

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

CLÁUSULAS Y CONDICIONES DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DEL
CONTRATO ESTATAL

JOHANNA PAOLA GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

jobygonzalez@hotmail.com

Cel. 301 3637383

Contenido.

Resumen.

Introducción.

1. Reglamentación y generalidades del seguro de cumplimiento.
 - 1.1. Antecedentes legales.
 - 1.2. Generalidades y concepto del seguro de cumplimiento.
 - 1.3. Naturaleza del seguro de cumplimiento tradicional.
 - 1.3.1. El seguro de cumplimiento asemejado al contrato de fianza.
 - 1.3.2. Naturaleza aseguraticia.
 - 1.3.3. Tesis ecléctica.
2. El Seguro de Cumplimiento de los Contratos Estatales.
 - 2.1. Reglamentación actual del seguro de cumplimiento de los contratos estatales (Decreto 1510 de 2013).
 - 2.2. Elementos esenciales del contrato de seguro en el seguro de cumplimiento.
 - 2.2.1. Interés asegurable.
 - 2.2.2. Riesgo asegurable.
 - 2.2.3. Valor de seguro o prima.
 - 2.2.4. La obligación condicional de la aseguradora.
 - 2.3. Características, obligatoriedad e intervinientes.
 - 2.3.1. Consensualidad o solemnidad.
 - 2.3.2. Obligatoriedad.
 - 2.3.3. Partes e intervinientes.
 - 2.3.4. ¿El seguro de cumplimiento del contrato estatal es un contrato estatal?

3. Amparos y valores del seguro de cumplimiento del contrato estatal
 - 3.1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo y devolución del pago anticipado.
 - 3.2. Cumplimiento del contrato.
 - 3.3. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.
 - 3.4. Estabilidad y calidad de la obra.
 - 3.5. Calidad del servicio
 - 3.6. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.
 - 3.7. Otros amparos.
4. Condiciones generales de las pólizas de cumplimiento.
 - 4.1. Improcedencia de la terminación por mora en el pago de la prima.
 - 4.2. Irrevocabilidad unilateral del amparo.
 - 4.3. Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros
 - 4.4. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad.
5. El siniestro en el seguro de cumplimiento del contrato estatal

Conclusiones

Lista de Referencias.

Resumen

El seguro de cumplimiento constituye uno de los mecanismos más empleados por los contratistas, como garantía de las obligaciones pactadas en el marco del contrato estatal. No obstante, en la reglamentación de esta figura se han establecido unas condiciones especiales, como la no terminación por mora en el pago de la prima, la improcedencia de la revocación unilateral, la inoperancia de las excepciones derivadas de la conducta del tomador, y la inaplicabilidad de regla proporcional, particularidades que en el evento de ser pactadas no producirán efecto alguno.

Estas condiciones especiales del seguro de cumplimiento del contrato estatal contradicen algunas normas de carácter técnico y conceptual del contrato de seguro mercantil tradicional, dirigidas a preservar el equilibrio de este contrato. En consecuencia, se procede a analizar cada una de las mismas, con la finalidad de establecer si son adecuadas, y si desdibujan la condición de seguro de esta institución jurídica.

Palabras claves: Seguro de cumplimiento, contrato estatal, naturaleza jurídica del seguro de cumplimiento, condiciones del seguro de cumplimiento del contrato estatal, mora en el pago de la prima, revocación unilateral del seguro, infraseguro, cláusula de proporcionalidad, excepciones derivadas de la conducta del tomador.

Abstract

Performance bond is one of the mechanisms used by most contractors as security for the obligations agreed under the state contract. However, regulation of this figure have been established special conditions, such as non-termination for default in payment of the premium, the inadmissibility of unilateral revocation, the ineffectiveness of the exceptions arising from the conduct of the policyholder, and inapplicability of proportional rule, particularities in no event be agreed any effect.

These special conditions of the Performance bond contradict some technical and conceptual character of the traditional commercial insurance contract, aimed at preserving the balance of this contract. Accordingly, we proceed to analyze each of them, in order to establish whether they are adequate, and whether blur the insurance status of this legal institution.

Key words: Performance bond, state contract, legal nature of the performance bond, performance bond conditions of the state contract, late payment of the premium, unilateral revocation of insurance, underinsurance, proportionality clause, exceptions arising from the conduct of the policyholder.

Introducción

La obligación de los contratistas de las entidades estatales de constituir garantías para el cumplimiento de sus obligaciones ante sus respectivos contratantes, establecida en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, constituye uno de los mecanismos más eficaces para salvaguardar la correcta inversión de los recursos públicos ejecutados. Lo anterior, para efectos de precaver los eventuales perjuicios que puedan ser ocasionados a las mismas, ante el incumplimiento de lo convenido.

El decreto 1510 de 2013, estableció en el título III capítulo II, las condiciones generales de las pólizas de cumplimiento del contrato estatal, las cuales encuentran desarrollo en los artículos 131 a 134. En estas normas se consagra la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en caso de infraseguro, la improcedencia de la terminación automática y de revocación unilateral del seguro por mora en el pago de la prima, y finalmente, la inoponibilidad por parte de la compañía aseguradora de excepciones relacionadas con inexactitudes o reticencias del tomador del seguro.

El interés que le asiste al Estado de preservar la correcta inversión de los recursos públicos ejecutados a través de contratos, sustenta la obligatoriedad de la constitución de la garantía de cumplimiento por parte de los contratistas, las que, en tratándose de contratos de seguro, sus condiciones se encuentran ampliamente reguladas y preestablecidas; siendo que parecen contraponerse a las estipulaciones establecidas por el legislador para el

contrato de seguro mercantil, pues las mismas están fundamentadas en el carácter técnico del mismo, y buscan mantener el equilibrio contractual de las obligaciones derivadas de tal negocio jurídico.

Sin embargo frente a las reglas imperativas consagradas en la legislación comercial en el contrato de seguros, existen las normas que regulan la celebración y ejecución de los contratos estatales las cuales son de orden público- ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, en este propósito, el legislador ha establecido condiciones especiales de garantía, como las señaladas para el seguro de cumplimiento en el decreto 1510 de 2013, con la finalidad de lograr una efectiva protección de los intereses del Estado en la celebración de los contratos y evitar el detrimento patrimonial de las arcas de la Nación.

1. Reglamentación y generalidades del seguro de cumplimiento.

1.1. Antecedentes legales.

El seguro de cumplimiento tiene su génesis en Colombia en la ley 225 de 1938, en la cual se señala que su objeto consiste en garantizar el cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o contratos.²⁹ Esta normatividad también introdujo en el panorama jurídico colombiano el seguro de manejo, tal como lo reconoce Cabanzo (1987, p.8) quien resalta que cada una de estas figuras ha conservado su independencia y especialidad, respecto a la otra.

La expedición de esta ley obedeció a la necesidad de establecer un sustento legal para esta caracterización de seguros, cuya noción de riesgo no encajaba en la regulación enmarcada en el Código de Comercio Terrestre de 1887, el cual no permitía el aseguramiento de hechos personales del asegurado³⁰.

Con la promulgación del decreto 410 de 1971 se reguló el contrato de seguro mercantil como lo conocemos en la actualidad, con algunas modificaciones introducidas por la ley 45 de 1990 sobre intermediación financiera, el decreto 01 de 1990 que

²⁹ ley 225 (1938). Artículo 2.

³⁰ *Código de Comercio Terrestre (1887). Artículo 676.* El asegurado no está obligado a indemnizar la pérdida o deterioro procedentes de vicio propio de la cosa, de un hecho personal del asegurado o de un hecho ajeno que afecte civilmente la responsabilidad civil de este. Sin embargo, el asegurador puede tomar sobre si en virtud de una estipulación expresa, los riesgos provenientes de vicio propio de la cosa; pero le es prohibido constituirse responsable de los hechos personales del asegurado.

implementó modificaciones al seguro de transporte, la ley 389 de 1997 que eliminó la solemnidad del contrato de seguro, la ley 1480 de 2011 por la cual se expide el estatuto de consumidor que introdujo deberes a las compañías aseguradoras, y la ley 1564 de 2012 que varió el mérito ejecutivo de la póliza de seguros.

Como quiera que el Código de Comercio a pesar de tener un título dedicado al contrato de seguro, no reguló lo concerniente al seguro de cumplimiento- excepto la referencia del artículo 1099- existió una controversia con relación a la supuesta derogatoria de la disposición del ley 225 de 1938. Esta discusión fue superada con la expedición del decreto 663 de 1993 mediante la cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual, en su artículo 203, reprodujo la disposición contenida en la ley 225 de 1938.

1.2. Generalidades y concepto del seguro de cumplimiento.

El contrato de seguro de cumplimiento hace parte de la categoría de seguros patrimoniales, cuyo fin es garantizar, por parte de la compañía aseguradora, la reparación por perjuicios causados al asegurado con ocasión al incumplimiento de obligaciones establecidas en un contrato o en la ley. En tal sentido, se constituye en una garantía de satisfacción para el lesionado, por el actuar de quien inobserva los deberes que le son propios. Díaz Granados (2012, p.13) resalta que esta modalidad de seguro, tiene por finalidad salvaguardar el patrimonio del acreedor de la obligación garantizada, por los potenciales perjuicios generados ante el eventual incumplimiento de tal obligación.

El seguro de cumplimiento ha sido objeto de diversas denominaciones por parte de la doctrina, entre las que se encuentran seguros de garantías, seguros de fianza y seguros de caución (Narváez Bonet, 2011, p.58), las cuales están inspiradas en los atributos o características que se le confieran al mismo, siendo la acepción más generalizada en los tratadistas nacionales, la de seguro de cumplimiento, la cual además está acorde con la legislación vigente³¹.

Sobre el seguro de cumplimiento se han erigido múltiples voces, proponiendo su conceptualización, siendo un clamor común en las diversas nociones, la obligación del asegurador, como consecuencia del pago de una prima, de amparar al asegurado en el evento de incumplimiento de una obligación, en cuyo caso, acaecido el siniestro, brota la obligatoriedad del pago de los correspondientes perjuicios. Relacionaremos a continuación los conceptos más relevantes:

Cabanzo (1987, p.14) lo define como el acuerdo de voluntades en el que el asegurador se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones, a cambio del pago de un precio.

De igual manera, Mendoza Vargas y García Echeverri (2009, p.115) señalan que se trata de un contrato suscrito entre la compañía aseguradora y el garantizado, para efectos de pagar los perjuicios patrimoniales causados por el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales adquiridas. Lo anterior es replicado, en similar sentido contractual por Narváez Bonet (2011, p.72).

³¹ Ley 225 (1938), norma que fue reproducida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1993.

En 1983, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia definió el seguro de cumplimiento como aquel en el cual:

Se garantiza el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consisten 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 amparada³².

Del mismo modo, la misma corporación, en sentencia de casación de 21 de septiembre de 2000, manifestó que el seguro de cumplimiento se trata de una figura diferente a la fianza, y que tiene por objeto el pago por parte de una compañía aseguradora de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de un contrato a cargo del tomador del seguro; señaló además que este se encuentra dentro de los llamados seguros de daños y por tanto en éste tiene plena aplicación el principio indemnizatorio³³.

1.3. Naturaleza del seguro de cumplimiento tradicional.

Sobre este particular se han adoptado diversas posiciones, partiendo de su relación con la fianza. Sin embargo, al ser definido por la ley como un seguro, en su celebración deben preexistir los elementos esenciales que exigidos como son el interés asegurable, riesgo asegurable, prima y la obligación condicional de asegurador.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (15 de septiembre de 1983).

³³ *Ibidem* (21 de septiembre de 2000). Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno. Expediente 6140.

El seguro de cumplimiento se expide en Colombia bajo las modalidades de seguro de cumplimiento de contratos estatales, seguro de cumplimiento para garantizar contratos entre particulares y seguro de cumplimiento de disposiciones legales, además de las cauciones judiciales.

Este contrato, al estar regulado en sus aspectos esenciales y fundamentales por el Código de Comercio, parecería que únicamente se nutre por la normatividad mercantil, a pesar de ello, por su naturaleza y finalidad muchas de sus disposiciones no le son aplicables, o van en contravía a su propósito jurídico y económico, razón por la cual se afirma que su régimen es *sui generis* o mixto por estar permeado en muchos aspectos por la reglamentación de la fianza civil.

Teniendo en cuenta la amplia discusión sobre la naturaleza del seguro de cumplimiento, es necesario reseñar, en principio, aquellos tratadistas que propugnan por identificarlo con el contrato de fianza, igualmente deben revisarse los autores que defienden su orientación aseguraticia, y finalmente no puede pasarse por alto, el sector de la doctrina ecléctico, que considera que este negocio jurídico se nutre de elementos tanto de la fianza como del contrato de seguro.

1.3.1. El seguro de cumplimiento asemejado al contrato de fianza.

Estos autores consideran que, con anterioridad a la expedición de la Ley 225 de 1938, las personas debían otorgar garantías de cumplimiento de obligaciones y contratos asumidos, siendo que el ropaje empleado para tal menester era la fianza, la cual implicaba,

lógicamente en respaldar la deuda de un tercero, tal como lo explican Mendoza y García (2009, p. 95)

De cara a dilucidar esta posición, revisaremos inicialmente la naturaleza y elementos del contrato de fianza, para luego sí decantar lo expresado por la doctrina en el asunto que nos ocupa.

Colin A. y Capitant H. (1955, p.19) desde antaño definieron la fianza como el contrato mediante el cual un tercero se compromete al cumplimiento de una obligación, si el deudor no la cumple por sí mismo. Estos autores, catalogan este contrato como accesorio y relatan que la obligación del fiador además de recaer sobre una obligación válidamente constituida, no puede exceder la originariamente asumida por el deudor

Lozada E. (1992, p.21) igualmente reconoce como la fianza como un contrato accesorio, que sólo surge cuando existe válidamente una obligación principal que respaldar. El referido tratadista resalta que, la naturaleza de la fianza es netamente gratuita, por lo que, pactar cualquier tipo de remuneración por parte del acreedor al fiador se estaría ya en presencia de un contrato de seguro

1.3.2. Naturaleza aseguraticia.

Un sector de la doctrina, estima que la estructura medular de ésta figura jurídica es la del contrato de seguro, en especial, por la participación necesaria de una compañía aseguradora, la declaración y asegurabilidad del riesgo, el pago de una prima y de la indemnización ante el incumplimiento contractual. Revisemos:

Cabanzo (1987, p.186) considera que la garantía de cumplimiento es eminentemente un contrato de seguro, en especial por consolidarse, todos los elementos de este negocio jurídico, es decir, interés asegurable, el cual para el asegurado se refiere a los perjuicios que para él se deriven, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas a su favor, la prima, el riesgo asegurable o posible incumplimiento de las obligaciones garantizadas y la obligación condicional del asegurador, que consiste en el pago de la indemnización por los perjuicios que del incumplimiento se deriven, en caso de que éste se llegare a ocurrir.

Camacho J. (1994, p.144), considera que la naturaleza del contrato de seguro de cumplimiento, es eminentemente aseguraticia, en especial por la concurrencia de la compañía de seguros como elemento esencial de dicho contrato, siendo este elemento subjetivo determinante para tal categorización.

Zornosa (2009, p.367) se manifiesta a favor de la distinción del seguro de cumplimiento y la fianza, considerando que la importancia práctica de considerar la garantía de cumplimiento un seguro radica en la aplicabilidad concreta de las normas del Código de Comercio.

Mendoza Vargas y García Echeverri (2009, p.116) consideran que el seguro de cumplimiento es un contrato autónomo e independiente, que tiene por objeto amparar daños patrimoniales ocasionados como consecuencia del incumplimiento de un contrato

Ordóñez (2011, p.19), con especial claridad, señala que el seguro de cumplimiento es un verdadero seguro, y por ende debe ser deslindado de la fianza. En tal sentido, propone como diferencias para deslindar estas dos figuras jurídicas, en principio que las aseguradoras tienen por función garantizar la integridad patrimonial de los asegurados y no de constituirse en fiadoras, además el incumplimiento del asegurado produce la obligación del asegurador y éste se subroga contra aquel en caso de siniestro.

1.3.3. Tesis ecléctica.

Aun cuando Garrigues (1987, p.331) no se matricula expresamente en esta corriente, que dicho sea de paso fusiona los elementos de la fianza y el contrato de seguro la lectura de sus disertaciones puede colegirse tal circunstancia, por cuanto reconoce que la doctrina no ha encajado uniformemente esta figura jurídica en los principios medulares del seguro.

Para Ossa J. (1991, p.474) el seguro de cumplimiento y la fianza comparten elementos comunes, es decir, tienen la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación, sin embargo el seguro de cumplimiento responde a una operación técnica comercial distinta a la fianza, lo que no obsta para deslindarlo completamente de ésta última.

Con relación a esta problemática, Narváez Bonet (2011, p.85), reconoce que el seguro de cumplimiento, tiene una reglamentación excepcional, que no se ciñe a la establecida en nuestra legislación mercantil, en especial porque el fiador satisface una

obligación ajena, mientras que el asegurador satisface una obligación propia que se deriva de una póliza de seguro. Por ello, el precitado tratadista, señala que le son aplicables a esta figura jurídica, las normas generales del contrato de seguro, sin embargo, por su naturaleza especial, algunas disposiciones propias no le son extensivas.

En similar sentido, Galindo (2011) considera que este tipo de contratos comprende características distintivas del contrato de seguros y de la fianza, conformando un nuevo ente jurídico. El referido tratadista denomina la garantía de cumplimiento como un seguro de fianza de conformidad, con las siguientes precisiones sobre su naturaleza:

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

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

c) Los modelos de pólizas correspondientes a los seguros de fianza se colocan a disposición del organismo que ejerce el control antes de su utilización, en las formas y con la antelación que determine con carácter general, y tienen que ajustarse a ciertas exigencias y observar los principios técnicos de equidad y suficiencia (art 184, D. 663/93). Prescribe el parágrafo del artículo segundo de la Ley 389 a 1997 que cuando no aparecen claramente expresadas las condiciones

acordadas, se tendrán como condiciones del contrato, aquellas que el asegurador haya depositado en la Superfinanciera.

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

e) Dentro de los argumentos más importantes para determinársele seguro de fianza, está el que se refiere a la distribución de los riesgos, como el coaseguro y el reaseguro, presupuestos técnicos que le dan viabilidad a la institución del seguro y que se aplican estrictamente en este contrato y no en otro tipo de afianzamiento. (p.62)

De la revisión detallada de las diferentes vertientes jurídicas que pretenden explicar la naturaleza del contrato de seguro de cumplimiento, se puede soslayar, que la asimilación exclusiva al contrato de fianza desconoce abiertamente la necesidad de vincular un asegurador que se constituye como un extremo contractual cualificado, teniendo en cuenta que sólo podrá hacerlo la compañía que este conformada societariamente y autorizada por el Estado para tal menester.

Del mismo modo se puede censurar a los autores que excluyen cualquier otra injerencia, teniendo en cuenta que, tal como lo se explicó en líneas antecedentes, existen una serie de circunstancias particulares de este contrato que no le son aplicables al caso de interés, verbigracia, la terminación automática en caso de mora en el pago de la prima.

En tal virtud, se estima más atinado el criterio ecléctico, como quiera que se nutre de las singularidades de estos dos contratos, adaptándolas a las necesidades negociales especiales que envisten el convenio suscrito entre el contratista y la aseguradora, amparando la potencialidad de incumplimiento de la obligación que respalda dicha garantía.

2. El Seguro de Cumplimiento de los Contratos Estatales.

El seguro de cumplimiento de contratos estatales, se ha regido sucesivamente diversos estatutos de contratación administrativa, los cuales han determinado, en cada caso, la naturaleza jurídica que se le otorga a las garantías de cumplimiento de contratos estatales. Ordóñez (2008b, p.103) reconoce que la reglamentación anterior a la Ley 80 de 1993, se inclinó por la inclusión de una cláusula penal tendiente a paliar los perjuicios que pudieran generarse por incumplimiento, tal como lo consagraba expresamente, el artículo 72 del Decreto 222 de 1983.

Iniciemos resaltando que, los antecedentes más remotos, lo constituyen la precitada Ley 225 de 1938 y la Resolución N° 1810 de 1957 de la Contraloría General de la República, en la cual se establecieron las condiciones Generales de la póliza matriz de cumplimiento para entidades del orden Nacional. Renglón seguido, nacieron los decretos 1670 de 1975, 150 de 1976 y 222 de 1983, los cuales establecían que las garantías podían constituir en fianzas de compañías de seguros o de bancos.

Con la expedición de la ley 80 de 1993, y en concreto, lo reseñado en el artículo 25, se estableció que las garantías consistirían en pólizas de seguro expedidas por compañías legalmente autorizadas, eliminándose la expresión fianza contenida en los decretos anteriores. Mendoza Vargas y García Echeverri (2009, p.114) reconocen que la unificación de las distintas garantías que anteriormente eran admitidas, propende por el principio de economía y eficiencia administrativa.

A su vez el artículo 7 de la ley 1150 de 2007, que modificó la ley 80 de 1993, establece la obligatoriedad, a los contratistas de entidades públicas, de constituir garantías de cumplimiento de sus obligaciones a favor de la respectiva entidad, siendo que, en el mismo artículo, se consagran diferentes modalidades de garantías, una de las cuales son las pólizas de seguros expedidas por compañías debidamente autorizadas. En esta misma norma, el legislador encomendó al ejecutivo la tarea de reglamentar las condiciones generales de las pólizas de cumplimiento y demás mecanismos de salvaguarda del contrato estatal.

En cumplimiento del anterior mandato se expidió el decreto 679 de 1994 reglamentario de la Ley 80 de 1993, el cual dedicó los artículos 16 a 19 a regular el tema de las garantías del contrato estatal, estos fueron derogados por el 4828 de 2008 **por el cual se expidió el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública**, vigente hasta la expedición del decreto 734 de 2012, este a su vez remplazado por el decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamenta el sistema de compras públicas y contratación estatal, y se expide además, el régimen de garantías en la contratación pública. En tal sentido, en el título III se regula lo referente a las garantías de cumplimiento de

contratos estatales, dentro de los cuales se encuentra el contrato de seguro, concretamente en el capítulo segundo.

El decreto 1510 de 2013, estableció en el título III, capítulo II, las condiciones generales de las pólizas de cumplimiento del contrato estatal, y las compañías de seguros deben adaptar el clausulado de sus pólizas de seguros de conformidad con los modificaciones introducidas por el decreto. En artículo 11 de esta normativa, se señala que las clases de garantía que se pueden otorgar para asegurar el cumplimiento pueden ser: Contrato de seguro, Patrimonio autónomo y Garantía Bancaria.

El alcance de lo que debe entenderse por garantía única generó, por ello, grandes discusiones en el sector asegurador. Inicialmente se interpretó en el sentido de que hacía referencia a la persona que debía otorgar la garantía; también se dijo que aludía a una sola suma de dinero y finalmente se adoptó que no se requiere de una póliza distinta para cada amparo. No obstante lo anterior, esa conclusión contraviene las normas en las que se regula la actividad aseguradora, pues el seguro de responsabilidad civil es independiente del ramo de cumplimiento; esta fue la razón por la cual el Decreto 679 de 1994, que reglamentó los amparos de la garantía única, a instancias de la legislación anterior, admitió que la cobertura de responsabilidad civil contractual por los daños que se ocasionan a terceros funcionara como un ramo autónomo, permitió el otorgamiento de la cobertura en póliza anexa y que las relaciones jurídicas surgidas estuvieran regidas por estipulaciones contenidas en un condicionado general suplementario. Por lo demás, la doctrina advirtió que no podía hablarse de garantía única en tratándose de la seriedad de oferta, pues este es un amparo extracontractual que no necesariamente deriva en garantía única de

cumplimiento, ya que sólo habría garantía única si se le adjudicara el contrato por ser el mejor postor (Zornosa, 2009, p.374).

2.1. Reglamentación actual del seguro de cumplimiento de los contratos estatales.

El decreto 1510 de 2013 por medio del cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública en Colombia, regula en el capítulo II del título III, el contrato de seguro, como una de las formas de garantías que deben constituir los contratistas del Estado a favor de las entidades contratantes.

El seguro de cumplimiento del contrato estatal, busca proteger al contratante de los riesgos señalados en el artículo 116 del decreto 1510 de 2013, como son buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento del contrato, pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, estabilidad y calidad de la obra, calidad del servicio, calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

En la reglamentación del decreto 1510 de 2013 se señalan unas condiciones especiales para el seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, tales como los amparos o riesgos que deben cubrir, las exclusiones que proceden, la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en caso de infraseguro, la improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro por mora en el pago de la prima, la inoponibilidad por parte de la compañía aseguradora de excepciones relacionadas con inexactitudes o reticencias, situaciones jurídicas que de ser incluidas, por expreso mandato legal, no producirán efecto alguno.

2.2. Elementos esenciales del contrato de seguro en el seguro de cumplimiento.

2.2.1. Interés asegurable.

Conforme a lo reglado en el artículo 1083 del Código de Comercio, tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado indirecta o directamente por un riesgo, siendo que en el caso concreto del contrato que nos ocupa, el riesgo se constituye en el incumplimiento de las obligaciones pactadas a favor de la entidad estatal por parte del contratista.

Nárvaez Bonet (2011) propone una definición de este elemento esencial del contrato de seguro, en los siguientes términos:

No aparece definido en la ley; pero puede afirmarse que consiste en la posibilidad de afectación patrimonial como consecuencia de la ocurrencia de un riesgo. Su existencia es indispensable desde el momento mismo de la formalización del contrato y ha de subsistir a todo lo largo de la vigencia. Por ser un elemento esencial, su desaparición sobreviniente torna el contrato en inexistente e invalida el derecho del asegurado a la indemnización prevista en la póliza. (p.145)

Zornosa (2009, p.368) expone su posición jurídica propugnando que el interés asegurable le corresponde al contratante, es decir, a la persona cuyo patrimonio puede verse resquebrajado por la inejecución de las obligaciones contratadas.

Evidentemente el interés asegurable en el seguro de cumplimiento de los contratos estatales, radica en la entidad estatal, puesto que es su patrimonio el que puede sufrir merma por el no cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato estatal, por lo cual ostenta la posición de asegurado en dicha relación, por su parte el contratista si bien tiene por ley la obligación de constituir la garantía, no le asiste ningún interés diferente a cumplir un requisito que le permita iniciar la ejecución del contrato para el cual fue seleccionado.

2.2.2. Riesgo asegurable.

Existe consenso en la doctrina con relación al riesgo asegurable en este contrato, siendo que se ha señalado que se finca en el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, pactadas en favor de la entidad contratante y asumidas por el contratista, tal es la opinión de Cabanzo (1987, p. 27).

Del mismo modo, Benavides (2009) expresa con relación al incumplimiento como riesgo asegurable en esta modalidad de seguro:

Por esta razón, el incumplimiento de la obligación no materializa un riesgo, sino que genera la obligación de reparación de todos los perjuicios por él causados, según las reglas del Código Civil. Dar el tratamiento de riesgo al incumplimiento genera confusión en la caracterización de los eventos y sus consecuencias. (p.458)

En palabras de Narváez Bonet (2011, p.69) el riesgo protegido es el incumplimiento del deudor, siendo que puede ser el mismo tomador de la póliza, tanto en el caso de cauciones judiciales, las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, garantías aduaneras y el incumplimiento contractual.

2.2.3. Valor de seguro o prima.

En el seguro de cumplimiento de contratos estatales, al igual que en el seguro comercial, la prima o precio del seguro, es la contraprestación que recibe la aseguradora por la obligación de asumir el riesgo trasladado, de igual forma la obligación de su pago corresponde al tomador del seguro.

En la práctica lo que ocurre es que el contratista incluye el precio del seguro en el costo de su propuesta, por lo tanto el valor de la garantía termina haciendo parte del valor del contrato estatal asumido por la entidad estatal, aunque este pago no puede ser exigido por la compañía aseguradora a la entidad estatal.

Como nota característica se resalta que, en tratándose de seguro de cumplimiento de contratos estatales, por mandato del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y 133 del Decreto 1510 de 2013, no tiene aplicación la terminación del mismo por mora en el pago de la prima consagrada en el artículo 1068 del Código de Comercio; esta prohibición es una de las condiciones especiales establecidas para los seguros de cumplimiento de contratos estatales, a las cuales se hará referencia más adelante.

2.2.4. La obligación condicional de la aseguradora.

En el seguro de cumplimiento de los contratos estatales consiste en la obligación de la compañía aseguradora de resarcir el perjuicio causado a la entidad estatal, con el acaecimiento del riesgo asegurado, es decir, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

No obstante, con relación a las garantías de contratos estatales, para la ocurrencia del siniestro no basta el hecho fáctico del incumplimiento, puesto que se requiere la declaratoria de caducidad o de incumplimiento por parte de la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, el cual debe ser notificado tanto a la compañía aseguradora como al contratista, y frente al cual proceden impugnaciones tanto en vía administrativa como contenciosa.

2.3. Características, obligatoriedad e intervinientes.

2.3.1. Consensualidad o solemnidad.

Con respecto a la garantía de cumplimiento de los contratos estatales suscrita entre el contratista- afianzado y la aseguradora, a pesar de no ser un negocio jurídico celebrado directamente por entidades estatales se consideraría que las mismas deberían someterse a los requisitos de los contratos de esta naturaleza. Ordóñez (1998, p.51) reconoce que la doctrina no es pacífica sobre este particular, por cuanto existe una tendencia a considerar que las formalidades previstas para los contratos estatales deben extenderse a la garantía única de cumplimiento.

Galindo (2011, p.48) igualmente considera que esta garantía no se perfecciona de manera consensual, y que inescindiblemente debe constar por escrito.

En efecto, se considera que la característica de la consensualidad comporta algunos obstáculos para tener plena aplicación en los seguros de cumplimientos a favor de entidades estatales, no sólo si se asume que estos configuran verdaderos contratos estatales, los cuales se perfeccionan por la forma escrita, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993³⁴, sino que conforme a esa misma norma, para la ejecución de los contratos se requiere la existencia de disponibilidades presupuestales y la aprobación de las garantías otorgadas por el contratista; aprobación que resultaría muy difícil efectuar, si no está contenida en alguna forma documental que permita a la entidad estatal constatar si se ajusta o no a los requerimientos exigidos e impartir la correspondiente aprobación; la cual debe hacerse mediante acto administrativo (Solano J., 2010, p.550).

Es posible que este atributo de la consensualidad sea predicable entre el particular contratista tomador y la compañía aseguradora, pero frente a la entidad estatal, la forma escrita desplaza, por obvias razones, la consensualidad establecida la ley comercial para los contratos de seguro, toda vez que si la garantía no es presentada y aprobada por la Entidad,

³⁴ *Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato.* Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

no se debería iniciar la ejecución del contrato, y por tanto la garantía no cumple con el cometido para el cual fue expedida.

Con relación a la formalidad de esta tipología de garantías el Consejo de Estado en providencia de 30 de enero de 2008 consideró:

Puesto que la celebración del contrato de seguro no exige formalidad especial alguna, en cuanto el artículo 1036 del estatuto de los comerciantes determina que ese tipo de contratos es consensual, esto es que se perfeccionan por el solo consentimiento (artículo 1500 C.C.), hay lugar a precisar entonces que para que esos contratos de seguro de cumplimiento se tengan como estatales solo será necesario que consten por escrito, dado que esa es la formalidad exigida en la Ley 80 (artículos 39 y 41) para esa clase de vínculos contractuales, requisito de común observancia en la práctica en cuanto las compañías aseguradoras expiden por escrito las pólizas que contiene las condiciones básicas de los contratos de seguro y también por escrito las entidades estatales le imparten su aprobación, la cual, oportuno es reiterarlo, constituye entonces la manifestación de voluntad de la entidad contratante por cuya virtud acepta los términos del contrato que inicialmente se estipuló a su favor pero sin facultades para representarla y a partir de ese momento, con efectos retroactivos, se vincula como parte del respectivo contrato de seguro.³⁵

A pesar de lo anterior, la misma Corporación, en sentencia de 22 de octubre de 2012 sostuvo que el contrato de seguro, por ser un contrato suscrito entre particulares, se perfecciona cuando hay acuerdo entre tomador y asegurador, y que la existencia del mismo

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, (sentencia de 30 de enero de 2008). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867).

no depende de su aprobación por parte de la entidad estatal, la cual se da cuando el seguro ya ha sido perfeccionado³⁶.

2.3.2. Obligatoriedad.

Por regla general, los contratistas del Estado deben constituir garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato, y como se explicó la aprobación de la misma es uno de los requisitos para la ejecución de los mismos.

La obligación a cargo de los contratistas del Estado de constituir garantías para amparar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, se encuentra fundada en la necesidad de proteger el patrimonio público ejecutado a través de contratos, exigencia que en sí misma no genera ningún tipo de polémica en atención a la finalidad que persigue y su compatibilidad con la Constitución ha sido reconocida en diversas oportunidades por la Corte Constitucional, es así como en sentencia de 1999 expresó:

Esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la legitimidad de las garantías que los contratistas del Estado deben constituir con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos que suscriban con las autoridades públicas. Sobre esta cuestión, la Corte ha señalado que, en principio, las normas de la Ley 80 de 1993 relativas a las garantías

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercero, (sentencia de 22 de octubre de 2012). Consejera Ponente: Olga Mérida Valle De la Hoz

contractuales son compatibles con la Constitución Política, toda vez que "constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades estatales contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas."³⁷

El interés del legislador de salvaguardar la correcta inversión de los recursos públicos ejecutados a través de contratos, no sólo se limita a la exigencia de garantías, de cuya aprobación depende la ejecución del contrato, sino circunscribe las mismas a los contratos de seguro, garantías bancarias y patrimonios autónomos, no siendo admisibles otros de tipo de garantías personales.

En efecto la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 25 numeral 19 de la ley 80 de 1993, norma que sería remplazada por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, consideró que el trato diferencial otorgado por el legislador dentro de su autonomía, al establecer cierto tipo de garantías como pólizas de seguros y garantías bancarias, para los contratos estatales, es justificado, razonable y guarda la proporcionalidad adecuada en atención al interés público que busca proteger³⁸.

2.3.3. Partes e intervinientes.

De conformidad con el artículo 1037 del Código de Comercio son partes en el contrato de seguro el tomador y el asegurador. Este canon señala que el tomador puede

³⁷ *Corte Constitucional de Colombia*, (sentencia C 452 de 1999) Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

³⁸ *Corte Constitucional*, (Sentencia C-154-1996). Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

actuar por cuenta propia o por cuenta ajena, la primera se da cuando es el titular del interés asegurable y traslada sus propios riesgos y la segunda cuando los riesgos trasladados existen en cabeza de un tercero.

Bustamante Ferrer y Uribe Osorio (1996) distinguen en el seguro de cumplimiento al asegurador, el asegurado- quien encarga la obra y traslada el riesgo de incumplimiento del contratista- y el ejecutor de la obra, quien contrata el seguro y paga la prima, pero a su vez se constituye como el riesgo.

Tomador: el ejecutor de la obra, el contratista, no puede cumplir en representación, las obligaciones que corresponden al asegurado. Repetimos, no es ni debe ser tomador. El hecho de contratar el seguro, es una comisión específica que el asegurado impone al contratista para que pague la prima y suministre al asegurador las informaciones necesarias para calificar el riesgo. Pero hecho lo anterior, no tiene ni debe tener ninguna de las características del tomador, ni representación de asegurado. (p.55)

En el seguro de cumplimiento de contrato estatal intervienen la compañía aseguradora, el contratista que es la persona que contrata el seguro y la entidad estatal que funge como asegurada y beneficiaria del mismo, en la práctica el contratista, en calidad de tomador contrata el seguro, con independencia de la entidad estatal, la cual no interviene en la selección del asegurador, ni en la celebración del mismo, sin embargo es la titular del riesgo trasladado y además debe emitir aprobación a la póliza presentada por el contratista, previo a la ejecución del contrato.

La anterior situación ha generado que algunos autores consideren que, quien debe actuar, como tomadora del seguro es la entidad estatal, toda vez que es su patrimonio el que se encuentra en riesgo ante el eventual incumplimiento del contratista, por lo que ésta debería participar de manera más activa en la celebración del contrato de seguro, seleccionar la compañía aseguradora que mejor se ajuste a sus intereses y por ende responder por obligaciones propias del tomador como la del pago de la prima de seguro.

Es así como Ossa J. (1991, p.475) esboza que el contratista- deudor, no debe tener la calidad de tomador del seguro, puesto que carece de interés asegurable y solo actúa por una exigencia de la entidad contratante.

Para Ordóñez (2008a, p.73) el verdadero tomador de este contrato es la entidad pública asegurada, cuyo interés constituye el objeto del contrato, y que el afianzado actúa como un mensajero suyo, sin interés asegurable ni interés para contratar. Este mismo autor (2011, p.24), reseña que aunque en la práctica quien hace las veces de tomador y por ende, contrata el seguro de cumplimiento con la compañía aseguradora, es el contratista, es claro que el interés asegurable existe en cabeza de la entidad estatal contratante, y por tanto es ella la verdadera tomadora del seguro de cumplimiento, por lo cual debe asumir control sobre la información suministrada a la compañía aseguradora, sobre el estado del riesgo, condiciones de solvencia y capacidad del contratista.

Por su parte, Zornosa (2009, p.368) sostiene que en la formación del seguro de cumplimiento, no obstante actuar el contratista como tomador del seguro, éste no traslada su propio riesgo, sino el de la entidad contratante, quien es la que se expone al riesgo de incumplimiento, en consecuencia, debería ser la tomadora del contrato de seguro.

Galindo (2011) comparte esta misma tendencia doctrinal, en los siguientes términos:

Hay que dejar bien claro que por el solo hecho de que el contratista intervenga en la fianza, o mejor, por acudir a la aseguradora en solicitud de esta para cumplir con el requisito que le exige su acreedor o entidad contratante, no se le puede considerar tomador o asegurado; él es sencillamente el afianzado, es el riesgo en sí y no puede ser parte contractual, como si lo es la entidad, empresa o persona asegurada. (p. 52)

En similar sentido, el Consejo de Estado ha admitido que la entidad estatal es parte en el seguro de cumplimiento del contrato estatal, toda vez que el contratista contrata el seguro por cuenta de la entidad estatal, mediante la figura de la estipulación para otro, y ésta al emitir la aprobación al mismo, ratifica la manifestación de voluntad expresada por el contratista convirtiéndose así en parte del seguro, además de asegurada y beneficiaria del mismo.

En ese sentido cabe señalar entonces que cuando la entidad estatal contratante, en su condición de asegurada, aprueba los términos del contrato de seguros que se ha estipulado a su favor sin que mediare poder para representarla y que ha sido sometido a su revisión, naturalmente está manifestando su aceptación o consentimiento en relación con dicha estipulación y, por tanto, a partir de ese

momento sólo esa entidad estatal podrá demandar o exigir el cumplimiento del mismo.³⁹

Esta posición de considerar a la entidad estatal como tomadora del seguro se considera la más acertada, no por el argumento de que el particular contratista actúa por cuenta ajena, porque precisamente mediante esa modalidad se permite al tomador contratar el seguro por cuenta de un tercero titular de los riesgos (Jaramillo C., 2010, p.406), sino porque se estima que en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, la entidad estatal está lejos de ser un tercero sin incidencia en la celebración del seguro, además ser titular del interés asegurable, determina, con base en el reglamento las condiciones, extensión, amparos, cuantía, plazo en que este seguro debe otorgarse, y luego de ello le imparte su aprobación; como requisito de ejecución del contrato garantizado,

Además de lo anterior, admitir que la entidad estatal sea la tomadora del seguro, permite la aplicación de normas establecidas en la legislación mercantil para los contratos de seguro, como la noción de riesgo y la inasegurabilidad de actos meramente potestativos de tomador (Zornosa, 2009, p.369); igualmente el cumplimiento de obligaciones propias del tomador, podrían ser exigidas a la entidad estatal que evidentemente está en mejor posición para cumplirlas que el particular contratista, de cuya potestad depende la realización del riesgo, situación que en principio le imposibilitaría contratar el amparo solicitado.

³⁹ *Consejo de Estado Sección Tercera.* (Sentencia de 30 de enero de 2008). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 32867.

Sin embargo aceptar que la entidad estatal es parte en el seguro de cumplimiento, al actuar como tomadora del mismo, evidencia la posibilidad de considerar este un contrato estatal sometido al Estatuto de Contratación Estatal de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

2.3.4. ¿El seguro de cumplimiento del contrato estatal es un contrato estatal?.

La doctrina señala diversos criterios para identificar un contrato como estatal, dentro de los que se encuentra el objeto de contrato relacionado con el servicio público, el orgánico o de las partes del contrato, según el cual una de las partes debe ser una entidad pública, y el relacionado con la presencia de cláusulas exorbitantes en el contrato (Guechá C., 2010, p.186).

El artículo 32 de la Ley 80 enseña que contrato estatal es aquel acuerdo de voluntades celebrado por una de las entidades señaladas en el artículo 2 de la misma normatividad.⁴⁰

De acuerdo con nuestra legislación, la nota característica que distinguen el contrato estatal de otro tipo de contratos, está dada por la naturaleza de entidad estatal que tenga una de las partes; el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 contiene la lista de entidades que ostentan esa categoría, de tal suerte que si una entidad señalada por dicha norma como estatal es parte en un contrato, ese negocio jurídico debe ser considerado un contrato

⁴⁰ *Artículo 32. De Los Contratos Estatales.* Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

estatal con independencia de su objeto, matriculándose de esta forma en el criterio orgánico. Así ha sido reconocido por Guechá C. (2010):

Por su parte en nuestro sistema, el criterio orgánico o de las partes del contrato para identificar la noción de contrato administrativo, es de reconocida aceptación, en la medida que al unificarse la noción de contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración en los llamados contratos estatales, se le da fundamental importancia a que, para tener el carácter de administrativo un contrato, basta que una de las partes sea pública, sin importar el objeto del mismo; pues el actual Estatuto de Contratación, permite a la Administración Pública celebrar cualquier clase de contrato, similar a los de los particulares, sin hacer distinción entre contrato administrativo y privado de la Administración; recalcando que dichos contratos son celebrados por las entidades públicas a que se refiere el Estatuto Contractual. (p. 193)

Partiendo de la premisa de que todo contrato celebrado por una entidad estatales un contrato estatal, y si se asume que la entidad estatal es parte en el contrato de seguro, como se explicó líneas atrás, se debe concluir que el seguro de cumplimiento que se otorga como garantía de cumplimiento de un contrato estatal, tiene la misma naturaleza del negocio jurídico que ampara.

Con relación a esta temática, Narváez Bonet (2011, p.282) aunque reconoce la polémica existente, asume una posición contraria a la expresada, teniendo como base que en la entidad estatal no es parte del seguro de cumplimiento y por lo tanto este no puede considerarse un contrato estatal.

Por su parte, el Consejo de Estado no ha sido ajeno a esta discusión afirmando mayoritariamente que el seguro de cumplimiento es un contrato autónomo, aunque reconoce que responde a un interés público sujeto a un régimen mixto, cuyo conflicto es de competencia de dicho tribunal. Es así como en providencia de 24 de agosto de 2000 sostuvo que, el seguro de cumplimiento de contratos estatales es un contrato autónomo regido por la reglas del derecho privado, no obstante la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, en atención a su finalidad que es la protección al patrimonio estatal, la cual, a pesar de su autonomía, proyecta sus efectos en función del contrato estatal, por lo cual se afirma que es ante la jurisdicción contenciosa administrativa y no ante la coactiva en la cual se debe tramitar la ejecución de estas garantías⁴¹.

En similar sentido, en sentencia de noviembre de 2006, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, reconoció la garantía de cumplimiento del contrato estatal como un contrato autónomo, cuyos efectos están necesariamente ligados al mismo, considerado que dicho tribunal sí es competente para dirimir las controversias derivadas siendo por lo tanto, ejecutable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aunque se demande directa y exclusivamente a la aseguradora⁴².

Sin embargo, y contrario a la posición anterior, en sentencia de 30 de enero de 2008, se afirmó categóricamente que el seguro de cumplimiento es un contrato estatal, no sólo porque nace a la vida jurídica y extiende sus efectos de un contrato de esta especie,

⁴¹ *Consejo de Estado Sección Tercera*, (Sentencia de 24 de agosto de 2000). Consejero Ponente: Jesús María Carillo Ballesteros. Expediente 11318

⁴² *Ibidem* (Sentencia de 29 noviembre de 2006). Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez. Expediente 24414

sino porque la finalidad que persigue que es la de garantizar la correcta inversión de recursos públicos, está sometido a un régimen mixto que aplica las normas de derecho privado e igualmente las reglas consagradas en el estatuto de contratación estatal, amén de lo anterior, la entidad estatal beneficiaria es parte del mismo, al actuar como tomadora del seguro, mediante la figura de la estipulación a favor de tercero consagrada en el artículo 1506 del Código Civil⁴³. En esa oportunidad, el máximo tribunal de la contencioso administrativo fue claro en reconocer que el seguro de cumplimiento otorgado como garantía de cumplimiento de contrato estatal, constituye un contrato estatal, sometido a un régimen mixto que combina las normas de derecho privado y del estatuto de contratación, tal como lo dispone el artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁴⁴; posición que se estima la más ajustada a las características de este tipo figuras jurídicas.

3. Amparos y valores del seguro de cumplimiento del contrato estatal.

El decreto 1510 de 2013 señala en su artículo 116, los amparos que debe contener la garantía única de cumplimiento, y como quiera que cada uno de éstos responde a la necesidad de protección de un riesgo diferente, se indica que los valores asegurados, de

⁴³ *Ibidem* (Sentencia de 30 de enero de 2008). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 32867.

⁴⁴ *Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales.* Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

cada uno, son independientes, excluyentes e inacumulables⁴⁵. El término garantía única de cumplimiento, engloba varias coberturas, tal como lo reconocen Mendoza y Vargas (2009):

Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquellos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad, se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa. La garantía de salarios y prestaciones sociales del personal que el contratista emplee en el país para la ejecución del contrato se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los cuales de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo”. (p.129)

⁴⁵ *Decreto 151° de 2013 Artículo 129. Amparos.* El objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 115, 116 y 117 del presente decreto. Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus Riesgos y de sus valores asegurados. La Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.

Pasaremos entonces a distinguir uno a uno estos amparos, en los siguientes términos:

3.1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo y Devolución del pago anticipado.

El amparo de Buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo. Por su parte, el amparo de Devolución del pago anticipado, cubre el riesgo de la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado. El valor de esta garantía será el 100% del monto que el contratista haya recibido como anticipo o pago anticipado y su vigencia se extiende hasta el término de liquidación del contrato⁴⁶.

El anticipo se distingue del pago anticipado en que las sumas recibidas a título de anticipo no pierden la calidad de recursos públicos una vez son entregadas al contratista, quien debe invertirlas conforme a lo acordado en el contrato, mientras que en el pago anticipado el contratista una vez recibe la suma pactada pasa a ser el titular de la misma y pierde la calidad de recursos público. Solano (2010) lo explica en los siguientes términos:

De otro lado es obvio que “pago anticipado” y “entrega de anticipos” son conceptos que encierran diferencias cualitativas. El anticipo, como dinero que recibe el contratista (como simple tenedor) para financiar los gastos que requiere la

⁴⁶ Decreto 1510 de 2013, artículos 119 y 120.

iniciación y parte del objeto contratado, constituye recurso público que pertenece a la entidad contratante y no al patrimonio de aquel; por lo tanto, es inembargable; cuyo manejo y correcta inversión son los que se amparan. Mientras que el pago anticipado entra o pasa al patrimonio del contratista y, por consiguiente puede ser susceptible de embargo, y la garantía, contrario a lo que acontece con la entrega del anticipo, no ampara su buen uso, sino la devolución del pago efectuado para el cumplimiento de la obligación. (p.556)

En palabras de Zornosa (2009) el objeto de este amparo de buen manejo de anticipo es el siguiente:

Protege contra el uso o la apropiación indebida que el contratista haga de los dineros o bienes anticipados para ejecutar el contrato. Este amparo ha tenido un valor asegurado independiente, pero forma parte de la cobertura de cumplimiento. La indebida utilización del anticipo se evidencia en los eventos de retraso o incumplimiento, caso en el cual la administración deberá proceder a liquidar el contrato con el fin de determinar la cuantía real de la pérdida. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de 1. La no inversión; 2. El uso indebido y 3. La apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. (p.391)

Por su parte, Mendoza y Vargas (2009) sostienen que “por medio de este amparo se garantiza al asegurado, que los dineros que convenga entregar al contratista al momento

de iniciar la ejecución, no solo serán utilizados e invertidos correctamente, sino que se amortizarán en la forma convenida en el contrato” (p.171).

La forma de pago que contempla la entrega de anticipo o pago anticipado al contratista particular, es hasta el 50% del valor total del contrato; e implica que la entidad estatal se desprende de recursos públicos *ex ante* de darse la ejecución del contrato⁴⁷, generándose con ello, riesgo alto de no inversión, uso indebido o apropiación de estos recursos, o la no devolución de los mismo en caso del pago anticipado, por lo cual se considera adecuada que el valor asegurado del mismo corresponda al 100% de la suma recibida por tal concepto.

3.2. Cumplimiento del contrato.

De acuerdo con el artículo 116 del Decreto 1510 de 2013 numeral tercero, bajo este amparo se protege a la entidad estatal de los siguientes riesgos:

- a) el incumplimiento total o parcial del contrato,
- b) el cumplimiento tardío o defectuoso del contrato,
- c) los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y
- d) el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

Además de estos amparos, Galindo (2011, p.224) considera que la garantía de cumplimiento debe cubrir los perjuicios ocasionados como consecuencia de la conducta dolosa o culposa que dé inicio a procesos de responsabilidad fiscal, siempre que esta tenga

⁴⁷ Parágrafo artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

como origen el incumplimiento de las obligaciones del contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000⁴⁸.

El amparo de cumplimiento debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato y el valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato, excepto en aquellos contratos cuyo valor sea superior a un millón (1.000.000) de smmlv, en cuyo caso se aplicará los siguientes porcentajes:

- 1) Si el valor del contrato es superior a un millón (1.000.000) de smmlv y hasta cinco millones (5.000.000) de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor del contrato.
- 2) Si el valor del contrato es superior a cinco millones (5.000.000) de smmlv y hasta diez millones (10.000.000) de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor del contrato.
- 3) Si el valor del que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato es superior a diez millones (10.000.000) de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías.⁴⁹

En opinión de Díaz-Granados (1995) y Galindo (2011), la cual se comparte, cuando se trata de hacer efectiva la garantía para el pago de multas y cláusula penal, la entidad

⁴⁸ *Ley 610 de 2000 Artículo 44. Vinculación del garante.* Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

⁴⁹ *Decreto 1510 de 2013, artículos 121.*

estatal esta relevada de demostrar la cuantía de los perjuicios, toda vez que el monto de los mismos ha sido pactado anticipadamente en el contrato; asimismo debe darse una reducción de la indemnización en los casos en que se acredite el cumplimiento parcial aceptado por la contratante, en el correspondiente porcentaje ejecutado.

3.3. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.

Este amparo tiene por objeto cubrir a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista con el personal contratado y utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato, y que generen eventuales reclamaciones laborales a la entidad estatal, debido a la solidaridad que frente a estos trabajadores está establecida en el artículo 34 del Código de Trabajo.⁵⁰

⁵⁰ *Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 34. Contratistas Independientes.* 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Zornosa (2009) lo explica en los siguientes términos:

La entidad estatal debe entonces protegerse contra el riesgo del no pago de las prestaciones y salarios a los trabajadores del contratista o del subcontratista, especialmente cuando se suscriben contratos de administración delegada, caso en el cual se considera que el patrono es la entidad contratante de la obra. Todo lo cual se evidencia suficientemente el riesgo que corre la entidad estatal. (p.392)

El valor de este amparo no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor del contrato y su vigencia será la del término del contrato y tres (3) años más, en atención al término de prescripción de tres (3) años de las acciones laborales.

3.4. Estabilidad y calidad de la obra.

El Decreto 1510 de 2013 contempla que el objeto de este amparo es cubrir a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

Mendoza y Vargas (2009) definen el objeto de este amparo así:

Esta cobertura pretende cubrir al asegurado por los perjuicios que llegare a sufrir, por el deterioro imputable al contratista, que sufra la obra, en condiciones normales de uso y que impidan el servicio para el cual se ejecutó. El contratista deberá responder por la garantía por vicios ocultos, lo cual en la práctica es de

difícil aporte probatorio. Para poder hacer efectivo este amparo debe verificarse que el deterioro sí es imputable al contratista, que sea de su responsabilidad, para lo cual debe tenerse en cuenta las especificaciones técnicas de la obra, las cuales pudieron ser responsabilidad de la entidad o de otra contratista. (p.177)

El valor asegurado de este amparo lo determina la entidad estatal desde la estructuración del pliego de condiciones teniendo en cuenta el objeto, valor y obligaciones derivadas del contrato.

La vigencia de esta garantía debe corresponder a un término no inferior a cinco (5) años, contados a partir de la fecha del recibido a satisfacción de la obra por parte de la entidad estatal.

La entidad estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. Asimismo se autoriza a la entidad estatal para aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato.

3.5. Calidad del servicio.

Protege a la entidad estatal de los perjuicios derivados de la deficiente calidad de los servicios prestados, imputable al contratista, en contratos de prestación de servicios. Conforme al artículo 124 del Decreto 1510 de 2013 el valor y el plazo de la garantía lo

establece la entidad estatal de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

3.6. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

Cubre los riesgos derivados de la precaria calidad o mal funcionamiento de los bienes entregados por el contratista a la entidad estatal, en cumplimiento del contrato.

El valor de esta garantía lo determinará la entidad contratante de acuerdo con el objeto, el monto del contrato, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el mismo, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos. Asimismo se señala que en los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento en concordancia con el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

Mendoza y Vargas (2009) lo definen como el amparo el cual:

El asegurador garantiza que los equipos objeto del contrato garantizado, tendrán las calidades previstas en él, y su funcionamiento estará acorde con el objetivo que fue causa de la contratación. (p.177)

Díaz-Granados (1995, p.67) recuerda que en los contratos de compraventa el vendedor debe responder por los vicios ocultos de la cosa vendida, por un tiempo de seis meses contados a partir de la entrega (artículo 934 Código de Comercio), así como por el

buen funcionamiento de los bienes vendidos, hasta por un plazo de dos años, si el plazo de la garantía no es objeto de estipulación (artículo 932 Código de Comercio), asimismo es obligación responder por la garantía mínima presunta de las condiciones de calidad e idoneidad de los bienes.

3.7. Otros Amparos.

La entidad estatal debe además, exigir en la garantía única amparos por los demás riesgos que se puedan generar del incumplimiento de las obligaciones del contrato, en atención a la naturaleza y objeto del contrato celebrado; en estos casos tanto la extensión como la vigencia de los amparos deben ser señalados por la entidad estatal y objeto de acuerdo con la compañía aseguradora.

4. Condiciones generales de las pólizas de cumplimiento.

Dentro de las condiciones señaladas por el decreto 1510 del 2013 para el seguro de cumplimiento, se encuentran la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en caso de infraseguro, la improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro por mora en el pago de la prima, y la inoponibilidad por parte de la compañía aseguradora de excepciones relacionadas con inexactitudes o reticencias y con la conducta del tomador. Estas particularidades serán analizadas a continuación, de cara a determinar si las mismas, desdibujan o no, el contrato de seguros tradicional.

4.1. Improcedencia de la terminación por mora en el pago de la prima.

Narra el artículo 1068 del Código de Comercio, que la mora en el pago de la prima 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, mandato que no puede ser objeto de modificación por las partes. No obstante lo anterior, éste canon legal no es aplicable a la garantía única de cumplimiento de conformidad con el artículo 7 del Ley 1150 de 2007 y el artículo 133 del Decreto 1510 de 2013. Traemos a colación a Cabanzo (1987) quien desde hace más de veinticinco años reconocía esta diferencia sustancial entre el contrato de seguro comercial y el contrato de seguro de cumplimiento entre particulares:

En cuanto al seguro de cumplimiento, vale la pena recordar lo ya dicho en el capítulo segundo y que se refiere al hecho de que el no pago de la prima de parte del tomador, no suspende ni termina los efectos de la garantía otorgada. De acuerdo con lo anterior, la póliza para particulares continuará vigente, si no se ha presentado siniestro por el valor que cope la suma asegurada, hasta cuando expire el término de vigencia establecido; en el caso de la póliza oficial, la vigencia no terminará mientras no cese la responsabilidad de la aseguradora, de acuerdo con lo establecido al respecto por la póliza matriz correspondiente. (p.150)

De más reciente data y en concreto, refiriéndose al seguro de cumplimiento de contratos estatales, Narváez Bonet (2011, p.119) señala que la terminación del seguro por mora en el pago de la prima no tiene aplicación en los seguros de cumplimiento de

contratos estatales, y aún hoy se discute su aplicación en estos mismos contratos celebrados entre particulares.

De la misma estirpe, es la opinión de Galindo (2011), quien señala que al seguro de cumplimiento de contratos estatales no le es aplicable la terminación automática por mora, en los siguientes términos:

No estamos para nada de acuerdo con los conceptos citados porque es claro que el seguro de fianza no se le ha de aplicar el artículo 1068 del Código de Comercio, modificado por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990, que consagra la terminación automática del contrato de seguro por la mora en el pago de la prima, ya que la compañía aseguradora, en su calidad de fiadora, no puede desligarse de su obligación. (...) En este caso, a nuestro juicio, prevalece lo ordenado en el artículo 2406 del Código Civil que nos enseña que la fianza se extingue, en todo o en parte, por el relevo de esta concedida por el acreedor. Permitir que en un seguro de fianza el fiador quede facultado para darle por determinado por cualquier circunstancia, es ni más ni menos, dejar, sin protección al acreedor. Recordemos que la fianza puede ser onerosa y la falta de pago no es causal para su extinción. (...) y si la aseguradora extendió el documento sin cobrar la prima, a ella le corresponde efectuar el recaudo y no acudir al instrumento de la terminación automática en el seguro de fianza, porque –ya lo hemos dicho- el fiador no puede alegar unilateralmente ninguna causal para desligarse del compromiso que ha adquirido, a no ser que así lo acepte el acreedor o que se haya perdido el derecho a la subrogación o que la obligación principal se haya extinguido. (p.64)

Esta especial condición también fue reconocida por el Consejo de Estado en sentencia de noviembre de 2003, en la cual se afirmó:

La garantía otorgada frente a los contratos estatales, contiene un elemento sustancialmente diferente frente a lo que ocurre en el contrato de seguro celebrado entre particulares, puesto que, en los primeros por disposición legal se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, no expirará por falta de pago de la prima. Esto significa que una vez constituida la garantía es irrevocable por el contratista y tratándose de mora en el pago de la prima, la compañía de seguros no podrá alegarla como excepción frente a la entidad estatal para abstenerse de efectuar, por el contrario deberá reconocer el monto asegurado (Nal. 19 art. 25 de la Ley 80 de 1993). En cambio, en los segundos la mora en el pago de la prima de la póliza producirá la terminación automática del contrato.⁵¹

De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio la prima constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, del cual se deriva su carácter oneroso, “el traslado del riesgo al asegurador no se concibe sin una utilidad correlativa para éste; si no existe prima no existe contrato de seguro” (Ordóñez, 2008b, p.41); además de ello la importancia de la prima no radica sólo en su liquidación y acuerdo como precio del seguro, sino que su efectivo recaudo es fundamental para el cumplimiento de las obligaciones de asegurador, “el seguro no puede concebirse técnica y económicamente sin los aportes de la

⁵¹ *Consejo de Estado Sección Tercera*, (Sentencia de 20 de noviembre de 2003). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929)

comunidad asegurada cuya acumulación permita al asegurador atender el pago de las prestaciones a que den origen los eventos asegurado” (Ossa, 1991, p.385).

En efecto el recaudo de la prima o precio del seguro es la contraprestación que recibe la compañía por el aseguramiento del riesgo, la cual se calcula con base en proyecciones estadísticas de riesgos acaecidos en el universo de asegurados, por lo tanto, al no darse el recaudo de la misma en los plazos establecidos debería operar la terminación del seguro, toda vez que puede sobrevenir la ocurrencia de un siniestro sin haber recibido la contraprestación por dicho aseguramiento, lo cual es el fundamento de la norma establecida en el artículo 1068 de nuestra legislación comercial.

Por lo anterior se considera que esta condición implica un desequilibrio en las condiciones del seguro de cumplimiento, no a favor del contratista afianzado, sino a favor de la entidad estatal, quien de acuerdo con dicha condición está facultada para hacer efectiva una garantía, con independencia de si la compañía aseguradora recaudó la prima pactada como contraprestación.

Es fácil concluir que esta condición de, no terminación automática por mora en el pago de la prima del seguro de cumplimiento del contrato estatal, se justifica en atención al interés general de protección de recursos públicos; no obstante se estima que se deben prever mecanismos para garantizar el recaudo de la prima por parte del asegurador, algunas entidades públicas, por ejemplo, exigen que la póliza de cumplimiento otorgada se aporte acompañada del correspondiente recibo de pago de la misma, esta se considera una sana práctica para garantizar a las aseguradoras la contraprestación por el amparo otorgado, sobre todo si se tiene en cuenta que esta no es la única condición especial en favor de la entidad estatal con las que se otorgan estos aseguramientos.

4.2. Irrevocabilidad unilateral del amparo.

El artículo 1071 del Código de Comercio, expresamente establece que el contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes y en dicha norma se establecen las formalidades a seguir para proceder en tal sentido. Esta directriz mercantil no es aplicable en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, de conformidad con lo instituido inicialmente en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, norma remplazada por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007. En este entendido, Narváez Bonet (2011) puntualiza:

Este es un aspecto que mayores inquietudes ha despertado; la función de garantía que es propia de los seguros de cumplimiento amerita un tratamiento diferente respecto de la regulación aplicable a la generalidad de los seguros en esta materia. De conformidad con lo establecido en el numeral 19, del artículo 25 de la ley 80 de 1993, al referirse las garantías propias de la contratación estatal, resulta diáfano que no procede la revocación unilateral de este tipo de amparos. (p. 174)

La procedencia de la revocatoria unilateral del seguro de cumplimiento por parte de la compañía aseguradora implica la precariedad de la garantía de cumplimiento, ante lo cual las entidades estatales podrían verse huérfanas del amparo en cualquier momento, razón suficiente para estimar adecuada y proporcional esta condición, con el fin de preservar a este seguro la eficacia y finalidad para el cual es expedido.

La doctrina especializada es coincidente en admitir la no procedencia de esta condición de irrevocabilidad en el seguro de cumplimiento, así lo reconoció Díaz-Granados Ortiz (1995) al señalar:

El contrato de seguro por regla general señalada en el art. 1071 del Código de Comercio es revocable por cualquiera de las partes, admitiéndose la posibilidad de que se pacte la irrevocabilidad. El seguro de cumplimiento, sin embargo, no se sujeta a tal regla por cuanto la doctrina es unánime en sostener que por tratarse de una garantía el acreedor de la obligación garantizada requiere tener certeza sobre la permanencia de la misma, lo cual explica que la irrevocabilidad se predique de este tipo de seguros. (p. 56)

Valga decir además que esta es una de las características que permiten asimilar el seguro de cumplimiento a la fianza (Galindo, 2011), en la cual no es procedente la terminación, a menos que medie autorización del acreedor⁵², sin embargo sea que se le asimile no a la figura de la fianza, lo cierto que al tener este seguro la condición de garantía de cumplimiento de obligaciones personales, resulta incongruente la revocación unilateral del garante, sin que por ello se desnaturalice la condición de seguro que ostenta.

4.3. Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros.

⁵² *Código Civil. Artículo 2406.* Causales de extinción de la fianza. La fianza se extingue en todo o parte, por los mismos medios que las otras obligaciones, según las reglas generales, y además: 1. Por el relevo de la fianza en todo o parte, concedido por el acreedor al fiador. 2. En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse. 3. Por la extinción de la obligación principal en todo o parte.

Establece el artículo 134 del Decreto 1510 de 2013 que la compañía de seguro no puede oponer a la entidad estatal, excepciones derivadas de la conducta del tomador⁵³, es decir que, tratándose de esta clase de seguros no opera el *principio de comunicabilidad de las excepciones* consagrado en el artículo 1044 del Código de Comercio⁵⁴

El principio de comunicabilidad de las excepciones brota cuando diferentes personas ostentan las posiciones de tomador y asegurado, así lo señalan Bustamante Ferrer y Uribe Osorio (1996) al analizar esta norma, “en cuanto a la segunda parte, si el tomador es distinto del asegurado, obra como su representante o a su nombre, por lo cual es claro que le pueden ser opuestas las excepciones alegables contra el tomador” (p. 54).

En efecto, el contenido de esta norma implica que la aseguradora pueda oponer al tomador o al asegurado las mismas excepciones indistintamente y sin atención a la persona que generó el hecho u omisión oponible, Ordóñez (2008b) lo explica en los siguientes términos:

El principio de la comunicabilidad de las excepciones es un mecanismo de protección a la parte aseguradora que puede explicarse como un reflejo del

⁵³ Decreto 1510 de 2013. Artículo 134. *Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros*. La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista.

⁵⁴ Código de Comercio. Artículo 1044. *Posición y Excepciones*. Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser éstos distintos de aquél, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador.

principio de unidad del contrato de seguro, con el objeto de preservar las defensas del asegurador, particularmente frente a los vicios que pudieren haber acompañado al contrato en el momento de su celebración, y frente al incumplimiento eventual de las obligaciones y cargas que la ley impone a la parte asegurada. (p.65)

De conformidad con este principio, el asegurador puede oponer al asegurado, excepciones derivadas de las inexactitudes y reticencias del tomador, al asegurado o beneficiario reclamante de la indemnización.

La reticencia o inexactitud en la declaración del estado del riesgo sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del contrato de seguro de conformidad con lo reglado en el artículo 1058 del Código de Comercio. No obstante lo anterior, en materia de garantía de cumplimiento, esta consecuencia no opera, tal como lo explica Narváez Bonet (2011):

Con respecto a la *inaplicabilidad o la inoperancia de la reticencia e inexactitud* al seguro de cumplimiento, es claro que en este tipo de amparos, en virtud de la naturaleza y función que éste cumple, no le es oponible al asegurado respecto de la declaración del estado del riesgo efectuada por el tomador (art. 1058 C. de Co.), lo cual es consecuente con la inoponibilidad de excepciones al asegurado provenientes o derivadas de hechos o circunstancias que hubiera podido oponer el tomador (art. 1044 C. de Co.). Ante esta circunstancia cobra especial importancia la obligación de auto-información por parte del asegurador y la

necesidad indiscutible de evaluar con extrema rigurosidad los distintos componentes del riesgo bajo este tipo de amparos. (p. 173)

Son varios los reparos que pueden hacerse a la aplicación del artículo 134 del Decreto 1510 de 2013, en primera medida porque como recién se explicó el principio de comunicabilidad de las excepciones establecido en el artículo 1044 del Código de Comercio opera cuando las posiciones de tomador, asegurado y beneficiario no coinciden en una misma persona; en principio encontramos que ese supuesto fáctico se da en los seguros de cumplimiento de contratos estatales.

Sin embargo tal como se explicó anteriormente, la entidad estatal en el seguro de cumplimiento no actúa como un tercero independiente o ajeno a la contratación del seguro, por el contrario además de la ser la titular del riesgo asegurable es la que determina las condiciones en que debe otorgarse el seguro, y además emite aprobación del amparo otorgado, como requisito de ejecución del contrato estatal, lo que ha llevado a afirmar mayoritariamente a la doctrina especializada y a un sector de la jurisprudencia, que la entidad estatales debe ser la tomadora del seguro de cumplimiento.

Por lo tanto, si se parte de la validez de dicha hipótesis, no podría darse aplicación al artículo 134 del Decreto 1510 de 2013, toda vez que al ser la entidad estatal tomadora, asegurada y beneficiaria del seguro de cumplimiento del contrato estatal, le serían plenamente oponible, por parte de la compañía aseguradora, las excepciones derivadas de inexactitudes o reticencias en la declaración del estado del riesgo, en el entendido que,

como tomadora del seguro no es ajena al deber precontractual de declarar de manera detalla, completa y exacta del alcance del riesgo asegurado cuya titularidad ostenta.

Ahora bien, si por el contrario se admite que en el seguro de cumplimiento el tomador, contratista afianzado, y el asegurado contratante, son roles representados por personas distintas, condición para que opere el principio de la comunicabilidad de las excepciones, no se comparte de igual forma en esta hipótesis, la condición establecida por el artículo 134 del Decreto 1510 de 2013.

El principio establecido en el artículo 1044 del Código de Comercio debería ser procedente y aplicarse, salvo pacto en contrario, en el seguro de cumplimiento del contrato estatal, toda vez que este busca preservar el equilibrio de las condiciones del seguro; la declaración del estado del riesgo, permite a la compañía calcular el alcance del aseguramiento y por ende el monto de la prima, por ello, de presentarse reticencias o inexactitudes al declarar el mismo, debe producirse la nulidad del seguro, tal como se consagra en el artículo 1058 del Código de Comercio. El no permitirlo así, estaría llevando a las compañías de seguros a asumir riesgos que no fueron debidamente declarados ni conocidos al momento de celebrar el contrato, lo cual rompe la naturaleza del seguro.

4.4. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad.

De conformidad con el artículo 132 del Decreto 1510 de 2013 en los seguros de cumplimiento de contratos estatales, no podrá pactarse cláusula proporcional u otra similar, y su pacto en caso de darse, no producirá ningún efecto⁵⁵.

⁵⁵ Decreto 1510 de 2013. Artículo 132. *Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad.* En el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad

La regla proporcional está establecida en los casos de infraseguro, cuando el valor asegurado no coincide con el valor del interés asegurable, y cobra vigor necesariamente en los eventos de siniestro parcial, caso en el cual, en virtud de esta tasación, el asegurador solamente estará obligado a indemnizar a prorrata, entre la suma asegurada y el valor real del interés asegurable⁵⁶. Vale decir que, ante siniestros por pérdida total, el límite de la indemnización siempre está dado por el monto del valor asegurado, ya sea que estemos en el evento de un infraseguro o no. Esta regla se expresa en la siguiente fórmula:

$$PI = \frac{VP \times VA}{VR}$$

En la cual PI pérdida indemnizable es la suma a indemnizar por parte del asegurador, VP es el valor de la pérdida, VA es el valor asegurado y VR es el valor real de interés asegurable (Ossa Gómez, p. 226).

En un ejemplo tendríamos que un bien asegurado en la suma de 80 millones, sufre una pérdida de 50 millones, pero su valor real es de 100 millones, en este caso la indemnización no será los 50 millones de la pérdida, sino que será la suma de 40 millones, resultantes de la aplicación de la fórmula planteada.

y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno.

⁵⁶ *Código de Comercio Colombiano*. Artículo 1102

$$40 = \frac{50 \times 80}{100}$$

Lo ideal de un contrato de seguros es que se dé el seguro pleno, es decir que haya plena concordancia entre el valor del interés asegurable y la suma asegurada, sin embargo esta situación constituye un paradigma, que en la práctica con frecuencia no se presenta (Veiga, 2010, p.173).

Esta regla esta erigida como principio autónomo en el derecho de seguros, su aceptación es universal, ya que responde a fundamentos técnico jurídicos; no obstante su aplicación práctica genera toda clase de suspicacias y resistencias, lo que se debe en gran parte al desconocimiento de los elementos en los que se fundamenta (Ossa Gómez, 1991, p.227).

Uno de los principios en que se fundamenta la regla proporcional, es que el seguro debe amparar la totalidad del objeto asegurado y no solo una parte de él, de no ser así ante la ocurrencia de un riesgo, no sería justo asumir que este recaerá sobre la parte asegurada, ni sobre la parte no asegurada, de ahí la aplicación de la regla proporcional. Otro fundamento de la aplicación de esta regla, es que al asegurar un bien por menos de un valor real, se acepta asumir el riesgo sobre la parte no asegurada, como en un coaseguro, ante lo cual si se aceptó participar del riesgo de igual forma se debe participar de la pérdida, en aplicación de la regla proporcional (Ossa Gómez, 1991, p.228).

Además de lo anterior, este mismo autor (1991) destaca la relación necesaria entre riesgo asegurado y prima, toda vez que la segunda se calcula con base en el primero, siendo esta relación directamente proporcional, es decir a mayor riesgo, mayor será el valor de la prima; con lo cual una persona que asegura por el valor total del interés no puede recibir igual indemnización en caso de siniestro parcial, que otra persona que ante el mismo riesgo asegura sólo parcialmente, toda vez que la primera ha pagado la totalidad de la prima, mientras que la segunda pago sólo una parte de ella.

Esta regla opera *ipso jure*, con fundamento en el artículo 1102 del Código de Comercio, aun cuando no se pacte expresamente en el contrato, siendo posible acordar su no aplicación; sin embargo su aplicación en los seguros de cumplimiento de contratos estatales está prohibida, a pesar de que el monto de los amparos exigidos en estas garantías usualmente es solo un porcentaje al valor total del contrato, excepto en el amparo de buen manejo de anticipo y de pago anticipado⁵⁷.

López Blanco (2010), al tratar el tema del infraseguro y la regla proporcional, afirma que ésta no procede en los seguros patrimoniales, dentro los cuales está el de cumplimiento, ante la imposibilidad de determinar con exactitud el monto de interés asegurable:

A los denominados seguros patrimoniales en ramos tales como responsabilidad civil y su derivado de cumplimiento, se les puede aplicar la misma regla anterior, o sea que no se podrá alegar respecto de valores asegurados que en ellos se fijen la

⁵⁷ *Ibidem*. Artículo 121.

posibilidad de que estén por debajo o por encima de la realidad, debido al carácter incierto que presenta el monto del daño que eventualmente pueda ser objeto de indemnización, que si depende de múltiples variables que impiden el señalamiento exacto que si es predicable de otros bienes. (p.231)

Narváez Bonet (2011) al referirse al seguro de cumplimiento de contratos estatales, expresamente reconoce la inoperancia de cláusula de proporcionalidad, en los negocios jurídicos de ésta estipe, así:

A la garantía única le es inaplicable la *cláusula de proporcionalidad* o cualquier otra que pretenda una finalidad similar. Este tipo de estipulaciones consagran que, si bien el valor asegurado representa el importe máximo de los perjuicios a cargo de la aseguradora, en caso de incumplimiento parcial del contrato por parte del contratista afianzado o garantizado, la responsabilidad de la aseguradora no excederá del mismo porcentaje o proporción que represente el incumplimiento respecto de la obligación garantizado. (p.345)

Isaza Pose (2007) al estudiar la procedencia de la cláusula de proporcionalidad en el seguro de cumplimiento parte de la naturaleza aseguraticia de esta figura, la cual enmarca dentro de los seguros de daños patrimoniales, manifestándose en contra de la aplicación de la cláusula proporcional en este tipo de seguros, aun el celebrado entre particulares, toda vez que su aplicación en la garantía de cumplimiento, puede tornar inane el amparo otorgado; es así como afirma:

Esto trae como consecuencia que, cuando se aplica la cláusula proporcional en los eventos de cumplimiento parcial de la obligación, el acreedor pueda verse abocado a una situación en la que carece de garantía o esta resulta irrisoria, de cara al valor total de los perjuicios realmente sufridos. Adicionalmente, cabe anotar que la finalidad de todo seguro es amparar y proteger a quien resulte patrimonialmente perjudicado con la realización de un riesgo previsto en el contrato. Con la aplicación de la cláusula proporcional en los contratos de seguro de cumplimiento se priva al acreedor beneficiario de la garantía con que era su intención contar en virtud de la póliza. (p. 199)

En efecto se considera que en los seguros de cumplimiento de contrato estatal no procede la aplicación de la cláusula proporcional, no por los argumentos esbozados por los autores citados, referido a la dificultad de calcular el monto del interés asegurable, ya que este podría tasarse en el valor total del contrato garantizado, ni porque con su aplicación la indemnización correspondiente puede ser irrisoria, toda vez que en este el tomador al dejar descubierto de garantía parte del interés asegurado acepta asumir parte de la pérdida.

Los valores asegurados para cada amparo en el seguro de cumplimiento según se vio los determina cada entidad teniendo como límites los porcentajes mínimos de aseguramiento señalados en el reglamento para cada amparo, es decir la entidad estatal, al señalar que por ejemplo el amparo de cumplimiento será del 10% del valor del contrato y que el amparo de calidad de bienes suministrados será del 20% del valor del contrato, realiza una estimación anticipada de valor de los perjuicios que eventualmente se darían en caso de incumplimiento.

Es de anotar que el objeto del seguro de cumplimiento de contratos es resarcir los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista afianzado, en ese sentido la entidad estatal establece anticipadamente de acuerdo con cada riesgo lo montos de los valores asegurados de cada amparo, sumas que se asumen como el valor total de los perjuicios que se sufrirían en caso de siniestro, valores que son aceptados por la entidad estatal y por la compañía aseguradora.

Ocurre en estos casos entre asegurador y tomador un acuerdo de aceptación de las sumas pactadas como valores asegurados, similar al que se da en las *pólizas de valor tasado*, en las cuales se da una valoración anticipada del daño, debido a la dificultad que ofrece cuantificar de manera indiscutible el interés asegurado, sin que esto implique un desconocimiento al principio indemnizatorio, Veiga (2010) describe estas pólizas de valor tasado en los siguientes términos:

Las partes acuerdan y estiman en el momento de la perfección del contrato de seguro o en uno ulterior pero en todo caso anterior a la producción del siniestro, el valor del interés –valor final– que se tomará como cálculo para la indemnización en el momento de verificarse el siniestro. Aseguradora y tomador fijan un valor final tasado. Pero tales pactos no significan eludir ni contrarrestar la causa resarcitoria. (p.182)

A juicio del mismo autor en las pólizas de valor tasado o pactado no se aplica la regla proporcional, toda vez que el valor pactado excluye el infraseguro, requisito de procedencia de la regla de proporcionalidad; esta es la razón por la que se estima que la cláusula proporcional no opera en los seguros de cumplimiento de contrato estatal, puesto

que en éstos, la entidad estatal tasa anticipadamente el valor máximo de daño por cada riesgo, y al tomar esa suma como valor total del interés asegurado no es posible hablar de infraseguro ni por tanto de regla proporcional.

Ossa Gómez (1991) al estudiar la suma asegurada en los seguros patrimoniales reconoce que en los seguros patrimoniales la suma asegurada es pactada libremente por los contratantes afirmando que “la suma asegurada cumple, por tanto, su función como base para la determinación de la prima y como “límite máximo” de la indemnización en caso de siniestro” (p.150); excluyendo de ellos el fenómeno del sobreseguro y por ende se considera que también el infraseguro.

En ese sentido Zornosa (2009), al estudiar el tema se manifestó de acuerdo con la prohibición de incorporar la cláusula de proporcionalidad u otra similar, atendiendo a la lógica sobre la cual el valor asegurado en los seguros de cumplimiento nunca se establece por el valor total de contrato, toda vez que son remotas las posibilidades de un incumplimiento total del contrato estatal.

Finalmente importa considerar que el artículo 15 establece (numeral 15.3) la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad por virtud de la cual se había convertido en una práctica incorporar una estipulación que permitía la reducción de la indemnización cuando el incumplimiento era parcial, lo cual no guardaba ninguna lógica si se tiene en cuenta que el valor asegurado del amparo de cumplimiento nunca se contrata por el valor del cien por ciento del contrato; como siempre se han considerado muy remotas las posibilidades de una pérdida total; las

reglamentaciones siempre han recomendado un mínimo de valor asegurado de diez por ciento para este amparo. (Zornosa, 2009, p.390)

Por su parte Deik Acosta- Madiedo (2009) al estudiar la garantía de seriedad de la oferta, la cual comparte la misma naturaleza de la garantía de cumplimiento, consideró que la regla proporcional consagrada en el artículo 1102 del Código de Comercio, no es aplicable en el seguro de seriedad de la propuesta, toda vez que el valor asegurado es equivalente a la tasación anticipada de los perjuicios ocasionados por la no suscripción del contrato, por lo cual en caso de presentarse el incumplimiento, este siempre será total, y la indemnización deberá ser por el monto total asegurado.

Es así como manifestó, “A estos efectos no resulta aplicable la norma del infraseguro prevista en el Código de Comercio (artículo 1102), según la cual cuando no se haya asegurado el valor íntegro del interés el asegurador sólo indemnizará el daño a prorrata.” (Deik Acosta-Madiedo, 2009, p.14).

5. El siniestro en el seguro de cumplimiento del contrato estatal.

Según el artículo 1072 del Código de Comercio, el siniestro es la realización del riesgo asegurado. El siniestro está íntimamente relacionado a la noción de riesgo, en el sentido que este debe existir como elemento esencial del contrato y su acaecimiento da origen a la obligación condicional de la aseguradora.

El profesor Jaramillo (2013) explica esta relación entre riesgo y siniestro, con las siguientes palabras:

Riesgo y siniestro, de vieja data, son dos expresiones y dimensiones que, en el seguro, se entrelazan armónicamente y frecuentemente, al punto que, en potencia – o *in eventum*-, están o pueden estar llamadas a formar una unidad indisoluble, en concreto cuando el riesgo abandona su estado arquetípico de latencia para transformarse en resultado, en realidad fáctica que, como tal trasciende en el ámbito material y, de suyo, en la esfera jurídica [opus]. (p.260)

En materia de seguro de cumplimiento de contratos estatales se ha concluido que el siniestro lo constituye el acto administrativo que declara la ocurrencia del riesgo y que ordena efectivizar la garantía otorgada (Narváez, 2011, p. 274).

Mendoza y Vargas (2009, p.186) resaltan que el siniestro se cristaliza con la expedición del acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia del riesgo, el cual debe ser notificado y quedar ejecutoriado para su pago efectivo.

En efecto el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, reglamenta la forma de hacer efectivas las garantías, señalando que constituyen el siniestro, el acto administrativo que declare la caducidad, el acto administrativo que impone la imposición de multas y el acto administrativo que declare el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal, si fue pactada, en el mismo sentido se leen los artículos 18 de la Ley 80 de 1993 y 7 de la Ley 1150 de 2007.

Es decir que, en tratándose de la garantía única de cumplimiento, la ocurrencia del siniestro no se agota con el hecho fáctico de realización del riesgo asegurado, sino que este se constituye con la expedición del acto administrativo que así lo declara.

Por su parte Zornosa (2009) critica la necesidad de expedición del acto administrativo para la declaratoria del siniestro, en los siguientes términos:

La redacción de la norma sólo devela el desconocimiento de las regulaciones propias del contrato de seguro de las que se deduce, sin lugar a dudas, que el siniestro, como realización del riesgo asegurado, es un fenómeno de carácter fáctico, cuyas constitución y existencia – salvo para el caso de la multa- no puede hacerse depender de un acto administrativo proferido por la administración. (p.389)

El Consejo de Estado sobre la prerrogativa de la entidad estatal para declarar el siniestro, en sentencia de 22 de abril de 2009 manifestó:

La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual. En relación con las

prerrogativas que posee la Administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador, toda vez que tal reclamación se suple a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantía sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente.⁵⁸

Conforme a lo expuesto se tiene la entidad estatal goza de una ventaja, al momento de hacer efectiva la garantía de cumplimiento, para la cual se requiere la expedición del acto administrativo que declare el siniestro, acto administrativo que emana de la voluntad unilateral de la administración, pero que debe tener como fundamento el supuesto fáctico de la realización del riesgo, esto es el hecho mismo del incumplimiento en cualquiera de los amparos otorgados. Este acto administrativo una vez expedido se presume válido, y al ser notificado puede ser objeto de control en vía gubernativa y judicial.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (Sentencia del 22 de abril de 2009). Radicación190012331000199409004-01. Número interno 14667. C. P. Myriam Guerrero de Escobar.

Conclusiones

El seguro de cumplimiento encuentra su génesis en la Ley 225 de 1938, y el Código de Comercio en su artículo 1099. Éste tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del contratista afianzado.

No es reciente la discusión planteada en torno a la naturaleza jurídica del mismo, partiendo de su similitud, al menos en cuanto a su finalidad, con la figura de la fianza, existiendo tres tesis que buscan definir su naturaleza, la que lo equipara a este contrato civil, la que lo considera un contrato de seguro y una tercera posición o tesis ecléctica que lo considera un seguro con elementos especiales.

Esta tercera posición, se considera la más acertada, puesto que en el seguro de cumplimiento preexisten los elementos esenciales de todo contrato de seguro a saber, riesgo asegurable, interés asegurable, prima y obligación condicional del asegurador, además este es otorgado por compañías de seguro legalmente constituidas y debidamente autorizadas para explotar ese ramo.

El interés que le asiste al Estado de preservar la correcta inversión de los recursos ejecutados a través de contratos, lo llevó a establecer como obligatorias la constitución de garantías, que amparen a las entidades estatales de los perjuicios que se puedan derivar por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y que puedan causar una afectación al patrimonio público. En tal sentido, el legislador ha erigido taxativamente las clases de garantías que se pueden constituir, y las formas y condiciones en que estas son expedidas.

El seguro de cumplimiento otorgado como garantía de cumplimiento del contrato estatal, comporta unas características que lo distancian, por lo menos en algunos aspectos del contrato de seguro tradicional, siendo que, su expedición ha sido regulada de manera especialísima, estableciéndose aspectos como los amparos y valores asegurados, condiciones de expedición y mecanismos para hacer efectiva la garantía en caso de siniestro.

En este contrato interviene el contratista afianzado, quien suscribe el seguro, la entidad estatal asegurada y titular del interés asegurable y la compañía aseguradora que asume los riesgos, no obstante ello la doctrina especializada ha afirmado mayoritariamente, que la entidad estatal, es y debería ser la tomadora del seguro, ya que además de ser la titular del interés asegurable y la que soporta el riesgo de incumplimiento, incide directamente en la contratación del mismo, al señalar las condiciones con las cuales debe expedirse el seguro y emite aprobación, por el contrario, el contratista enfrenta limitaciones para actuar como tomador del seguro, puesto que de su conducta exclusiva depende la realización del riesgo, siendo que el artículo 1055 de nuestra ley comercial no permite el aseguramiento de actos meramente potestativos del tomador o asegurado.

El hecho de considerar que la entidad estatal actúa como tomadora del seguro, permite afirmar que este ostenta también la naturaleza de contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sumando la protección del interés público que subyace en estos contratos, los cuales están sometido a un régimen mixto, que combina normas del Código de Comercio y del Estatuto de Contratación administrativa; además de ello, su perfeccionamiento necesariamente debe darse en la forma escrita que

acompaña a todos los contratos estatales, la que se requiere para la aprobación de la misma por parte de la entidad estatal.

El seguro de cumplimiento vertido en la forma de garantía única, se compone de diversos amparos, establecidos en atención a los riesgos a los que está expuesta la entidad ante el incumplimiento del contratista, estos amparos son buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento del contrato, pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, estabilidad y calidad de la obra y calidad del servicio, calidad y correcto funcionamiento de los bienes; además de estos se puede exigir los que la entidad estatal, estime a su arbitrio que puedan surgir, en atención a la naturaleza y objeto del contrato.

Las condiciones especiales establecidas para la expedición de la garantía son la no aplicación de la terminación automática del seguro por mora en el pago de la prima, la no revocación unilateral, la no aplicación del principio de comunicabilidad de las excepciones y la inaplicabilidad de la cláusula proporcional u otra similar, condiciones que en caso de ser pactadas se tendrán por no escritas, siendo que las mismas van en contravía de disposiciones establecidas en la legislación comercial como normas de carácter técnico que buscan mantener el equilibrio de las condiciones del contrato.

La prohibición de terminación por mora en el pago de la prima es una condición que implica un desequilibrio en las condiciones del seguro de cumplimiento, a favor de la entidad estatal, quien está facultada para hacer efectiva una garantía, con independencia de si la compañía aseguradora recaudó la prima pactada como contraprestación por la garantía

otorgada. No obstante lo anterior, se concluye que esta condición de no terminación automática por mora en el pago de la prima del seguro de cumplimiento del contrato estatal, se justifica en atención al interés general de protección de recursos públicos; sin embargo se estima que se deben prever mecanismos para garantizar el recaudo de la prima por parte del asegurador, para garantizar a las aseguradoras la contraprestación por el amparo otorgado, en atención a la función e importancia de la prima en el cumplimiento de las obligaciones del asegurador.

Por su parte la prohibición de revocación unilateral, se considera adecuada con el fin de preservar a este seguro la eficacia y finalidad para el cual es expedido, toda vez que permitir a la compañía aseguradora revocar en cualquier momento el amparo otorgado, significa que las entidades estatales podrían verse huérfanas de protección en cualquier momento de la ejecución del contrato, haciendo de esta una garantía precaria e ineficaz para la entidad contratante. La facultad de revocación unilateral por tanto es incompatible con el seguro de cumplimiento de contratos, aun el celebrado entre particulares, sin que esta incompatibilidad le reste vocación aseguraticia, puesto que los elementos esenciales del contrato de seguro subsisten en el mismo.

El principio de comunicabilidad de las excepciones establecido en el artículo 1044 del Código de Comercio, opera en los casos en el cual las posiciones de tomador y asegurado- beneficiario se encuentran en cabeza de distintas personas, y permite a la compañía aseguradora oponer excepciones, derivadas de la conducta del tomador, no obstante según el artículo 134 no le es dable a la compañía de seguro oponerse a las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del

seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista.

Se ha establecido que la aplicación de esta condición comporta algunas dificultades, en primer lugar, si se parte de la hipótesis que la entidad estatal es tomadora, asegurada y beneficiaria del seguro de cumplimiento del contrato estatal, ante lo cual le serían plenamente oponible por parte de la compañía aseguradora las excepciones derivadas de inexactitudes o reticencias en la declaración del estado del riesgo, toda vez que como tomadora del seguro no es ajena al deber precontractual de declarar de manera detallada, completa y exacta del alcance del riesgo asegurado cuya titularidad ostenta.

Ahora bien si por el contrario se admite que en el seguro de cumplimiento el tomador, contratista afianzado, y el asegurado contratante, son personas distintas, el principio establecido en el artículo 1044 del Código de Comercio debería ser procedente y aplicarse, salvo pacto en contrario, en el seguro de cumplimiento del contrato estatal, toda vez que este busca mantener el equilibrio de las condiciones del seguro; la declaración del estado del riesgo, permite a la compañía calcular el alcance del aseguramiento y por ende el monto de la prima, por ello de presentarse reticencias o inexactitudes al declarar el mismo, debe producirse a la nulidad del seguro, tal como se consagra en el artículo 1058 del Código de Comercio, el no permitirlo así se estaría llevando a las compañías de seguros a asumir riesgos que no fueron debidamente declarados ni conocidos al momento de celebrar el contrato.

En lo relativo a la inaplicabilidad de la cláusula proporcional u otra similar, se ha estimado que esta no tiene lugar en el seguro de cumplimiento del contrato estatal, toda vez que en estos seguros que tienen por objeto garantizar el pago de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de las obligaciones del contrato, en tal sentido, los valores asegurados de cada amparo, son establecidos por la entidad estatal como una tasación anticipada del perjuicio máximo que puede soportar por cada riesgo, valores que son aceptados por la compañía aseguradora, de manera similar a lo que ocurre en las *pólizas de valor tasado o pactado*.

Esta forma de fijación de los valores asegurados en cada amparo de cumplimiento, excluye la existencia del fenómeno del infraseguro, puesto que dichos valores pre acordados se tendrán como límite máximo de indemnización en cada caso, exceptuándose de esta forma la aplicación de la fórmula de la regla proporcional, por considerar que el interés asegurable se encuentra asegurado en su integridad; por lo tanto en estos casos la prohibición de pactar la cláusula proporcional no afecta el equilibrio del contrato de seguro, además que la norma que la consagra permite pactar contrario a esta.

No obstante lo anterior, se reconoce la validez de la opinión de autores que excluyen la aplicación de esta regla por la dificultad de calcular el monto interés asegurable en los seguros patrimoniales, y porque con su aplicación la indemnización correspondiente puede ser irrisoria, restándole eficacia al amparo de cumplimiento.

Por otra parte en el seguro de cumplimiento la ocurrencia del siniestro también tiene una regulación especial, toda vez que el mismo no se agota con la ocurrencia fáctica

de la realización del riesgo, es decir con el hecho del incumplimiento en sí mismo, sino que debe ser declarado mediante acto administrativo por parte de la entidad estatal, acto que se considera declarativo y constitutivo de siniestro y que hace las veces de reclamación ante la aseguradora, siendo que además de declarar el incumplimiento, cuantifica el perjuicio y ordena hacer efectivas las garantías vigentes. Éste acto administrativo puede ser objeto de control tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

La características y finalidades del seguro de cumplimiento del contrato estatal, lo hacen incompatible con algunas normas técnicas establecidas en la legislación comercial, además, se han previsto condiciones especiales para su expedición las cuales no pueden ser objeto de modificación por las partes, algunas de éstas implican un favorecimiento para la entidad estatal en desmedro de la compañía de seguro, quien puede verse obligada a asumir riesgos que no fueron debidamente declarados en su extensión, o por los cuales no ha recibido la contraprestación esperada, denominada prima, lo cual rompe con el equilibrio de las condiciones del contrato de seguro.

No se discute que el legislador está facultado para establecer condiciones especiales para la expedición y ejecución de contratos considerados por algunos verdaderos contratos estatales, que responden a un interés público, cual es el de garantizar la correcta inversión de los recursos ejecutados a través de contratos; ese interés permite admitir como válidas condiciones particulares que garanticen la efectividad de las garantías de cumplimiento otorgada a través de contratos de seguros, sin embargo estas deben guardar la proporcionalidad adecuada en aras de no generar un desequilibrio marcado en contra de las compañías aseguradoras, cuya actividad se rige por fórmulas de explotación en masa, para

lo cual es apenas esencial el conocimiento exacto del estado de riesgo y el efectivo recaudo del valor del seguro.

Huelga también concluir que en la regulación del seguro de cumplimiento expedido a favor de entidades estatales confluyen diversas normas jurídicas de carácter comercial y privado, como administrativo, lo que lo hace titular de un régimen mixto, especial o *sui generis* y que en el caso de los particulares requiere una regulación integral y expresa.

La regulación excepcional otorgada por el legislador a los seguros de cumplimiento del contrato estatal, encuentra su justificación en el interés público que la inspira y en la finalidad fortalecer la garantía misma, pretendiendo así que no se desvirtúe su cometido teleológico; no obstante se debe tener especial cuidado al establecer condiciones que graven marcadamente la posición de la compañía de seguro quien eventualmente podría verse obligada a responder por riesgos que no fueron objeto de una declaración detallada, exacta y completa, con posibilidades limitadas de defensa y ante una entidad estatal que goza amplias de prerrogativas para hacer efectiva las garantías otorgadas.

Lista de referencias.

Doctrinales

- Arrubla J. (1995). *Contratos mercantiles* (7ª.ed., t. I). Medellín: Biblioteca Jurídica.
- Baeza S. (1981). *El Seguro*. Santiago De Chile: Editorial Universitaria.
- Barbato N. y Meilij G. (1975). *Tratado de derechos de seguros. Contrato de seguro-seguros de daños*. Rosario: Zeus Editora.
- Barrera C. (1991). *Los seguros y el derecho civil. Facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas. Colección profesores 2*. Bogotá: Universidad javeriana.
- Bohórquez, A. (2013). *De Los Negocios Jurídicos En El Derecho Privado Colombiano. Generalidades Contractuales* (2a.ed., Vol. 2), Bogotá, Colombia: Editorial Doctrina y Ley LTDA.
- Bustamante Ferrer J. y Uribe Osorio A. (1996). *Principios Jurídicos del Seguro*. (3ª.ed.). Bogotá. Editorial Temis.
- Cabanzo A. (1987). *El Seguro De Cumplimiento*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Camacho J. (1994). *El Seguro de Caución, Estudio Crítico*. Madrid: MAPFRE, S. A.
- Colin A. y Capitant H. (1955). *Curso Elemental De Derecho Civil*. (3ª.ed.). Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Deik Acosta-Madiedo, C. (2009). Garantía de seriedad de la oferta: Contrato privado con elementos "extraños" a dicho régimen. *Revista de Derecho Privado* , 15. Bogota: Universidad de los Andes.

Díaz-Granados Ortiz J. (1995). *Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Bogotá: Colombo Editores.

_____. (2012). *El seguro de Responsabilidad*. (2ª.ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.

Encuentro Nacional Fasecolda. (1984). *El Seguro de Cumplimiento*. Pereira.

Flórez S. (1982). *Estudios De Derecho Comercial. El Contrato De Seguro*. Bogotá: Editorial Derecho Y Ley.

Galindo H. (2011) *El seguro de fianza, garantía de cumplimiento*. (2ª.ed.). Colombia: Legis S.A.

Garrigues J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil. Contrato de Seguro*. (7a.ed., t. IV). Bogotá: Editorial Temis.

Giraldo A., Caicedo C. y Madriñán R. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Editorial Legis.

Gómez, C. (2010). *Teoría del contrato*. Medellín: Universidad de Medellín.

Guechá C. (2010). *Contratos Administrativos Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación*. (2ª.ed.). Bogotá: Editorial Ibáñez- Universidad Santo Tomás

Isaza Pose (2007). Seguro de Cumplimiento entre particulares. Cláusula de Proporcionalidad. En: *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*. Número. 15. p.183-202

Jaramillo, C. (1986). *Estructura de la forma del contrato de seguro*. Bogotá: Editorial

TEMIS S.A

- _____. (2010). *Derecho de Seguros*. (t. II). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana – Temis.
- _____. (2010). *Derecho de Seguros*. (t. IV). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana – Temis.
- _____. (2011b). Perfeccionamiento y prueba del Contrato de Seguro. *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros*, 20 (34), p.01-61.
- Jaramillo P. (2007). *Seguros temas esenciales*. (3a.ed.), Bogotá, Colombia: ECOE Ediciones.
- Laguado, C. (2003). Condiciones Generales, Cláusulas abusivas, y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Revista Vniversitas*, (105), p.231-251.
- López, B. (2010). *Comentarios al contrato de seguros*. (5a.ed) Bogotá, Colombia: Duprée Editores.
- Lozada E. (1992). *La Fianza Como Garantía Civil*. (1ª.ed.). Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez Ltda.
- Mendoza Vargas J. Y García Echeverri C. (2009). *El seguro de cumplimiento y la contratación pública*. Bogotá: Leyer.
- Narváez Bonet J. (2011). *El Seguro De Cumplimiento de contratos y obligaciones*. Bogotá: Ibáñez.
- _____. (2011). Análisis crítico del principio indemnizatorio en los seguros de daños. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*. Volumen 20, p.130-174.
- Ordóñez A. (1998). *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- _____. (2008a). *Lecciones de derecho de seguros N°1: Cuestiones generales y caracteres del contrato*. Bogotá- Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2008b). *Lecciones de derecho de seguros N°2: Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá- Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2011). *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*. Bogotá- Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ossa J. (1991). *Teoría General del Seguro-El contrato*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Palacios, F. (2007) *Seguros Temas Esenciales*. Bogotá, Colombia: ECOE.
- Peña, L. (2010). *Contratos Mercantiles, Nacionales e Internacionales*. (3ª.ed) Bogotá- Colombia: Temis S.A.
- Solano J. (2010). *Contratación Administrativa*. (4ª.ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Rakof, T. (2006). Contratos de adhesión: Una reconstrucción teórica. *Revista De Derecho Privado*, 18 (37), p.01-92.
- Stiglitz R. (2010). *Temas de Derecho de Seguros*. Pontificia Universidad Javeriana, *Colección Internacional N°23*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Venegas A. (2004). *Constitución Política de 1991 y Derecho de Seguros*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Veiga Abel (2010). *Caracteres y elementos del contrato de seguro, Póliza y clausulado*. Medellín: Díké.

_____. (2012). *Los principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Zornosa H. (2009). *Comentarios a la garantía única de cumplimiento y al régimen de los intermediarios de seguros en las nuevas normas sobre contratación estatal. Contratación Estatal: Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Zuleta B. (1981). *El contrato de seguro en el nuevo código de comercio*. Bogotá: Editorial Temis.

Zuleta F. (1994). *Mecánica procesal del contrato de seguro*. Bogotá: Editorial Dintel Ltda.

Jurisprudenciales

Corte Constitucional, (Sentencia T-189 de 12 de mayo de 1993), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, (Sentencia C-542 de 24 de noviembre de 1993), Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, (Sentencia T-231 de 13 de mayo de 1994), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, (Sentencia T-057 de 20 de febrero de 1995), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, (Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996). Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, (Sentencia C- 232 de 15 de mayo de 1997), Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, (Sentencia C-802 de 16 de junio de 1998), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, (Sentencia C-452 de 10 de junio de 1999), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, (Sentencia C-269 de 28 de abril de 1999), Magistrado Ponente: María Victoria Sáchica de Moncaleano.

Corte Constitucional, (Sentencia C-118 de 10 de febrero de 2000), Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, (Sentencia C-384 de 5 de abril de 2000), Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mejía.

Corte Constitucional, (Sentencia C-250 de 25 de marzo de 2003), Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, (Sentencia C-735 de 26 de agosto de 2003), Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, (Sentencia C- 940 de 15 de octubre de 2003), Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, (Sentencia C-152 de 27 de febrero de 2006), Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, (Sentencia C-271 de 4 de abril de 2006), Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, (Sentencia C-354 de 20 de mayo de 2009), Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, (Sentencia C-479 de 17 de julio de 2009), Magistrado Ponente: María Victoria Calle.

Corte Constitucional, (Sentencia C-490 de 23 de julio de 2009), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, (Sentencia C- 158 de 5 marzo de 2010), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, (Sentencia C- 432 de 2 julio de 2010), Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, (Sentencia C- 959 de 26 de noviembre de 2010), Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, (Sentencia T-325 de 4 de mayo de 2011), Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, (Sentencia T-751 de 6 de octubre de 2011), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, (Sentencia T-751 de 23 de mayo de 2012), Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, (Sentencia T-328A de 12 de marzo de 2012), Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, (Sentencia T-136 de 13 de marzo de 2013), Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, (Sentencia T-268 de 8 de mayo de 2013), Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, (Sentencia T-309A de 23 de mayo de 2013), Magistrado Ponente: Gabriel Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, (Sentencia T-557 de 22 de agosto de 2013), Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, (Sentencia T-662 de 23 de septiembre de 2013), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, (Sentencia T-902 de 3 de diciembre de 2013), Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, (Sentencia T-222 de 4 de febrero de 2014), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado.

Consejo de Estado Sección Tercera, (Sentencia de 24 de agosto de 2000). Consejero Ponente: Jesús María Carillo Ballesteros. Expediente 11318.

Consejo de Estado Sección Tercera, (Sentencia de 20 de noviembre de 2003). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929).

Consejo de Estado Sección Tercera, (Sentencia de 29 noviembre de 2006). Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez. Expediente 24414

Consejo de Estado, Sección Tercera, (sentencia de 30 de enero de 2008). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867).

Consejo de Estado. Sección Tercera. (Sentencia del 22 de abril de 2009). Consejera Ponente. Myriam Guerrero de Escobar. Radicación 190012331000199409004-01.

Consejo de Estado, Sección Tercera, (sentencia de 22 de octubre de 2012). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De la Hoz

Consejo de Estado, Sección Tercera (Sentencia de 3 de mayo de 2013) Consejero Ponente: Estella Conto Díaz del Castillo. Radicación: 05001-23-26-000-1991-06941-01 20280.

Consejo de Estado, Sección Tercera (Sentencia de 27 de junio de 2013) Radicación: 47001-23-31-000-1993-03570-0117431. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Primera (Sentencia de 27 de junio de 2013) Radicación: 25000-23-24-000-2009-00245-01. Consejero Ponente: María Elizabeth García González.

Consejo de Estado, Sección Tercera (Sentencia de 10 de julio de 2013) Radicación: 25000-23-26-000-2002-01362-01 Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera (Sentencia de 24 de julio de 2013) Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.) Radicación: 25000-23-26-000-2001-00051-01.

Consejo de Estado, Sección Tercera (Sentencia de 29 de enero de 2014) Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 25000-23-26-000-1999-02766-01 26869.

Consejo de Estado, Sección Tercera (Sentencia de 27 de marzo de 2014) Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación: 25000-23-26-000-2001-02301-01.

Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Sentencia de 15 de septiembre de 1983).

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. (Sentencia de 07 de Julio de 2005). Magistrado Ponente: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá, D.C: Ref.: Expediente C-0500131860041998-00174-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Sentencia de 28 de febrero de 2007). Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 6800131030012000013301.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil Magistrado. (Sentencia de 06 de julio de 2007). Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia 1999-00359.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. (Sentencia de 19 de Diciembre de 2008) Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá, D.C: REF.: 11001-3103-012-2000-00075-01

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 18 de diciembre de 2009), Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena, Radicado: 68001310300120010038901.

Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, (Sentencia de 9 de enero de 2010), Magistrado Ponente: M.P. Edgardo Villamil Portilla. Radicación 05001310300120030040001,

Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, (Sentencia de 30 de agosto de 2010), Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda.11001310304120010102301

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 8 de septiembre de 2010) Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Radicado: 11001310304320040052401.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, (Sentencia de 18 de septiembre de 2013), Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez). Radicado 11001310302319930912001,

Corte Suprema de Justicia Sala Civil, (Sentencia de 20 de septiembre de 2013), Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz.Radicación:11001310302720070049301.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, (Sentencia de 17 de diciembre de 2013), Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz. Radicación: 11001310300220050053001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 5 de mayo de 2014),
Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación:
11001310301420030052701.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 22 de julio de 2014),
Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo. Radicación:
11001310300820010087701.