.
- Ossa, J Efrén. (1988). Teoría General del Seguro - La Institución. Bogotá D.C: Editorial Temis.
- Sentencia del 7 de mayo de 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 6181, Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.
- Sentencia del 28 de febrero de 2007, Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 2000-00133. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo.
- Auto del 30 de enero de 2008, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 3286. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 15 de agosto de 2008, Corte Suprema de Justicia, de la Sala de Casación Civil, expediente: 1994-03216. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena
- Sentencia del 3 de marzo de 2009, Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 1999-1682. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

- Sentencia del 18 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, expediente 2001-00389. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Sentencia del 28 de abril de 2010, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 18168. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 3 de diciembre de 2015, Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 52678. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.