

**TRABAJO DE GRADO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO DE SEGUROS**

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

PRESENTEADO POR:

**NATALIA BERNAL GUTIÉRREZ
CAMILO ANDRÉS VARGAS RODRÍGUEZ**

PRESENTADO A:

**DRA. MARÍA CRISTINA ISAZA POSSE
DRA. BEATRIZ E. GÓMEZ DE SABOGAL**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2015**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado no solo fue realizado con el objeto de cumplir uno de los requisitos académicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Especialista en Derecho de Seguros, sino presentar al lector un análisis serio acerca de la Jurisprudencia que a continuación se menciona, que le sirva de herramienta para el caso que la desee aplicar.

Para la realización del objetivo mencionado, se hace uso del método de análisis propuesto por la Coordinación de la Especialización, en tanto, se parte de una reseña histórica de cada sentencia y se concluye con una evaluación crítica de la misma; sin olvidar claro está, que dentro del espacio asignado para la reseña, se siguen aspectos como: planteamiento del problema jurídico, reseña de los fallos de instancia, fundamentos de los fallos de instancia, recurso de casación y, por supuesto, consideraciones de la Corte.

En cumplimiento con las directrices dadas, las sentencias asignadas por la Dirección y que fueron objeto de estudio para la realización de presente trabajo son:

1. Corte: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente: Dra. Ruth Marina Díaz
Expediente: 11001-31-03-002-2005-00530-01
Fecha: Diciembre 13 de 2013
2. Corte: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena
Expediente: 68001-3103-001-2001-00389-01
Fecha: Diciembre 18 de 2009
3. Corte: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Expediente: 68001-3103-001-2000-0013301
Fecha: Febrero 28 de 2007
4. Corte: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Expediente: 00191
Fecha: Julio 24 de 2006
5. Corte: Consejo de Estado – Sala Contencioso Administrativa
– Sección Tercera – Subsección A.
Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez

Expediente: 27.816
Radicación: 25000-2326-000-2002-01362-01
Fecha: Julio 10 de 2013

6. Corte: Consejo de Estado – Sala Contencioso Administrativa
– Sección Primera
Magistrado Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno
Expediente: 76001-23-31-000-2004-05565-01
Fecha: Septiembre 27 de 2012

SENTENCIAS

- 1. Corte:** Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente: Dra. Ruth Marina Díaz
Expediente: 11001-31-03-002-2005-00530-01
Fecha: Diciembre 13 de 2013
Recurrente: Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Fondo de Inversión para la Paz
Demandado: Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales

1.1. Reseña:

1.1.1. Relación de los Hechos:

- a. Mediante la Ley 487 del 24 de diciembre de 1998, reglamentada a través del Decreto 1813 de 2000, se creó el “*Fondo de Inversión para la Paz – FIP*” como instrumento de financiación de programas para la obtención de la paz, rigiéndose en lo que respecta con sus actos y contratos necesarios para su funcionamiento, por el derecho privado.
- b. De conformidad con lo anterior, se suscribieron los siguientes cuatro (4) convenios:
 - I. Convenio FIP Nro. 100398/02
 - i. Proponente del proyecto: Alcaldía Municipal de Sátiva Sur.
 - ii. Organismo de Gestión: Organismo de gestión Centro de Estudios e Investigaciones de la Orinoquía.
 - iii. Póliza de cumplimiento Nro. 7532894.
 1. Afianzado: Organismo de Gestión.
 2. Asegurado: Fondo de Inversión para la Paz.
 3. Coberturas:
 - a. Anticipo: constituido por un valor de \$83.632.560.
 - b. Cumplimiento.
 - c. Salarios.
 - iv. Se menciona que no se justificaron recursos por valor de \$31.500.448, los cuales no se restituyeron.
 - II. Convenio FIP Nro. 200195/02
 - i. Proponente del proyecto: Alcaldía de Cravo Norte.
 - ii. Organismo de Gestión: Cooperativa de trabajo asociado de Servicios Integrales.
 - iii. Valor del convenio: \$61.181.568.
 - iv. Póliza de cumplimiento Nro. 7533697.

1. Afianzado: Organismo de Gestión.
 2. Asegurado: Fondo de Inversión para la Paz.
 3. Coberturas:
 - a. Anticipo.
 - b. Cumplimiento.
 - c. Salarios.
 - v. Se hace mención a la no justificación de recursos por valor de \$29.753.716.
- III. Convenio FIP Nro. 200197/02
- i. Proponente del Proyecto: Alcaldía de Cravo Norte.
 - ii. Organismo de Gestión: Cooperativa de trabajo asociado de Servicios Integrales.
 - iii. Valor del convenio: \$89.342.761.
 - iv. Póliza de Cumplimiento Nro. 7533699.
 1. Afianzado: Organismo de Gestión.
 2. Asegurado: Fondo de Inversión para la Paz.
 - v. Se hace mención a la no justificación de recursos por valor de \$43.501.171.
- IV. Convenio FIP Nro. 200285/02
- i. Proponente del proyecto: Gobernación de Arauca.
 - ii. Organismo de Gestión: Cooperativa de trabajo asociado de Servicios Integrales.
 - iii. Valor del convenio: \$94.522.468.
 - iv. Póliza de cumplimiento Nro. 7571190.
 1. Afianzado: Organismo de Gestión.
 2. Asegurado: Fondo de Inversión para la Paz.
 3. Coberturas:
 - a. Anticipo: se menciona un valor para este amparo de \$47.261.233 que no se justificó.
 - b. Cumplimiento.
 - c. Salarios.

Como se observa, dentro de los hechos consignados en la sentencia que nos ocupa y que se proceden a mencionar en el presente escrito de manera abreviada, no es posible determinar si la recurrente pretendió se afectara siempre el amparo de anticipo de cada una de las pólizas de cumplimiento; por cuanto en algunas ocasiones hizo mención a la no justificación de unos valores determinados sin referirse a un amparo específico.

- 1.1.2. Planteamiento del Problema Jurídico: de conformidad con los hechos contenidos en la demanda que nos ocupa, proponemos los siguientes dos (2) problemas jurídicos así:

- ¿El hecho que se aporten al proceso documentos que el juez considere carecen de valor probatorio por no cumplir con los presupuestos legales contenidos en la ley – artículos 254ⁱ y 268ⁱⁱ del Código de Procedimiento Civil-, generaría la inexistencia automática del perjuicio patrimonial sufrido por el estado debido al incumplimiento de un contratista?.
- Tratándose de una entidad de naturaleza pública, ¿puede entenderse el siniestro configurado cuando se ha expedido el acto administrativo que lo declare o, basta la mera ocurrencia de éste para que se configure?.

1.1.3. Reseña fallos de instancia: al respecto, procederemos con enunciar únicamente la parte resolutive de las sentencias proferidas por los jueces de instancia, así:

1.1.3.1. Fallo de Primera Instancia: el a-quo desestimó todas las pretensiones como se observó en el texto de la sentencia; desafortunadamente, no se incluyeron los argumentos de esta instancia en la sentencia que nos ocupa para pronunciarnos al respecto.

1.1.3.2. Fallo de Segunda Instancia: el ad-quem confirmó en todas sus partes el fallo proferido por el a-quo por cuanto consideró que no se demostró por parte del asegurado la inejecución de la obligación garantizada, el menoscabo patrimonial, ni su cuantía.

1.1.4. Fundamentos del fallo de segunda instancia: de la sentencia que nos ocupa estudiar, concluimos importante traer los siguientes aspectos relevantes, por considerarlos el centro de la discusión:

1.1.4.1. Necesidad de acreditar el siniestro con la expedición y ejecutoria de un acto administrativo: la parte actora argumenta que le corresponde a la entidad asegurada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° el Decreto 1813 de 2000ⁱⁱⁱ, emitir el acto que declare el acaecimiento del siniestro. Adicionalmente, agrega que, el artículo 1080 del Código de Comercio le otorga esa *“libertad demostrativa”* al asegurado para acreditar ante el asegurador, *“aún extrajudicialmente, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida”*.

1.1.4.2. Demostración de la cuantía de la pérdida: al respecto, debido a que la recurrente allegó al proceso copia simple de los convenios afianzados, sus actas de liquidación, del resumen ejecutivo de liquidación y comprobantes de pago; inobservó lo dispuesto en los artículos 254 y 268 del Código de

Procedimiento Civil y, como consecuencia, no se les otorgó el suficiente valor probatorio.

1.1.4.3. Como punto final, el Tribunal consideró que la recurrente no demostró el perjuicio patrimonial sufrido (siniestro), debido a que se aportaron copias simples de los documentos que se pretendieron aportar como prueba al proceso como se mencionó y, adicionalmente, en lo que se refiere a los “*libros de comercio*”, tampoco se les reconoció valor probatorio por cuanto para el examen de éstos, no se contó con la presencia de la demanda (Violación del Derecho de Defensa).

1.1.5. Recurso de casación: en lo que respecta con este importante punto de nuestro análisis, decidimos que para una mejor exposición se procediera con la enunciación de las normas consideradas fueron violadas por el ad-quem, para posteriormente, centrarnos en los cargos formulados, así:

1.1.5.1. **Demanda de Casación**: la recurrente fundamenta su recurso basándose en la causal primera (1ª) por:

1.1.5.1.1. Violación directa: artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio.

1.1.5.1.2. Vía Indirecta: artículos 233, 236, 237 y 238 del Código de Procedimiento Civil.

1.1.5.1.2.1. **Error de hecho** por apreciación de las pruebas.

1.1.5.1.2.2. **Error de derecho** por violación de una norma probatoria.

1.1.5.2. **Cargos formulados**:

1.1.5.2.1. Cargo Primero (violación directa): al respecto, la recurrente le atribuye al Tribunal incurrió en un error, por cuanto no tuvo en cuenta que, tratándose del seguro de cumplimiento, el riesgo cubierto es el incumplimiento como tal, por lo que se entiende el siniestro configurado cuando el contrato se incumple y, no, con el proferimiento de un acto administrativo; situación ésta que la ley no prevé y contraría el concepto de actos inasegurables establecido en el artículo 1055 del Código de Comercio cuando dispone: “*El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables*”. Subrayas fuera de texto.

1.1.5.2.2. Cargo Segundo: la recurrente, basa su exposición en los errores de hecho y derecho en que incurrió el ad-

quem cuando profirió sentencia, básicamente por el indebido análisis que hizo de las pruebas allegadas al proceso y, el desconocimiento de éstas en otras, así:

- 1.1.5.2.2.1. **Error de Hecho:** la recurrente le indilga al Tribunal que realizó un análisis ligero del testimonio recaudado a la Coordinadora de evaluación y seguimiento de los convenios incumplidos sin tener en cuenta la calidad mencionada; circunstancia esencial para acreditar la ocurrencia del siniestro y su cuantía. Adiciona, que aunque el testimonio no es la prueba que otorga certeza sobre la cuantía, sí pone en evidencia el incumplimiento por parte de los contratistas que para este caso son los Organismos de Gestión.
- 1.1.5.2.2.2. **Error de derecho:** la recurrente se duele ante la decisión que el Tribunal adoptó, por cuanto desconoció el dictamen pericial presentado, bajo el argumento que el experto no aportó copias auténticas de los documentos contables y no se contó con la presencia de la parte demandada, siendo que la convocada pudo solicitar complementación u objetar dicho dictamen y no lo hizo. Dicha decisión atenta contra lo dispuesto en los artículos 233^{iv}, 237^v y 238^{vi} del Código de Procedimiento Civil.

A manera de conclusión, la recurrente consideró que por el error en la valoración probatoria, el Tribunal concluyó que no se acreditó la cuantía del siniestro y sí se violaron las normas sustanciales del Código de Comercio que le permitieron sentar que la aseguradora no estaba obligada a pagar los siniestros aludidos.

- 1.1.6. Consideraciones de la Corte: al respecto, la Corte comienza con un llamado de atención a la parte recurrente, pues luego de haber cotejado los fundamentos de la sentencia de segunda instancia con los de la acusación, considera que la mencionada no combatió la integridad de las bases que le sirven de sustento a la decisión del ad- quem y, de ahí que, jurídicamente su acusación esté incompleta.
 - 1.1.6.1. Frente al cargo primero: la Corte encuentra que la recurrente ataca la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 1055^{vii} y 1072^{viii} del Código de Comercio al entender acaecido el siniestro, no con el simple incumplimiento contractual sino con la necesidad de expedición de un acto administrativo que

beneficia al asegurado y que, a su vez, restringe la libertad probatoria y le confiere la categoría de siniestro a una actuación meramente potestativa de éste.

Adicionalmente, la Corte desestima los argumentos de la recurrente por cuanto ésta omitió indicar las normas de derecho sustancial que constituyen la base esencial de la sentencia acusada. En efecto, en lo que atañe con el artículo 1072 del Código de Comercio, se observa que conceptualiza sobre el siniestro, pero que escapa de lo exigido por el numeral 3º del artículo 374^{ix} del Código de Procedimiento Civil.

A manera de conclusión, la Corte luego de incluir la definición de contrato de seguro de cumplimiento dada en la sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente Nro. 6140^x, concluye, que la recurrente nunca propuso en qué consistió y cómo se produjo la ilegalidad del fallo atacado, e hizo énfasis, que las normas que se consideran violadas por el ad-quem deben ser de carácter sustancial y estar íntimamente ligadas con el aspecto jurídico sobre el cual versa la pretensión o que sirve de soporte a la oposición; contrariamente a lo expuesto, la recurrente simplemente basó su demanda en aspectos eminentemente probatorios que no permitieron lograr un debate jurídico por violación directa de la primera causal de casación.

1.1.6.2. Frente al cargo segundo: acerca de los errores de hecho y derecho que alega la recurrente incurrió el ad-quem, la Corte se pronuncia sobre cada uno de éstos así:

1.1.6.2.1. **Error de Hecho**: observa la Corte que la acusación en nada replicó la decisión del Tribunal acerca de no otorgarle valor probatorio a las copias simples de las actas de liquidación y resumen ejecutivo de liquidación, así como de los comprobantes de pago. Adicionalmente, tampoco encontró la Corte pronunciamiento alguno acerca de la posición adoptada por el ad-quem sobre la obligatoriedad del beneficiario del seguro –asegurado- de expedir el acto administrativo que declarara la ocurrencia del siniestro, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 1813 de 2000.

1.1.6.2.2. **Error de derecho**: al respecto, la Corte considera intrascendente los argumentos expuestos por la recurrente, puesto que al no haberse probado en debida forma la existencia de los Convenios celebrados

por el Departamento Administrativo de la Presidencia y los Organismos de Gestión, la misma suerte corrieron las obligaciones incumplidas por éstos; es decir, no se estructuró el riesgo asegurable.

Teniendo en cuenta que la recurrente no combatió los planteamientos adoptados por el Tribunal, la Corte frente a los cargos que nos ocupan y luego de realizar un recuento de la jurisprudencia relacionada con la autenticidad de los documentos aportados al proceso; decidió **CONFIRMAR** el fallo de segunda instancia argumentando la no demostración de la ocurrencia del siniestro y su cuantía, como lo exige el artículo 1077 del Código de Comercio.

1.2. Evaluación Crítica: aunque los cargos formulados por la recurrente fueron dos (2), procederemos a realizar nuestra evaluación crítica de la decisión de la Corte respecto del cargo primero, por cuanto sobre el otro cargo, el alto tribunal no hizo mayor análisis.

De acuerdo con lo anterior, observamos cómo los jueces (primera, segunda y Casación) desvirtuaron los argumentos de la recurrente por yerros en aspectos procesales que hicieron que los sustanciales, pasaran a un segundo plano. La falencia en la debida demostración de la ocurrencia del siniestro y su cuantía, generaron una consecuencia fatal desde la primera instancia. El hecho de no haber logrado demostrar al juez que efectivamente el siniestro ocurrió, hizo que los esfuerzos por lograr la protección del derecho vulnerado fueran infructuosos.

Como aspecto a tener en cuenta, en la sentencia se estableció que efectivamente cuando una entidad estatal ostente la calidad de asegurado en un seguro de cumplimiento, ésta debe expedir necesariamente un acto administrativo que declare la ocurrencia de un siniestro y su cuantía de conformidad con lo exigido en la Ley^{xi}; y la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto, la Corte incluyó extractos de diferentes sentencias que se pronunciaron sobre el particular, así:

*“Cuando el beneficiario del contrato de seguro es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo **constitutivo** que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme y se le haya dado a conocer”^{xii} (negritas fuera de texto).*

“Tampoco es discutible que la reglamentación del organismo fiscalizador, el cual para entonces era el competente para fijar las reglas en la materia de los seguros para las entidades estatales, señalaba que la entidad pública debía declarar el siniestro a través de la expedición de un acto administrativo”^{xiii}.

“Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro que se le incorpora, el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia; el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración”^{xiv}.

De lo anterior, reconocemos que la posición incluida por la Corte en la sentencia que nos ocupa, sigue la tendencia adoptada por el Consejo de Estado, la cual, como se verá más adelante en las sentencias del 27 de septiembre de 2012, Sección Primera, Magistrado Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, expediente: 76001-23-31-000-2004-05565-01 y, del 10 de julio de 2013, Sección Tercera – Subsección A, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 27.816 respectivamente, se exige la existencia de un Acto Administrativo previo que declare la ocurrencia del siniestro; estableciendo un requisito esencial sin el cual, no será procedente presentar una reclamación a la aseguradora y, dejando de un lado, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista afianzado como único hecho constitutivo del siniestro.

Sobre el particular, observamos con extrañeza como la Corte es cómplice de su par administrativo, en cuanto a permitir, la administración tenga una potestad ilimitada para expedir actos administrativos que declaren incumplimientos contractuales; como en el caso objeto de estudio, donde es a través de un acto administrativo se debe constituir un siniestro y hacerse exigible; dejando a un lado la buena práctica jurídica, consistente en esperar en el juez declare el incumplimiento contractual. Para soportar nuestra posición, citamos al Dr. Andrés Ordoñez, quién se pronunció así: *“Se advierte de inmediato la desarmonía de esas estipulaciones contractuales con la realidad de la evolución que venía teniendo, en la ley y en la jurisprudencia, la concepción acerca del alcance de las facultades que la Administración tiene para llevar a cabo actos administrativos unilaterales de naturaleza contractual, en los que se asuma una condición de preeminencia frente al particular y se hagan declaraciones atinentes al incumplimiento del mismo, se le impongan sanciones o de cualquier otra manera se hagan declaraciones que en un contrato entre particulares serían de privativa competencia de la autoridad jurisdiccional”^{xv}.*

Por lo anterior, se concluye que las Cortes al permitir sea un Acto Administrativo el único medio a través del cual se constituya un siniestro para un riesgo donde se involucren intereses de una entidad estatal, acarrea contrariedades no solo para la práctica del derecho administrativo como se mostró, sino para aspectos como: prescripción de las acciones del contrato de seguro, notificaciones en los cambios del estado del riesgo, etc.

2. Corte:	Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente:	Dr. Pedro Octavio Munar Cadena
Expediente:	68001-3103-001-2001-00389-01
Fecha:	Diciembre 18 de 2009
Recurrentes:	Luís Orlando Camargo Jaimes y la sociedad Isachi y Asociados Ltda.
Demandados:	Liberty Seguros S.A. y Jorge Enrique Parra Niño.

2.1. Reseña:

2.1.1. Relación de los Hechos:

- a. Al consorcio conformado por la sociedad Isachi y Asociados Ltda y el señor Luís Orlando Camargo se le adjudicó por parte del INVIAS en el año 1999 la obra consistente en el mantenimiento de la carretera Fresno- Puente La Libertad.
- b. El consorcio mencionado subcontrató con el señor Jorge Enrique Parra Niño la ejecución de la obra mencionada y, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del acto jurídico mencionado, Liberty Seguros expidió la póliza de cumplimiento Nro. 9171.
- c. Por retrasos en la ejecución de la obra, el INVIAS le impuso a los demandantes una multa por valor de \$25.851.081 que concretó con la liquidación del contrato de obra.

2.1.2. Planteamiento del Problema Jurídico: de la sentencia estudiada, proponemos como problema jurídico el consistente en determinar si:

- ¿La terminación del contrato de seguro por la causal establecida en el artículo 1068^{xvi} del Código de Comercio opera de pleno para el contrato de seguro de cumplimiento?.

2.1.3. Reseña fallos de instancia: de la sentencia que nos ocupa, procedemos a presentar la parte resolutive de los fallos de instancia así:

- 2.1.3.1. **Fallo de Primera Instancia:** el juez 1º Civil del Circuito de Bucaramanga profirió sentencia en el año 2006, en la que decidió absolver a la aseguradora y declaró que el señor Parra Niño incumplió el contrato de obra; en consecuencia, condenó a éste último a pagarle a la demandante la suma de \$40.000.000 debidamente indexados correspondientes a los perjuicios causados por su incumplimiento a su contratante.
- 2.1.3.2. **Fallo de Segunda Instancia:** por su parte, el ad-quem confirmó la decisión adoptada por el juez de primera instancia, salvo en lo atinente a la indexación de la condena por considerar que no había lugar a ella.

2.1.4. Fundamentos del fallo de segunda instancia: analizada la sentencia que nos ocupa, procedemos de manera concreta a sintetizar los cinco (5) puntos que, consideramos, fueron tratados por el ad-quem así:

- 2.1.4.1. Frente a la declaración relativa a que el Consorcio y el señor Camargo Jaimes ostentan la calidad de asegurados – beneficiarios de la póliza de cumplimiento que nos ocupa: al respecto, el Tribunal no encontró legitimación en la causa por parte del señor Camargo Jaimes debido a que en la póliza de seguro de cumplimiento éste no aparece como asegurado de la misma.
- 2.1.4.2. No se cuenta con la respectiva solicitud del seguro en los términos del artículo 1048^{xvii} del Código de Comercio y, que el contrato afianzado (obra) no puede entenderse como tal.
- 2.1.4.3. La afirmación de la aseguradora acerca de la terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la prima (artículo 1068 del Código de Comercio) no fue desvirtuada por la parte demandante; adicionalmente, el ad-quem puso de relieve que en el anexo de la póliza donde se menciona al amparo de salarios y prestaciones sociales, sí se incluyó el artículo ibídem pero que sin embargo, se encontró prueba que demuestre el pago de la prima del certificado 1^{xviii}.
- 2.1.4.4. Se probó que el señor Parra Niño incumplió con el contrato suscrito con la parte demandante. En virtud de lo anterior, se procedió con hacer efectiva la cláusula penal pactada (\$40.000.000).
- 2.1.4.5. No hay lugar a la indexación del valor de la cláusula penal, habida cuenta que en el contrato de obra no se concertó ese reajuste monetario.

2.1.5. Recurso de casación: para una mejor exposición del recurso de casación, consideramos proceder, en primer lugar, con la mención de los artículos que, la recurrente considera violados, para luego hacer lo propio con los cargos así:

2.1.5.1. **Demanda de Casación**: la recurrente fundamenta su recurso de casación basándose en la causal primera (1ª) por:

2.1.5.1.1. Violación directa:

2.1.5.1.1.1. Cargo segundo: artículos 1046, 1066 y 1073 del Código de Comercio por falta de aplicación y del artículo 1068 ibídem por indebida aplicación.

2.1.5.1.1.2. Cargo cuarto: artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

2.1.5.1.2. Violación indirecta:

2.1.5.1.2.1. Error de hecho:

- Cargo primero: artículos 1036, 1046, 1047 numerales 6º y 9º, 1054, 1056, 1066, 1068, 1072, 1080 y 1084 del Código de Comercio.
- Cargo tercero: artículos 1039, 1046 numerales 3º y 5º, 1048, 1083, 1084 y 1089 del Código de Comercio.

2.1.5.2. **Cargos formulados:** la recurrente presentó los siguientes cargos dentro de su demanda de casación:

2.1.5.2.1. Cargo Primero (error de hecho en la apreciación de las pruebas relativas al pago de la prima): el Tribunal infirió que operó la terminación automática del seguro por mora en el pago de la prima (artículo 1068 del Código de Comercio), pero que no se percató que dicho pago sí se realizó como consta en el expediente. Que el Tribunal se centró únicamente en la falta de pago del anexo modificatorio (certificado Nro. 1) de la póliza correspondiente al amparo de salarios y prestaciones sociales y lo hizo extensivo a todo el contrato de seguro de cumplimiento, omitiendo, además, lo dispuesto en el artículo 1084^{xix} del Código de Comercio donde se permite que sobre una misma cosa puedan concurrir distintos intereses y, que para el caso que nos ocupa, en el evento de un siniestro, su afectación para los amparos que componen la póliza de cumplimiento es independiente entre éstos; así como en el evento de no pago de la prima, pues es solo predicable para el amparo cuya prima no se canceló.

2.1.5.2.2. Cargo Segundo (violación directa por falta de aplicación e indebida aplicación): el Tribunal erró en lo que respecta con la aplicación del artículo 1068 *ibídem*, por cuanto en el proceso no se determinó la fecha de entrega del anexo modificatorio de la póliza (amparo de salarios y prestaciones sociales), lo cual hace imposible que la causal de terminación automática del contrato de seguros opere y, en virtud del artículo 1070^{xx} *ibídem*, así no se haya realizado el pago de la prima dentro del plazo legal para hacerlo, el asegurado tiene cobertura.

Por otro lado, la recurrente alega afectación de los amparos de salarios y prestaciones sociales, cumplimiento y buen manejo del anticipo por cuanto insiste que a la luz de lo dispuesto en el artículo 1073^{xxi} del Código de Comercio, el Tribunal debió obligar a la aseguradora a cancelar el siniestro por cuanto éste se

inició antes de producirse el fenómeno de la terminación automática del seguro.

2.1.5.2.3. Cargo Tercero (error de hecho en la apreciación de las pruebas en cuanto se desconoció la legitimación en la causa del señor Camargo Jaimes): el presente cargo se formula debido al supuesto desconocimiento del Tribunal sobre la legitimación en la causa por parte del demandante, señor Camargo Jaimes; lo anterior, por cuanto omitió el Tribunal, el contenido del contrato de obra y la comunicación suscrita por la aseguradora del 30 de agosto de 2011 donde le responde que el seguro de cumplimiento se expidió con base en el contrato de obra y que por ello no existe “*solicitud del seguro*”. Adicionalmente, alega que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1039^{xxii} ibídem, y en la responsabilidad solidaria entre las personas que integran un consorcio (artículo 7º Ley 80 de 1993); dicha legitimación, debe reconocérsele al señor Camargo Jaimes.

2.1.5.2.4. Cargo Cuarto (violación por vía directa, debido a que la indexación no era aplicable a la cláusula penal contenida en el contrato de obra): al respecto, la recurrente basó su argumento en la posición que “*la corrección monetaria, en sí misma considerada, no constituye un factor adicional del daño, toda vez que ella no es más que la actualización de una determinada suma de dinero, de ahí que no tiene carácter indemnizatorio*”.

2.1.6. Consideraciones de la Corte: frente a los cargos formulados en la demanda de casación, la Corte se pronunció de manera conjunta para los cargos primero y segundo, deteniéndose en algunos aspectos puntuales del cargo primero; seguidamente, hizo lo propio con los demás cargos, así:

2.1.6.1. Cargos primero y segundo: comienza la Corte con resaltar un defecto de técnica por parte de la recurrente, por cuanto pretendió por la vía directa atacar la sentencia del Tribunal, cuando de sus alegatos se deduce que lo correcto era acudir a la vía indirecta. Pese a lo anterior, la Corte “*omitiendo*” el reproche mencionado, considera que el cargo no prospera por cuanto le correspondía a la recurrente demostrar que el anexo modificatorio de la póliza se entregó en un plazo distinto del que trata el artículo 1046^{xxiii} del Código de Comercio.

Sobre el particular, deja en claro la Corte que la entrega de la póliza no es presupuesto jurídico del derecho a la prestación asegurada en caso de siniestro, pero sí, de la exigibilidad de la prima y, por supuesto, de su pago de conformidad con el artículo 1068 ibídem.

En cuanto al “*siniestro*” para el amparo de salarios y prestaciones sociales, la recurrente no demostró concretamente cuáles relaciones laborales fueron desatendidas por el contratista y en qué aspectos específicos de los contratos laborales éste incumplió. Tampoco hizo lo propio con los supuestos que afectaban los amparos de buen manejo del anticipo y de cumplimiento.

En cuanto a lo que respecta con el **cargo primero**, la Corte procedió a escindirlo, argumentando que habían aspectos dentro de éste que merecían un trato especial, así:

- Por una parte, la recurrente manifiesta inconformidad con la contemplación de los medios de convicción. Al respecto, se alega que el Tribunal declaró la terminación automática del contrato de seguro sin percatarse que la prima correspondiente a los amparos de cumplimiento y correcta inversión del anticipo fue cancelada. Para la Corte, el alegato presentado no es correcto, en la medida que no guarda una estricta y adecuada consonancia con los razonamientos que condujeron al Tribunal a declarar la terminación automática del seguro; por cuanto, éste encontró probado que efectivamente la prima para el amparo de salarios y prestación no se canceló.
- Por otra, la demandante planteó la comisión de un vicio de juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51, numeral 2º del Decreto 2651 de 1991^{xxiv} y abrió la siguiente discusión: ¿la terminación automática del contrato de seguro se produce sólo sobre el anexo en el que el tomador incurrió en mora en el pago de la prima o esto afecta todo el contrato?.

Para dar respuesta al interrogante planteado, la Corte comienza por destacar una de las características que considera del contrato de seguro es fundamental para tratar el caso que nos ocupa y, es la indivisibilidad (artículos 1048 y 1069^{xxv} del Código de Comercio) la cual no se contrapone al fraccionamiento de la prima (artículos 1070 y 1119^{xxvi} ibídem) que se devenga día a día durante la vigencia del contrato y sus renovaciones.

En otras palabras, la acumulación de amparos que puede tener una póliza como la de cumplimiento, es muestra que la real intención de las partes es celebrar un contrato único de seguro.

En conclusión, al respecto, la Corte reconoce la indivisibilidad del contrato de seguro como se vio, así como el contenido del artículo 1068 del Código de Comercio; sin embargo, aclara y corrige al ad-quem que tratándose del contrato de seguro de cumplimiento y la función económico social –servir de garantía de cumplimiento de obligaciones ajenas- que desempeña, no le es posible admitir que opere la regla del artículo 1068 del Código de Comercio de pleno; es decir, que le permita al asegurador extinguir unilateralmente el contrato de seguro por mora en el pago de la prima. Aceptar una tesis contraria como lo expuso la Corte en esta sentencia, “(...) aparejaría que la aseguradora, en su calidad de garante, se desligara de su obligación por una situación atribuible al afianzado, dejando sin protección al acreedor, quien estaría permanentemente expuesto a la aniquilación de la convención, sin ni siquiera tener noticia de ello, (...)”. En ese orden de ideas, la aseguradora lo único que tiene que hacer es perseguir el pago de la prima no cancelada.

- 2.1.6.2. Frente al cargo tercero: la Corte respalda el razonamiento presentado por el Tribunal respecto de la falta de legitimación en la causa por parte del señor Camargo Jaimés, por cuanto, de manera ostensible del contenido de la póliza de cumplimiento; la comunicación expedida por el representante legal de la aseguradora y, el anexo modificadorio de la póliza, se deduce claramente que éste no ostentaba la calidad de asegurado del seguro que nos ocupa sino la sociedad Isachi Asociados S.A.

Adicionalmente, recalcó la Corte que la solicitud del seguro sí hace parte de la póliza (artículo 1048 del Código de Comercio), pero no es un elemento esencial de la misma (artículo 1045 ibídem) toda vez que el vínculo contractual puede realizarse con prescindencia de dicho documento, máxime si el contrato de seguro es de estirpe consensual.

- 2.1.6.3. Frente al cargo cuarto: al respecto, entra la Corte a asentar algunas reflexiones en torno a la cláusula penal para pasar al fundamento de la corrección monetaria.

En lo que se refiere con la **cláusula penal**, la Corte inicia su análisis destacando el carácter punitivo que la caracterizó en un principio –Roma-, para luego pasar al indemnizatorio –Francia-. En lo que concierne a Colombia, resalta la adopción un carácter punitivo de acuerdo con el artículo 1592^{xxvii} del Código Civil e, indemnizatorio a la luz del artículo 1599^{xxviii} ibídem, para concluir sobre el carácter polifuncional de la cláusula penal en Colombia y su innegable función de apremio.

En cuanto a la **corrección monetaria**, resalta los criterios tratados en la jurisprudencia^{xxix} donde no se le ubica a ésta como reparatoria de un daño emergente, sino que obedece a principios como el de la equidad o de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales; puesto que el reajuste de la condena en proporción con la depreciación –normal- no es un perjuicio más que deba ser reparado, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía. En ese orden de ideas, la Corte considera que los argumentos propuestos en el cargo que nos ocupan no prosperan.

Aclaración de voto: El Magistrado, Dr. Edgardo Villamil Portilla, aclara su voto respecto de la tesis expuesta por la Corte para el cargo en mención, por cuanto considera que a la cláusula penal sí debe aplicarse la indexación teniendo en cuenta que el reconocimiento de ésta procura por la equidad entre las partes por cuanto indexar sería poner en términos “*reales*” un perjuicio presunto por las partes desde su pacto primigenio.

En virtud de lo expuesto, la Corte NO CASA la sentencia del Tribunal.

2.2. Evaluación Crítica: frente a las consideraciones de la Corte contenidas en la parte resolutive de la sentencia estudiada, presentamos nuestro acuerdo en cuanto a las posiciones adoptadas; especialmente, en lo que respecta con la legitimación en la causa y la aplicación del artículo 1068 del Código de Comercio para el contrato de seguro de cumplimiento.

Sobre **la legitimación en la causa**, efectivamente en la práctica, la solicitud del seguro a que alude el artículo 1048 del Código de Comercio, no es usual para el ramo de cumplimiento; esto, teniendo en cuenta que el análisis de suscripción lo hacen las aseguradoras a partir del contrato a ser afianzado que les es presentado; en él, identifican elementos como: interés asegurable y riesgo, objeto, amparos, afianzados y asegurados, entre otros. Desafortunadamente, las falencias presentadas en la defensa a lo

largo del proceso, así como lo superficial de argumentos como: la responsabilidad de las personas que integran un consorcio, el llamamiento injustificado del contenido del artículo 1127 del Código Civil (Naturaleza del seguro de responsabilidad civil) y la mencionada “solicitud de seguro”, impidieron un debate, desde el punto de vista jurídico, más nutrido.

En lo que respecta con lo dispuesto en el **artículo 1068 del Código de Comercio** y su aplicación al contrato de seguro de cumplimiento, la Corte presentó un análisis, desde nuestro punto de vista, muy completo, por cuanto dejó claro que para el ramo que nos ocupa, las reglas del mencionado artículo no pueden aplicarse de pleno debido a sus muchas particularidades, entre estas, su función de garantía de obligaciones de terceros. Pese a lo anterior, existen sectores que no aceptan del todo la posición de la Corte por cuanto consideran que el artículo ibídem no hace distinción alguna entre los diferentes ramos de los seguros y que por ello, su aplicación es innegable sin distinciones; sin embargo, consideramos que aplicar el artículo 1068 al ramo de cumplimiento y permitir que la aseguradora por un acto meramente potestativo del tomador de la póliza que generalmente es el afianzado^{xxx}, como puede ser, el hecho que no pague la prima del seguro, desproteja a su asegurado; no tiene sustento alguno y desnaturalizaría al seguro de cumplimiento que, no obstante tener por objeto indemnizar los perjuicios causados por su afianzado al asegurado, también, es un seguro de daños, en su modalidad patrimonial donde impera el principio indemnizatorio (artículo 1088 del Código de Comercio) y “(...) *el asegurado no puede obtener del contrato de seguros sino la reparación del daño que efectivamente ha sufrido y en la medida real de ese daño, sin que pueda pretender enriquecimiento de ninguna clase. El seguro está dirigido a reparar el daño sufrido por el asegurado de tal manera que esté vuelva a quedar en las condiciones en que se encontraba antes de que se sucediera el siniestro, pero no en mejores condiciones*”^{xxxj}.

Como anotación adicional, la discusión que planteada en la sentencia objeto de análisis fue superada por el legislador, para el caso de los contratos estatales (garantía única de cumplimiento), cuando estableció: “(...) *tratándose de pólizas de cumplimiento, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral*”^{xxxii}.

- 3. Corte:** Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Expediente: 68001-3103-001-2000-0013301
Fecha: Febrero 28 de 2007
Recurrente: Sociedad Ferretería El Punto, Válvulas y Aceros Ltda.
Demandado: Aseguradora Colseguros S.A.

3.1. Reseña:

3.1.1. Relación de los Hechos:

- a. En febrero 19 de 1998, la Federación Nacional de Vivienda Popular (FENAVIP), regional Santander y la Ferretería el Punto, Válvulas y Aceros Ltda celebraron un contrato de suministro de materiales de construcción.
- b. El 7 de marzo del mismo año, Colseguros expidió con una vigencia de hasta el 20 de agosto de 1998 la póliza de seguro de cumplimiento correspondiente, donde FENAVIP apareció como tomador – afianzado y la Ferretería el Punto, Válvulas y Aceros Ltda como el asegurado.
- c. La aseguradora expidió dos (2) certificados (anexos modificatorio) ampliando la vigencia de la póliza hasta el 20 de febrero de 1999 y, posteriormente, hasta el 20 de agosto del mismo año.
- d. La recurrente promovió un proceso ejecutivo contra FENAVIP por el incumplimiento en el pago de los suministros realizados; proceso transigido, donde se acordó una forma de pago que posteriormente fue incumplida.
- e. Ferretería el Punto, Válvulas y Aceros Ltda presentó aviso de siniestro a la aseguradora el 20 de agosto de 1999 y el 7 de octubre procedió a con la reclamación formal; la cual fue objetada el 26 de enero de 2000.
- f. La aseguradora contestó la demanda presentada en su contra y procedió a formular como defensa: transacción, riesgo excluido, terminación del seguro por violación de lo dispuesto en el artículo 1060^{xxxiii} del Código de Comercio y mala fe del asegurado.

3.1.2. Planteamiento del Problema Jurídico: de la sentencia estudiada, luego de su análisis, proponemos los siguientes problemas jurídicos, así:

- En virtud del principio de autonomía de la voluntad privada, se puede pactar aplique a un seguro de cumplimiento entre particulares las condiciones generales correspondientes a un seguro de cumplimiento para garantía única? o, por el contrario, prima la naturaleza del riesgo sobre el acuerdo de las partes?.

- El hecho que la aseguradora expida un certificado modificadorio de la póliza, como consecuencia de la modificación que sufra el contrato afianzado – principal-; es prueba suficiente para que se entienda ésta notificada de la variación en el estado del riesgo que trata el artículo 1060 del Código de Comercio o, dicha notificación se debe surtir de otra forma?.

3.1.3. Reseña fallos de instancia: al respecto, procedemos a mencionar la parte resolutive de los fallos de instancia así:

3.1.3.1. **Fallo de Primera Instancia**: el a-quo acogió la tesis planteada por la aseguradora, la cual consistió en la terminación del contrato de seguro por violación de lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio.

3.1.3.2. **Fallo de Segunda Instancia**: el Tribunal por su parte, confirma en su integridad el fallo del juez de primera instancia.

3.1.4. Fundamentos del fallo de segunda instancia: del análisis de la sentencia que nos ocupa, procedemos a presentar los siguientes tres (3) aspectos sobresalientes del fallo de la instancia que nos ocupa, así:

3.1.4.1. El ad-quem señaló que en el contrato de seguro, el tomador (afianzado) siempre tiene el deber de declarar sinceramente el estado del riesgo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1058^{xxxiv} del Código de Comercio; estado que debe mantenerse durante la vigencia de la póliza y, en caso de sufrir una variación, afianzado y asegurados están en la obligación de notificarle a la aseguradora de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1060 ibídem.

3.1.4.2. Respecto de las pruebas presentadas, el ad-quem determinó que ni el afianzado ni el asegurado, le comunicaron a la aseguradora la modificación al contrato afianzado con fecha del 10 de diciembre de 1998.

3.1.4.3. Que los cambios realizados al contrato afianzado fueron de tal magnitud, que sí se generó una agravación en el estado del riesgo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio y que, de acuerdo con el contenido de la cláusula sexta de las condiciones generales del seguro, cualquier modificación al riesgo debería ser conocido y aprobado por la aseguradora.

3.1.5. Recurso de Casación: a continuación, la recurrente presentó los siguientes cargos en su demanda de casación, previo la enunciación de las causales legales para que ésta instancia se adelante:

3.1.5.1. **Demanda de Casación**: la parte actora fundamenta su recurso basándose en la causal primera (1ª) por:

3.1.5.1.1. Cargo Primero:

3.1.5.1.1.1. **Por aplicación indebida**: de los artículos 1037, 1054, 1058, 1060 y 1061 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil.

3.1.5.1.1.2. **Por falta de aplicación**: de los artículos 2, 3 y 7 de la Ley 225 de 1938; 83 de la Ley 45 de 1990; 822, 835, 864.1, 870, 871, 1072, 1074, 1079, 1080, 1083, 1088 del Código de Comercio; 1530, 1546, 1613, 1615, 1617, 1620, 1621 y 1624 del Código de Comercio; 1530, 1546, 1613, 1615, 1617, 1620, 1621 y 1624 del Código Civil.

3.1.5.1.1.3. **Error de hecho**: en la apreciación de la demanda, su contestación, la póliza, los certificados de modificación de ésta, el contrato de suministro y sus modificaciones; la transacción, el contrato de fiducia, la carta de objeción elaborada por la aseguradora; las condiciones generales de la póliza y el dictamen pericial.

3.1.5.1.2. Cargo Segundo:

Por violación vía directa de los artículos: 187, 252, 258 y 269 del Código de Procedimiento Civil, así como los artículos 1052 y 1060 del Código de Comercio como consecuencia del error de derecho en la apreciación de las pruebas.

3.1.5.2. **Cargos formulados**: sobre el particular, tenemos dos (2) cargos, los cuales se mencionan así:

3.1.5.2.1. Cargo primero: la recurrente considera que los yerros en que incurrió el Tribunal son:

- Omitir las modificaciones al contrato afianzado y el certificado de la póliza donde se amplía el plazo del seguro.
- Suponer el no conocimiento por parte de la aseguradora respecto de las modificaciones del contrato de suministro, así como de la agravación del riesgo sin existir prueba de ello.

- Haber “*mutilado*” las condiciones generales de la póliza, por cuanto las que se acompañaron al proceso con la presentación de la demanda fueron sustituidas por otras que no conocía el afianzado – tomador.
- Haber errado en la valoración del certificado modificatorio de la póliza que nos ocupa, por cuanto solo se percató de lo relativo a la modificación del plazo y no de las otras modificaciones; además de sustraerlo de las circunstancias de tiempo y modo en las que fue expedido.
- Haber considerado que la modificación al contrato en cuestión fue ocultada a la aseguradora.
- No haber tenido por acreditado que la aseguradora efectivamente sí conoció de la modificación al contrato garantizado.
- Haber alterado el contenido de la transacción, por cuanto lo consideró una modificación al contrato afianzado y por ende una agravación al estado del riesgo, siendo que la “*transacción*” no fue sobre un litigio eventual, sino sobre uno en curso, y que con ésta se buscaba evitar un perjuicio a la aseguradora declarando un siniestro.
- Haber desestimado los argumentos contenidos en la carta de objeción presentados a la aseguradora.
- Haber deducido del dictamen la agravación del estado del riesgo, cuando efectivamente demostraba un amplio incumplimiento de las obligaciones a cargo del afianzado – tomador de la póliza.

3.1.5.2.2. Cargo segundo: en adición a lo mencionado en el cargo primero, la recurrente considera:

- El Tribunal erró al acoger como condiciones generales de la póliza las presentadas por la aseguradora con la contestación de la demanda, sin tener en cuenta que no cumplieron con lo exigido por el artículo 276^{xxxv} del Código de Procedimiento Civil; contrario sensu, como sí ocurrió con las aportadas en la demanda.
- El ad-quem cometió un error de derecho, por cuanto escindió el contenido del documento de

modificación del contrato de fecha 10 de diciembre de 1998 y provocó se centrara únicamente en lo que concierne con la ampliación del plazo y, frente a los demás puntos, manifestó que no fueron conocidos por la aseguradora.

- Finalmente, se denuncia violación del artículo 187^{xxxvi} del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no se estudiaron las pruebas en su conjunto sino de manera separada y, por ello rechazó la excepción de terminación del contrato de seguro basada en la vulneración del artículo 1060 del Código de Comercio.

3.1.6. Consideraciones de la Corte: al respecto, la Corte decidió pronunciarse de manera conjunta frente a los cargos formulados, por cuanto éstos comparten “*censuras similares y ameritan unas mismas reflexiones*”.

Comienza la Corte su escrito de consideraciones resaltando que la sentencia del Tribunal incurre en dos yerros, a saber:

i) Haber apreciado una condiciones generales del seguro distintas a las acordadas por los contratantes y,

ii) Haber vinculado los conceptos de agravación de riesgo y de garantía, por cuanto se afirmó que la aseguradora tenía derecho a conocer de la modificación del contrato afianzado y, por no haber ello ocurrido, se desconoció la cláusula de garantía en que el asegurado se comprometió a no modificar el negocio jurídico afianzado sin el consentimiento escrito de la aseguradora; exigencia consignada en el artículo 1061 del Código de Comercio.

En lo que atañe al **primer (i)** yerro, la Corte se interroga acerca de cuáles condiciones generales deben estimarse entre: las que se firmaron entre la aseguradora y el afianzado pero que son aplicables al seguro de cumplimiento entre entidades estatales – que nada tienen que ver con el contrato garantizado que es de naturaleza particular – o, las radicadas ante la Superintendencia Financiera aplicables al seguro de cumplimiento entre entidades particulares y que no fueron entregadas por parte de la aseguradora al afianzado?. Interrogante esencial, por cuanto si se opta por la segunda posición –clausulado general aplicable para entidades particulares-, las acusaciones no resultarían prósperas debido a que el contrato afianzado sí fue modificado (10 de diciembre

de 1998) sin informársele a la aseguradora como lo exige el condicionado particular –que no aplica por acuerdo entre las partes- así como tampoco del proceso ejecutivo promovido por la demandante contra el afianzado (FENAVIP) de donde surgió la transacción ya mencionada.

Estima la Corte, dándole prioridad al principio de “*primacía de la voluntad privada*” que si las partes de un contrato a ser afianzado han pactado que las condiciones generales de la póliza aplicable al contrato de seguro cumplimiento a ser contratado en virtud del principal –contrato de suministro-, son unas que corresponden a una modalidad de contrato diferente, dicho pacto se debe respetar.

Por lo anterior, la Corte hace evidente el error de derecho, que a su concepto, incurrió el Tribunal al desestimar las condiciones generales aplicables al contrato de seguro de cumplimiento que nos ocupa y que fueron acordadas por las partes.

Adicionalmente, la Corte también hace énfasis en el error de hecho cometido por éste, al considerar que en el contrato de seguro de cumplimiento se pactó una cláusula de garantía, en virtud de la cual, el asegurado –Ferretería El Punto, Válvulas y Acero Ltda., se obligaba a no realizar modificaciones al contrato afianzado (suministro) sin el consentimiento previo de la asegurador; no solo porque ésta no se encuentra consignada en el texto de las condiciones de la póliza a ser aplicable al caso que nos ocupa (estatal), sino porque se encuentra en un clausulado que para el caso concreto y, por las razones expuestas, no es el aplicable (particular).

Ocupándose la Corte del **segundo yerro (ii)**, comienza con señalar algunas diferencias entre lo relativo a la agravación del estado del riesgo y la cláusula de garantía, así:

- La ley establece que el tomador o el asegurado están obligados a mantener el estado del riesgo (artículo 1060 del Código de Comercio); en lo que respecta con la cláusula de garantía, ésta tiene origen convencional (escrito).
- En virtud del artículo mencionado, surge para el tomador o el asegurado la obligación de notificar a la aseguradora de cualquier circunstancia imprevisible que sobrevenga al contrato afianzado y agrave el riesgo asegurado. En cambio, la cláusula de garantía constituye una promesa de conducta (de hacer o no

algo) o de afirmación o negación que hace el tomador o el asegurado.

- En cuanto al deber de mantener el estado del riesgo, la noticia a la aseguradora se debe dar únicamente cuando el hecho sobreviniente realmente agrave el riesgo; en tratándose de la cláusula de garantía, siempre debe cumplirse con el pacto sin importar que el suceso sea trascendente o no para alterar el estado del riesgo.
- La falta de notificación a la aseguradora cuando se presente una circunstancia de agravación del estado del riesgo, genera la terminación del contrato de seguro y, si existe mala fe, la aseguradora tendrá derecho a devengar la porción de la prima que falte por devengar. En cuanto a la garantía, su incumplimiento genera la terminación del contrato sin importar si hubo buena o mala fe en ello; es decir, en éste último caso opera un criterio más objetivo.

Posteriormente, la Corte centra su análisis en el hecho que el contrato de seguro de cumplimiento terminó por cuanto y, como lo dedujo el ad-quem, se presentaron circunstancias que agravaron el riesgo (Modificación al contrato afianzado del 10 de diciembre de 1998; incumplimiento del afianzado con el pago de facturas, proceso ejecutivo contra el afianzado y transacción) y que no fueron notificadas a la aseguradora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio; por lo anterior, considera la Corte que los yerros incurridos por el Tribunal no alcanzan a afectar el fallo objeto del recurso de casación.

A manera de conclusión, la Corte considera que el ad-quem sí vio las pruebas presentadas por la recurrente, solo que llegó a una conclusión diferente a la querida por ésta en su demanda, en el sentido que los acuerdos realizados por las partes del contrato afianzado (contrato principal) sí eran relevantes y sí ameritaban ser notificadas a la aseguradora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1060 tantas veces mencionado y no, como se pretendió por la recurrente, éstos obedecieron a una *“actitud de defensa del interés asegurado”*.

En virtud de lo expuesto, la Corte NO CASA la sentencia del Tribunal.

3.2. Evaluación Crítica: en cuanto a las consideraciones de la Corte acerca de los cargos formulados, encontramos que ésta enumera, lo que a su juicio considera, los yerros en que incurrió en Tribunal en su sentencia.

Frente al primero de ellos [i) haber apreciado una condiciones generales del seguro distintas a las acordadas por los contratantes], apoyándose en el principio de *“Autonomía de la Voluntad Privada”*, definido por el Dr. Monroy Cabra como: *“(…) actos de autodeterminación, de autorregulación y de autodisposición de intereses privados”*^{xxxvii}, el mencionado ente colegiado determinó que, independientemente de la naturaleza del riesgo a ser afianzado –estatal o particular- a través de una póliza de cumplimiento, lo verdaderamente trascendental es la voluntad de las partes de adherirse a unas condiciones generales determinadas; para soportar aún más su tesis, menciona que el artículo 1047 del Código de Comercio, establece que en caso de que dicho pacto no ocurra, las condiciones aplicables serían las consignadas ante la Superintendencia Financiera con las particularidades allí mencionadas.

Al respecto, no compartimos la decisión de la Corte; por cuanto, se considera que la aplicación de un clausulado –condiciones particulares de la póliza- diseñado para contratos de seguro de cumplimiento que garantizan el pago de perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato de naturaleza estatal; a uno particular como es el caso que nos ocupa (contrato de suministro), no obedece a un acuerdo entre las partes sino a un total desconocimiento de su contenido (clausulado) y a la falta de un análisis juicioso de éste, máxime si en su encabezado se identifica como *“clausulado para entidades estatales”*. Por el contrario, no se debió desechar el cargo formulado sino atenderse, y proceder por lo menos, con un llamado de atención a la aseguradora, quién por ser un profesional en su campo tiene una carga de claridad^{xxxviii} frente a sus clientes; deber que se materializa en los principios de *“debida diligencia”*^{xxxix} y *“educación al consumidor financiero”*^{xl} que como entidad vigilada por la Superintendencia Financiera le corresponden, de conformidad con la Ley 1328 de 2009 *“Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”*. Sobre el particular hacemos énfasis que, si la voluntad de las partes era modificar la condiciones establecidas previamente en el condicionado aplicables a entidades particulares, perfectamente lo hubieran consignado en la carátula de la póliza como lo prevé el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al establecer: *“La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: 11. Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”*.

En lo que respecta con el segundo yerro [ii) haber vinculado los conceptos de, agravación de riesgo y de garantía], y siguiendo la línea presentada para el cargo precedente, nos apartamos de lo resuelto por la Corte por cuanto no compartimos que haya existido una agravación al estado del riesgo que no se notificó al asegurador en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, por cuanto, como se vio a lo largo del proceso, la aseguradora expidió los certificados o anexos que dan muestra de ello y no tuvo en cuenta el precepto establecido en el inciso 3º del artículo ya

mencionado, donde “(...) el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima (...)”.

Como argumento adicional para apartarnos de la Corte, enfatizamos nuevamente, se debe tener en cuenta que el asegurador optó por expedir los anexos a la póliza que nos ocupa dando muestra de su conocimiento y aceptación frente a los cambios en el riesgo; muestra más que evidente que no estaba interesado en hacer uso de la prerrogativa que le da el artículo ibídem y por lo tanto, como lo menciona el Dr. Hernán Fabio López refiriéndose a las hipótesis del artículo 1060 ibídem: “*de modo que mientras no emplee la facultad de revocar se entiende que corre con todos los riesgos en igualdad de condiciones a cuando se contrató*”^{xli}.

- 4. Corte:** Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Expediente: 00191
Fecha: Julio 24 de 2006
Recurrentes: Entrecanales y Tavora S.A., Dycke rhooff & Widmann Aktiengesellschaft – A.G. y Fomento de Construcciones y Contratas S.A.
Demandados: Seguros Colpatria S.A. y Cardona-Troll, Marsh, Hidalgo & Compañía Ltda.

4.1. Reseña:

4.1.1. Relación de los Hechos:

- a. El 19 de julio de 1984 se celebró entre las recurrentes, que conformaron el Grupo de Obras Civiles del Metro de Medellín, y la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda., el contrato Nro. 49 para el diseño detallado, construcción, suministro, transporte, nacionalización, entrega en funcionamiento y capacitación de personal del Metro para el Valle de Aburrá.
- b. El 19 de febrero de 1993, las recurrentes subcontrataron con la sociedad Cardona-Troll, Marsh, Hidalgo & Compañía Ltda., posteriormente demandada, el suministro y montaje de las estructuras metálicas de las cubiertas de las estaciones para el tren metropolitano de Medellín.
- c. En desarrollo del subcontrato mencionado, la sociedad Cardona-Troll, Marsh, Hidalgo & Compañía Ltda., se obligó a entregar a las recurrentes dos (2) pólizas de cumplimiento; la primera, con el objeto de incluir el amparo de cumplimiento como tal y cubrir la cláusula penal y, la segunda, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- d. En cumplimiento de lo mencionado, la sociedad demandada celebró con Seguros Colpatria S.A. los contratos de seguro de cumplimiento contenidos en las pólizas Nro. 21975 y 21976, respectivamente.
- e. El 21 de julio de 1994, las sociedades recurrentes comunicaron a la demandada que debido a los constantes incumplimientos y falta de conclusión de las obras contratadas, daban por terminado el subcontrato celebrado.
- f. Debido a lo anterior, las sociedades demandantes tuvieron que subcontratar las obras no realizadas por la demandada con las sociedades españolas Inmetsol, Azteca, Torrejón y Lanik.
- g. El 21 de noviembre de 1994, las recurrentes solicitaron a la aseguradora hacer efectivas las pólizas de cumplimiento mencionadas, debido al incumplimiento de las obligaciones a cargo del afianzado; solicitud objetada mediante carta del 5 de diciembre y, reiterada en 17 de febrero de 1995.

4.1.2. Planteamiento del Problema Jurídico: atendiendo los hechos y consideraciones contenidos en la sentencia que nos ocupa, proponemos como problemas jurídicos los siguientes:

- Para la configuración de un siniestro, es necesario que el asegurado declare el incumplimiento de las obligaciones a cargo del afianzado en los términos pactados en el contrato afianzado?.
- ¿Es posible afectar el amparo de cumplimiento de manera independiente del de buen manejo y correcta inversión del anticipo, así correspondan a un mismo riesgo afianzado pero contenidos en pólizas de cumplimiento diferentes?.

4.1.3. Reseña fallos de instancia: siguiendo el orden establecido, procedemos a mencionar los fallos de instancia así:

4.1.3.1. **Fallo de Primera Instancia**: el a-quo profirió sentencia el 12 de junio de 1998, en la que decidió declarar la nulidad del aparte del numeral 13 de las condiciones generales de las pólizas mencionadas^{xlii}; encontró probada la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora y, desestimó las demás pretensiones, condenando a las hoy recurrentes a pagar el 80% de las costas causadas.

4.1.3.2. **Fallo de Segunda Instancia**: el ad-quem, por su parte, profirió sentencia el 10 de noviembre de 1998 confirmando la decisión del a-quo.

4.1.4. Fundamentos del fallo de segunda instancia: en lo que respecta con los argumentos del fallo que nos ocupa, procederemos a sintetizar los puntos sobresalientes del análisis realizado por el Tribunal, así:

4.1.4.1. En primer lugar, encontramos que el ad-quem hace mención a los seguros de manejo y cumplimiento a partir de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 225 de 1938; posteriormente, se refiere a éstos como seguros de daños, y resalta su connotación de ser indemnizables.

4.1.4.2. Por otro lado, hace un paralelo entre el contrato de seguro de cumplimiento y el contrato de fianza, para concluir que existen múltiples coincidencia entre éstos.

4.1.4.3. De manera importante, resalta que para el ad-quem, en caso de existir razones que ameriten afectar el amparo de cumplimiento; éstas serían extensivas de manera automática al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Lo anterior, soportado en palabras del Tribunal "(...) *aparejada a*

la póliza de cumplimiento...está la de manejo, por la cual se garantiza la indemnización de los perjuicios que el deudor afianzado cause y pueden considerarse consecuencia del incumplimiento”.

- 4.1.4.4. En cuanto al incumplimiento del subcontrato, el ad-quem concluyó que no se configuró el incumplimiento contractual por cuanto no se demostró que el subcontratista no concurriera o impidiera la liquidación del contrato como se pactó y, adicionalmente, el contratista (asegurado) tampoco liquidó el contrato de manera unilateral. Lo anterior, por cuanto consideró que para la configuración del siniestro era indispensable que la demandante acreditara la terminación del contrato afianzado al concretarse una de las causales señaladas en el contrato afianzado como de terminación de éste.
- 4.1.4.5. En lo que respecta con el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, al no encontrar prueba suficiente que demostrará su afectación, decidió no atender la petición de la demandante.
- 4.1.5. Recurso de casación: respecto del recurso que nos ocupa, para un mejor entendimiento, consideramos prudente iniciar con la mención de los artículos que la recurrente considera violados, para luego seguir con los cargos formulados:
- 4.1.5.1. **Demanda de Casación**: la recurrente presentó recurso de casación basándose en la causal primera (1ª) consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil^{xliii}.
- 4.1.5.1.1. **Violación Indirecta**: artículos 2º y 4º de la Ley 225 de 1938; 7º del decreto 1348 de 1939; 1º, 2º, 3º, 4º, 822, 870, 871, 1036, 1045, 1054, 1602, 1603, 1608, 1077, 1079, 1080, 1082, 1083, 1088, 1089, 1096, 1097, 1098, 1102 del Código de Comercio; 177 y 196 del Código de Procedimiento Civil; artículo 10 ord. 4º del decreto 2651 de 1991; 1592, 1594, 1595, 1596, 1599, 1600, 1602, 1603, 1608, 1609, 1613, 1614, 1615, 1618, 1757, 1930, 1936, 2361 y 2369 del Código Civil.
- 4.1.5.1.1.1. **Error de hecho** en la apreciación de las pruebas.
- 4.1.5.2. **Cargos formulados**: la recurrente presentó en su demanda los siguientes capítulos en los que se encuentra dividido el cargo: 1) *“Sistematización de los fundamentos de la sentencia”*, 2) *“La falta de terminación y liquidación del contrato no justifica el incumplimiento del subcontratista”*, 3) *“El siniestro es el incumplimiento del contrato”*, 4) *“El uso de la*

facultad de terminación o la omisión en su uso no impediría pedir la indemnización de perjuicios”, 5) “La prueba del siniestro”, 6) “La prueba de la cuantía de los perjuicios”, 7) “La prueba de la cuantía de los perjuicios con la peritación y la inspección judicial”, 8) “Cumplimiento de todas las obligaciones por parte del consorcio contratista”, 9) “Las demás afirmaciones en que se fundamentan las decisiones del Tribunal” y, 10) “La terminación del cargo”.

En aras de sinterizar los errores que la parte recurrente le indilga al Tribunal, en la sentencia de casación se mencionan los siguientes:

- 4.1.5.2.1. Suponer que el incumplimiento del contrato no es el siniestro y, su inejecución no sería incumplimiento debido a que la conducta del subcontratista estaría justificada.
- 4.1.5.2.2. Suponer que el siniestro no es el incumplimiento del contrato afianzado sino la terminación que de éste hiciera el asegurado por las causales y formas pactadas.
- 4.1.5.2.3. Haber apreciado erróneamente los testimonios de los cuales se deduce claramente el incumplimiento del contrato por parte del subcontratista.
- 4.1.5.2.4. No haber apreciado los documentos aportados por la aseguradora donde consta el incumplimiento por parte del afianzado.
- 4.1.5.2.5. No haber apreciado la prueba de los perjuicios.
- 4.1.5.2.6. La cláusula penal amparada en la póliza de cumplimiento Nro. 21975 se “causó” al no ejecutarse las obras acordadas en el plazo estipulado. Adicionalmente, manifestó sobre un documento allegado por la aseguradora en la contestación de la demanda donde no se logra probar que las partes hubieran convenido que la cláusula penal se causaría si los perjuicios ocasionados a la recurrente eran producto del incumplimiento del contrato principal.
- 4.1.5.2.7. Pasar por alto el indicio grave que “*pesa*” sobre la aseguradora por faltar a la verdad, cuando declaró que no le constaba lo afirmado por la firma ajustadora cuando en el proceso reposa evidencia documental de ello.
- 4.1.5.2.8. En cuanto a la falta de prueba de afectación del amparo de anticipo, manifiesta que los testimonios examinados son prueba suficiente de ello.
- 4.1.5.2.9. Adicionalmente, también se desconoció lo pactado en la cláusula sexta del contrato afianzado, donde se le

otorgan facultades al asegurado de exigir la devolución de los dineros entregados a título de anticipo cuando el subcontratista no cumpliera con las obligaciones a su cargo.

4.1.5.2.10. Por último, la recurrente concluye que de no haber incurrido el Tribunal en los errores mencionados, hubiera determinado que el siniestro se constituyó debido al incumplimiento del subcontratista en cuanto a sus obligaciones.

4.1.6. Consideraciones de la Corte: la Corte inicia su pronunciamiento haciendo referencia al reconocimiento que del seguro de cumplimiento hacen los artículos 2º de la Ley 225 de 1938^{xliv} y 1099^{xlv} del Código de Comercio, respectivamente. Luego, resalta la vigencia de la Ley ibídem, citando la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del 2 de mayo de 2002, expediente Nro. 6785, al determinar que los autores del Código de Comercio jamás perdieron de vista “*esa tipología del contrato*” como se observa en las actas de comisión, “*cumplidamente en los pasajes que fueron dedicados a auscultar las secuelas que se desgajan cuando el tomador del seguro es un tercero*”.

Posteriormente, alude su pertenencia a los seguros de daños y su carácter indemnizable de perjuicios a la luz del artículo 1088 del Código de Comercio; así como de su función de garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en la Ley o en el contrato. Al respecto, cita algunos apartes jurisprudenciales, así:

- a. Sala de Casación Civil. 2 de febrero de 2001, expediente Nro. 5670. “Bajo esta modalidad comercial, entonces, se asegura “...*la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de lo regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil*”.
- b. Sala de Casación Civil. 7 de mayo de 2002, expediente Nro. 6181. “... *el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico*”.
- c. Sala de Casación Civil. 15 de marzo de 1983 y 21 de septiembre de 2000, expediente Nro. 6140. “*el riesgo “consiste en el no cumplimiento – o la eventualidad del incumplimiento del deudor*”.

Para concluir este primer punto, la Corte hace énfasis en la importancia que tiene para el asegurado el demostrar al asegurador la ocurrencia del siniestro; es decir, la inejecución de la obligación garantizada así como el *“menoscabo patrimonial irrogado”* y su cuantía.

En otro parte, la Corte realiza una comparación entre el seguro de cumplimiento –amparo de anticipo- y el de manejo para dejar en claro sus diferencias así: *“El riesgo que figuradamente se traslada al asegurador en esta clase de seguro y que delimita por ende su responsabilidad frente al beneficiario (art. 1056 C.Co), no es la satisfacción de obligaciones que emanan de un determinado negocio jurídico o de la ley – como acontece en el seguro de cumplimiento-, sino el de infidelidad que “puede tener su origen en uno de estos actos; el desfalco, el robo, el hurto, la falsificación y el abuso de confianza. Actos intencionales, dolosos, riesgo que constituye, en todo caso, un evento diferente del buen manejo y correcta inversión del anticipo que se suele asegurar, bajo una póliza de cumplimiento. Cabe pues indicar que en el seguro de manejo el siniestro se configura cuando materialmente se realizan los hechos en virtud de los cuales se produce la apropiación indebida o el uso inadecuado de tales bienes por parte de la persona encargada de su correspondiente manejo”.*

Como aspecto relevante y luego de las precisiones realizadas, la Corte enseguida se pronuncia sobre cada una de las pólizas que nos ocupan, así:

- Póliza de cumplimiento Nro. 21975 (*“por la cual se garantizó el cumplimiento del contrato y la cláusula penal”*). Para la Corte, el Tribunal en un inicio tuvo claro que la inejecución del contrato afianzado constituía el siniestro; sin embargo, al desarrollar su argumento, se alejó de su tesis cuando manifestó que *“... la prueba del siniestro era la terminación del contrato, por incumplimiento de parte del tomador demandado”*; en otras palabras, el Tribunal entendió que la recurrente estaba en la obligación de liquidar el contrato de manera unilateral por las causales y formas pactadas en el contrato afianzado para que se configurará el siniestro. En conclusión, el ad-quem incurrió en un error de hecho al considerar que el siniestro se *“materializaba, no con el incumplimiento del contrato por parte del contratista,..., sino con la terminación del negocio jurídico asegurado “por haberse presentado una de las causales señaladas” en la cláusula décima octava de este”*. Para soportar su posición, la Corte entra a diferenciar *“incumplimiento”* y *“terminación unilateral del contrato”*, donde el primero, *“traduce la conducta*

de una de las partes que ha faltado a sus compromisos contractuales” y, el segundo, a “la declaración de voluntad de su contratante que ante la inejecución prestacional ha resuelto poner fin al negocio jurídico que los vinculaba” y, concluye que: “es al momento de ocurrir tal inejecución prestacional imputable a éste, cuando jurídicamente se configura el siniestro...”.

En cuanto al aspecto probatorio, la Corte encuentra plenamente probado del análisis realizado a los diferentes testimonios y documentos aportados al proceso, la inejecución del subcontrato por parte de los demandados así como la cuantía de los perjuicios sufridos por la recurrente.

- Póliza de cumplimiento Nro. 21976 (*“garantiza la indemnización de los perjuicios que se deriven precisamente del incumplimiento en lo atinente a la correcta inversión del anticipo”*). Sobre el particular, la Corte aclara que la recurrente no demostró en debida forma lo que consideró una violación sustancial como consecuencia de un error de hecho de las pruebas aportadas; pues a su juicio, el alto Tribunal considera que no es suficiente hacer alusión general a las pruebas, sino que es menester pronunciarse de manera individual sobre las que se consideran mal apreciadas. Pese a lo anterior, decide pronunciarse y determina que el cargo no prospera en lo que concierne con la afectación del amparo de anticipo argumentando que siempre se debe respetar la independencia entre los amparos –Cumplimiento vs. Anticipo- de una póliza o, los correspondientes a un mismo riesgo que consten en varias pólizas -como el caso que nos ocupa- y, por tal motivo, concluye: *“... deberá determinarse en cada caso concreto, por cuanto bien puede existir una correcta inversión de las sumas de dinero entregadas a título de anticipo e, igualmente, un incumplimiento ulterior del contrato, ..., lo que implica que el asegurado debe cumplir, respecto de cada uno, con la carga prevista en el art. 1077 del Código de Comercio y, por esa vía, demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, sin que la prueba de uno de ellos, de por sí, pueda hacerse extensiva al otro, o viceversa...”*.

En mérito de lo expuesto, la Corte CASA la sentencia del Tribunal únicamente en lo que se refiere la póliza de cumplimiento Nro. 21975 (*“por la cual se garantizó el cumplimiento del contrato y la cláusula penal”*) y dicta sentencia sustitutiva, así:

En lo concerniente a la cláusula penal, la cual se incluyó dentro de la cobertura de la póliza de cumplimiento Nro. 21975 cuando en la contestación de la demanda, la aseguradora allegó el documento

titulado “*Cláusula especial*”; la Corte encuentra demostrado a través de los diferentes medios de prueba como: el informe del ajustador, el reconocimiento que hace el representante legal de la aseguradora en su declaración de parte donde se formaliza el siniestro y la prueba testimonial, que la aseguradora deberá cancelar el valor de la cláusula penal pactada más los intereses moratorios pertinentes.

Refiriéndose luego, a las excepciones de fondo propuestas por la aseguradora al contestar la demanda, la Corte resuelve que ninguna está llamada a prosperar por las siguientes razones:

- a. Frente a las excepciones de: “*ausencia de responsabilidad de Seguros Colpatria, inexistencia de obligación de indemnizar, ausencia de fundamento legal y contractual para exigir a Seguros Colpatria el pago de la suma asegurada por cláusula penal y, ausencia de fundamento legal para exigir a Seguros Colpatria S.A. el pago de intereses moratorios*”; la Corte acude a que se tengan en cuenta las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.
- b. Frente a la excepción de “*prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro*”, la Corte considera que el momento a partir del cual corre el término para contabilizar la prescripción ordinaria es desde el “*conocimiento –real o presunto- del referido hecho*”; por tal motivo, el siniestro se entiende realizado el 19 de julio de 1994 –fecha en que debieron entregarse la obras por el subcontratista- y es a partir de esta fecha que el término de prescripción comienza a correr; como se aprecia en el expediente, la demanda fue presentada el 4 de julio de 1996, es decir, antes de la consumación del término de prescripción de 2 años establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio^{xlvi}.
- c. Frente a la excepción denominada: “*imposibilidad material para cumplir el contrato CP-093-007 por parte de Cardona-Troll ... por el incumplimiento de las sociedades demandantes*”, la Corte estima que en estos casos tiene cabida la excepción de contrato no cumplido, en cuyo caso la aseguradora se liberaría del pago del siniestro si se comprueba que el asegurado incumplió alguna de sus obligaciones para con el afianzado en relación con el contrato afianzado; sin embargo, dentro de las pruebas allegas al proceso no se demostró por parte de las demandadas tal incumplimiento por parte de la recurrente.
- d. Frente a la excepción denominada: “*terminación del contrato de seguro por incumplimiento de la cláusula de garantía consistente en la modificación realizada por la partes contratantes del contrato CP-093-0037 sin el consentimiento*”

previo de la aseguradora”, la Corte no encuentra prueba que sustente dicha afirmación.

- e. En cuanto a la excepción denominada: *“deducir el monto de los perjuicios causados a Seguros Colpatria, por no haber dado aviso del incumplimiento”*; la Corte tampoco encontró probados los perjuicios alegados.

4.2. Evaluación Crítica: de los hechos, pruebas mencionadas y consideraciones presentadas por los jueces de instancia; procedemos a presentar nuestra evaluación a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la sentencia de casación, comenzando por lo relacionado con el seguro de manejo y el amparo de anticipo, pasando luego por la póliza cumplimiento Nro. 21975 y concluyendo, con la decisión adoptada frente a la póliza de cumplimiento Nro. 21976.

- Póliza de manejo y amparo de anticipo. Sobre el particular, consideramos que, teniendo en cuenta las particularidades mencionadas por la Corte para diferenciar la póliza de manejo de la del amparo de anticipo que hace parte de la póliza de cumplimiento; observamos que a la luz de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 116 del decreto 1510 de 2013^{xlvii} dichos criterios no son del todo diferenciadores^{xlviii}; en otras palabras, no podemos pensar en la posibilidad de afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo prescindiendo de *“Actos intencionales, dolosos”*^{xlix} del tomador-afianzado de la póliza de cumplimiento.

Para respaldar nuestra apreciación, podemos tomar una de las causales establecidas en el artículo ibídem para que se configure el siniestro del amparo que nos ocupa como es la *“apropiación indebida de recursos recibida en calidad de anticipo”*, y concluir que, sin la existencia de una conducta dolosa - entendido desde el punto de vista del Derecho Civil como *“... la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”* - de quién recibe recursos al título mencionado; el siniestro no se configura.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, como criterio diferenciador entre un seguro y otro, proponemos que cuando se trata del seguro de cumplimiento, amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, su fuente no es más que la Ley o el contrato.

Como reflexión adicional y, ratificando la particularidad que envuelve al contrato de seguro de cumplimiento, observamos que el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo en Colombia se ha instituido en contravención del contenido del artículo 1055^{li} del Código de Comercio.

- Póliza de cumplimiento Nro. 21975 (“*por la cual se garantizó el cumplimiento del contrato y la cláusula penal*”). Frente a este punto presentamos nuestro acompañamiento a la decisión adoptada en la sentencia que nos ocupa por la Corte, por cuanto se tuteló el objeto de la póliza de cumplimiento -en cuanto a su amparo de cumplimiento como tal-, que no es otro que amparar los perjuicios sufridos por el asegurado en virtud del incumplimiento total o parcial de las obligaciones a su cargo, sin que sea necesario, exista un documento que materialice dicha situación como en el caso que nos ocupa pretendió el Tribunal establecer. Al respecto, se hace necesario aclarar que para el contrato de seguro de cumplimiento estatal, sí es requisito previo para solicitar una reclamación a la aseguradora en caso de siniestro, exista un Acto Administrativo que sea constitutivo de éste –artículo 18 Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado^{lii}-; situación que no aplica como se muestra, para el caso del contrato de cumplimiento para afianzar contratos entre particulares.
- Póliza de cumplimiento Nro. 21976 (“*garantiza la indemnización de los perjuicios que se deriven precisamente del incumplimiento en lo atinente a la correcta inversión del anticipo*”). Al respecto, la Corte fue enfática en aceptar la independencia en cuanto a la afectación del amparo de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Sobre el particular, el máximo Tribunal consideró que el hecho de demostrar la afectación del amparo de cumplimiento por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista –afianzado, no era, de manera automática, trasladable al amparo de anticipo.

Frente a esta decisión, no desconocemos que pueden presentarse situaciones en las que se demuestre afectación del amparo de anticipo sin necesariamente extenderse al amparo de cumplimiento y viceversa; sin embargo, para el caso que nos ocupa, no vemos como se pudo haber demostrado por la parte recurrente la afectación del amparo de anticipo sino fuera porque el contratista-afianzado incumplió con la ejecución del contrato; concluir en un sentido diferente, sería desconocer que dicho amparo no se afectó siendo que se entregaron dineros a título de anticipo -no traslaticio de dominio-, los cuales cuentan con una destinación exclusiva para la ejecución del contrato afianzado.

En conclusión, la Corte al haber condenado a la aseguradora a pagar el valor del amparo de cumplimiento y su cláusula penal por determinar que el contratista-afianzado no cumplió con sus obligaciones contractuales, debió hacer extensiva dicha decisión al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo; por cuanto, no hacerlo, acarreó el desconocimiento del derecho que le

asiste al asegurado a la luz del artículo 1088 del Código de Comercio que no es otro que ser indemnizado por los perjuicios sufridos como consecuencia de un mal contratista.

Como nota adicional, en cuanto a la posibilidad de afectar la póliza de cumplimiento cuando se hace efectiva la cláusula penal, es menester tener presente siempre que, el contrato de seguro de cumplimiento, pertenece a ese gran género de los seguros de daños; especie, patrimoniales, donde el principio indemnizatorio rige en todo momento; por tal motivo, se debe tener de presente que la cláusula penal para que sea objeto de cobertura dentro de la tipología que comentamos, debe tener un fin netamente ligado con la indemnización de perjuicios y no, sancionatorio, por cuanto se estaría violando la función indemnizatoria del seguro. Sobre el particular, procedemos a citar al Dr. Ordoñez, así: "..., es un hecho que cuando la cláusula penal se pacta como sanción pura, esto es, independientemente de la obligación de reparar los perjuicios derivados del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales, o como prestación mínima pagadora por ese concepto, independientemente de la cuantía real del perjuicio sufrido, puede generar una ventaja económica que es superior al perjuicio sufrido por el acreedor e iría en consecuencia más allá de una simple función indemnizatoria del perjuicio sufrido"^{liii}. Subrayas fuera de texto.

5. Corte: Consejo de Estado – Sala Contencioso Administrativa
– Sección Tercera – Subsección A.
Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez
Expediente: 27.816
Radicación: 25000-2326-000-2002-01362-01
Fecha: Julio 10 de 2013
Recurrente: Seguros del Estado S.A.
Demandado: Rama Judicial.

5.1. Reseña:

5.1.1. Relación de los Hechos:

- a. La Rama Judicial y la sociedad HITECH Ltda., celebraron un contrato de compraventa e instalación de redes de cable estructurado el 16 de octubre de 1998.
- b. Mediante Resolución Nro. 1586 del 15 de febrero de 2001, la Directora Ejecutiva de la Administración Judicial declaró el incumplimiento parcial del mencionado contrato y, ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento correspondiente respecto del amparo de mantenimiento preventivo y correctivo.
- c. Seguros de Estado S.A., presentó solicitud de revocatoria directa de la mencionada Resolución por cuanto consideró que ésta se encontraba viciada por “falsa motivación” debido a que la entidad contratante no demostró la ocurrencia del siniestro de conformidad con los artículos 1077^{liv} y 1080^{lv} del Código de Comercio; revocatoria resuelta en contra a través de la Resolución Nro. 2313 del 9 de mayo de 2001.

5.1.2. Planteamiento del Problema Jurídico: de la sentencia que nos ocupa, proponemos como problema jurídico a formularse, definir:

- ¿El acto administrativo que declara el siniestro es constitutivo o declarativo de éste?.

5.1.3. Reseña del fallo de instancia: al respecto, y teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad asegurada –estatal-, únicamente se hablará de una Primera Instancia surtida por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien negó las pretensiones de la demanda ordinaria en ejercicio de la acción contractual presentada por la demandante contra la Rama Judicial.

5.1.4. Fundamentos del fallo de primera instancia: sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda como se mencionó, por cuanto consideró que no existió duda frente al incumplimiento por parte del contratista afianzado de las obligaciones que tenía a su cargo en virtud de lo pactado en el

contrato Nro. 054 de 1998. Por otro lado, también el Tribunal consideró adecuada la actuación de la administración cuando con el ánimo de auspiciar el principio de “*celeridad*” característico del Derecho Administrativo, expidió un acto administrativo donde declaró el incumplimiento del contrato afianzado y solicitó hacer efectiva la póliza de cumplimiento. Adicionalmente, la recurrente solicitó la revocatoria directa de la Resolución cuando ésta ya se encontraba ejecutoriada.

5.1.5. Recurso Apelación: como primer punto a resaltar, consideramos importante mencionar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993^{vi}, el Consejo de Estado es el competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la actora frente a la decisión adoptada por el Tribunal acerca de sus pretensiones; seguidamente, procedemos con la indicación de las normas que la recurrente considera violadas, para así dar paso a los cargos de apelación.

5.1.5.1. **Normas consideradas violadas que fundamentaron la demanda y, posteriormente el recurso de apelación:**

- Constitución Política: artículos 2, 6, 29 y 58.
- Ley 80 de 1993: artículo 13.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 2, 3, 47, 48 y 50.
- Código de Comercio: 1047, 1056, 1072, 1077, 1079 y 1080.

5.1.5.2. **Cargos formulados:** los cargos formulados en la demanda, se reiteran en la etapa de presentación de alegatos de conclusión; estos son:

5.1.5.2.1. Cargo Primero: la recurrente señala que las Resoluciones acusadas requieren para la exigibilidad de la obligación que pretenden, se expida un acto administrativo que declare el incumplimiento del contrato afianzado.

5.1.5.2.2. Cargo Segundo: adicionalmente, la recurrente alega que los principios rectores que rigen el contrato de seguro son los establecidos en el Código de Comercio; especialmente en lo relacionado con: demostración del siniestro, cuantía de la pérdida, coberturas y responsabilidad de la aseguradora.

5.1.5.2.3. Cargo Tercero: también la actora menciona que no se declaró el incumplimiento de la obligación afianzada, previa la expedición de las resoluciones impugnadas.

5.1.5.2.4. Cargo Cuarto: por último, se alega violación del artículo 1079^{lvii} del Código de Comercio.

5.1.6. Consideraciones de la Corte: sobre el particular, el Consejo de Estado comienza su análisis haciendo énfasis en su competencia para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales; para pasar luego a la revisión de las pruebas allegadas al proceso y, culminar con comentarios acerca de las pólizas de garantía de cumplimiento en los contratos estatales de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y la 1150 de 2007. Realizado lo anterior, concluye con sus consideraciones sobre los casos concretos.

En lo que respecta con la **competencia del Consejo de Estado**, es importante resaltar que ésta se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, donde expresamente se le otorga tal competencia y, tratándose que la naturaleza jurídica de la Rama Judicial es pública, no podría ser otra la autoridad judicial competente la llamada a dirimir el debate que nos ocupa. Lo anterior, soportado también como lo menciona en esta sentencia, en el criterio eminentemente subjetivo u orgánico donde “(...) *la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta, definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado*”.

Como conclusión, el Consejo de Estado pone de presente que en virtud de lo dispuesto en el artículo 77^{lviii} de la Ley 80 donde no se cualifica el sujeto activo de la acción contractual, pueden las compañías aseguradoras, bajo el supuesto que además el acto que declara el siniestro es naturaleza contractual y su exigibilidad está encaminada a obtener atención de las obligaciones que nacen del contrato de seguro, ejercer dicha acción.

Frente a lo correspondiente con las **pruebas allegadas al proceso**, el Consejo de Estado comienza haciendo una referencia a lo dispuesto en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo – pruebas admisibles- que remite al Código de Procedimiento Civil; es así como acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional^{lix} en lo que respecta con el aporte de copias al proceso, cita: “*Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos*”.

A manera de conclusión sobre el particular, el alto tribunal se conforma con listar aquellas pruebas que considera cumplen con el análisis realizado de éstas.

Por último, el Consejo de Estado respecto de la **póliza de garantía de los contratos estatales** comienza haciendo una reseña histórica de las normas relacionadas con el tema que nos ocupa, refiriéndose especialmente a las Leyes 53 de 1909 y 225 de 1938; la Resolución Nro. 1810 de 1957 expedida por la Contraloría General de la República y, los Decretos-Ley 150 de 1976 y 222 de 1983 respectivamente. Como aspecto a resaltar, consideramos importante mencionar que la posición inicial fue la que frente a los contratos de seguro de cumplimiento celebrados para amparar obligaciones surgidas de contratos estatales, la normatividad aplicable era la establecida en el Código de Comercio por cuanto las partes del seguro no dejaba de ser particulares (artículo 1037 del Código de Comercio).

Sin embargo, la tesis mencionada, fue modificada por la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado durante la vigencia del aludido Decreto-Ley 222 de 1983, donde se mencionó *“que tales contratos de seguro, celebrados para garantizar el cumplimiento de otros contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, también participaban de la naturaleza propia de los referidos contratos administrativos”*; lo anterior, por cuanto, al entenderse que en aras de proteger el interés general, algunos contratos que celebra la administración requieren de un tratamiento especial en ciertos aspectos donde el derecho privado resulta insuficiente. En virtud de lo anterior, se establecieron *“cláusulas exorbitantes”* en favor de la administración y principios como el de la ecuación financiera, instituido bajo el entendido que el contratista es una colaborador de la administración. Por lo expuesto, se habló también de contratos administrativos civiles y contratos administrativos comerciales; donde el primero obedecía a contratos regulados en su generalidad por el Código Civil y de modo especial por normas de derecho público y, los segundos, regulados por el derecho comercial y, también, en algunos aspectos especiales, por el público.

Para el Consejo de Estado, a la luz del Decreto 222, el contrato de seguro suscrito para garantizar el cumplimiento de uno de carácter administrativo, participa de la misma categoría; es decir, la de ser administrativo por cuanto *“forman un mismo cuerpo jurídico”* al ser uno parte integrante del otro según el artículo 70 *ibídem*; también, por cuanto el contrato de seguro de cumplimiento sirve a los mismos intereses generales; la configuración del siniestro se hace a través de un acto administrativo, el riesgo asegurable lo fija directamente la administración; no existir en rigor jurídico, el fenómeno de la objeción sino de agotamiento de la vía gubernativa; el plazo del amparo no depende de la voluntad libre del tomador, la mayoría de las cláusulas

las impone la administración, el tomador y/o afianzado celebran un contrato obligatorio, entre otros.

Por otro lado, El Consejo de Estado también realiza un análisis de la Garantía Única de Cumplimiento a la luz de la Ley 80 de 1993, iniciando por el numeral 19 del artículo 25 ibídem donde de manera expresa se le exige al contratista del estado la constitución de una póliza de seguros que garantice el cumplimiento de sus obligaciones surgidas a raíz de la suscripción de un contrato; norma que fue posteriormente reglamentada por el Decreto 679 de 1994. Para el Consejo de Estado, la entrada en vigencia de la Ley mencionada no ameritó un cambio en la posición adoptada frente al tema que nos ocupa y que ya se mencionó renglones arriba, pero sí, la de adecuar algunos de sus argumentos debido a que por ejemplo, el nuevo estatuto de contratación reguló directa y expresamente aspectos generales y fundamentales del contrato de seguro de cumplimiento - a diferencia del Decreto 222- e hizo alusión a que gozan de la naturaleza del contrato estatal.

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 80 –De la caducidad y sus efectos- en lo que hace referencia con la declaratoria de caducidad estableció: *“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*, dejando sin lugar a duda que en el evento que la administración decida declarar la caducidad de un contrato, de manera inmediata su efecto se reflejará en la correspondiente póliza de cumplimiento. En lo que respecta con la vía gubernativa, en caso de expedirse un acto administrativo que declare el siniestro, la aseguradora deberá acudir al procedimiento establecido en el Código Contencioso para *“atacar”* el acto; pero no al artículo 1075^x del Código de Comercio.

Por último, el Consejo de Estado cierra su análisis realizando algunas consideraciones sobre la Ley 1150 de 2007, entre las que vale rescatar por ejemplo, la posibilidad que la nueva legislación otorga para que el contratista presente otros mecanismos de cobertura y, donde no se hace obligatorio exigir la constitución de éstas para los contratos de empréstitos, interadministrativos, de seguros y en los contratos con un valor inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad.

- 5.1.6.1. Frente al cargo primero (la motivación de los actos administrativos): el Consejo de Estado comienza por transcribir la parte motiva del acto administrativo impugnado (Resolución Nro. 1586 del 15 de febrero de 2001) para luego hacer lo propio con la resolutive donde se declara el siniestro y se ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento en lo que respecta con el amparo de mantenimiento preventivo y correctivo. Posteriormente, hace mención a la citación de

notificación realizada a la aseguradora y al edicto emplazatorio respectivo.

En adición, transcribe también apartes de la Revocatoria Directa de la mencionada Resolución, incluyendo la parte resolutive donde se observa la confirmación del acto recurrido en todas sus partes y se aclara lo correspondiente a la cuantía del valor de la condena.

5.1.6.2. Frente al cargo segundo (la declaratoria de incumplimiento como requisito previo para declarar el siniestro): para el Consejo de Estado, el argumento presentado por la recurrente no resulta de recibo; por cuanto, como se observó a lo largo de la sentencia que nos ocupa, en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que “(...) *el acto administrativo que reconoce o declara la ocurrencia del riesgo es **CONSTITUTIVO** del siniestro*”, tal y como se encuentra en las sentencias de diciembre 11 de 2002 (expediente Nro. 22.511) y de mayo 24 de 2001 (expediente Nro. 13.598) respectivamente. Adicionalmente, se apoya en el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 ya mencionado. Por las razones expuestas, el Consejo de Estado encuentra que al expedirse la Resolución Nro. 1586 de 2001, se dio por parte de la entidad asegurada cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo ibídem y se constituyó el siniestro sobre el amparo de mantenimiento preventivo y correctivo de la póliza expedida por Seguros del Estado.

5.1.6.3. Frente al cargo tercero (la cuantía del amparo de mantenimiento correctivo y preventivo): el Consejo de Estado basándose en lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, advierte que no encuentra equívoco alguno respecto del amparo afectado, por cuanto se trata del incumplimiento de la obligación de mantenimiento preventivo y correctivo a cargo del contratista, el cual corresponde, en los términos del mencionado decreto al amparo de “*correcto funcionamiento de equipos*”. En cuanto a la corrección en la cuantía de la condena –valor asegurado-, la Sala encuentra que se trató de una corrección de un error aritmético.

A manera de conclusión, el Consejo de Estado confirma en todas sus partes la sentencia del Tribunal.

5.2. Evaluación Crítica: en lo que respecta con la situación de hecho planteada y los argumentos expuestos a lo largo de la sentencia tanto por las partes, como por los jueces de instancia; presentamos nuestro acuerdo con la decisión adoptada por el a-quo y ratificada posteriormente por el ad-quem, sobre la no necesidad de expedirse un Acto Administrativo que declare el siniestro, cuando

de antemano la administración ya había hecho lo propio al haber expedido previamente un Acto Administrativo solicitando hacer efectiva la póliza. En adición, téngase en cuenta que el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 así lo dispone: *“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*.

Entendemos que el Consejo de Estado basado en el principio de legalidad, soportó su argumentación y, es por ello, que comienza haciendo una reseña histórica partiendo del momento anterior a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 e incluso durante la vigencia del Decreto 222 de 1983^{lxi}, donde el contrato de seguro podría no pertenecer a la categoría de los llamados contratos estatales; y el criterio subjetivo u orgánico servía para determinar qué contratos eran estatales y cuáles no, así como lo dispuesto en el artículo 1037 del Código de Comercio, donde concluir de plano que el contrato de seguro de cumplimiento era de naturaleza estatal, generaba muchas dudas por cuanto ni el tomador –afianzado- de la póliza ni la aseguradora que expedía la póliza tenían la naturaleza pública; para posteriormente, basado en principios como: primacía del interés general, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de legalidad y, las particulares que ostenta el contrato de seguro de cumplimiento frente al régimen general aplicable a los demás contratos de seguro de conformidad con el Código de Comercio; concluir que el contrato de seguro de cumplimiento es de naturaleza estatal cuando es accesorio de un contrato estatal afianzado y, por ende, el acto administrativo que declara su incumplimiento es constitutivo de siniestro.

Pese a lo anterior, queremos hacer la siguiente reflexión, partiendo de la base que no existiera, en la situación de hecho que nos ocupa, ese Acto Administrativo primigenio que solicitó hacer efectiva la póliza de cumplimiento; sobre el particular, no nos quedaría más que apartarnos de la tesis que actualmente tiene vigor y es que el siniestro, para el caso cuando se trate de garantías únicas de cumplimiento, se configura con la expedición de una Acto Administrativo; posición que ha generado múltiples inconvenientes, tanto a la administración como a sus contratistas, por cuanto, la determinación de los términos de prescripción, la notificación de la agravación del estado del riesgo, el agotamiento de la vía gubernativa, entre otros eventos, se supeditan a la existencia de un Acto Administrativo, que como tal, debe cumplir con todos los requisitos establecidos para su legalidad y ejecutoria; lo cual, como ya lo mencionamos, es un generador de inseguridad jurídica. Sobre el particular, invitamos se tenga de presente la evaluación crítica que se hace para la sentencia del 27 de septiembre de 2012, expediente Nro. 76001-23-31-000-2004-05565-01 que a continuación se analiza.

- 6. Corte:** Consejo de Estado – Sala Contencioso Administrativa
– Sección Primera
- Magistrado Ponente:** Dr. Marco Antonio Velilla Moreno
- Expediente:** 76001-23-31-000-2004-05565-01
- Fecha:** Septiembre 27 de 2012
- Recurrente:** Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.
- Demandado:** La Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

6.1. Reseña:

6.1.1. Relación de los Hechos:

- a. La Empresa de Teléfonos de Jamundí S.A. ESP, realizó la importación temporal a largo plazo^{lxii} de una Unidad Funcional de telefonía; importación autorizada por la DIAN mediante la Resolución Nro. 09 del 30 de agosto de 1998.
- b. En la mencionada Resolución, se estipuló que el pago de los tributos aduaneros se realizaría en diez (10) cuotas semestrales pagaderas hasta el año quinto de la importación.
- c. La recurrente expidió la póliza de cumplimiento de Disposiciones Legales correspondiente, cuyo objeto era garantizar la finalización del régimen de importación temporal en los plazos señalados, así como el pago de los tributos aduaneros correspondientes.
- d. La Empresa de Teléfonos de Jamundí S.A. ESP no canceló oportunamente, ni en las cuantías pactadas, las cuotas a que se obligó; excepto la número cinco (5).
- e. La División Local de Aduanas de Cali, mediante la Resolución Nro. 0260 del 21 de mayo de 2014, declaró el incumplimiento de las obligaciones aduaneras a cargo de la sociedad afianzada y ordenó hacer efectivas las garantías correspondientes.
- f. La recurrente interpuso los recursos de reposición^{lxiii} y apelación^{lxiv} contra la Resolución mencionada; recursos que confirmaron en todas sus partes la citada, agotando así la vía gubernativa.

6.1.2. Planteamiento del Problema Jurídico: del análisis de la sentencia que nos ocupa, concluimos traer el siguiente problema jurídico, así:

- Para el contrato de seguro de cumplimiento, ¿Qué interpretación se le debe dar al inciso segundo (2º) del artículo 1081 del Código de Comercio^{lxv}?; en otras palabras, ¿qué se entiende por “...hecho que da base a la acción”?

6.1.3. Reseña fallos de instancia: conociendo de antemano que la vía gubernativa fue agotada, se procede a tocar lo pertinente con el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual, para el caso que nos ocupa, sería el fallo de primera instancia:

6.1.3.1. Fallo de Primera Instancia: sobre el particular, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió en contra las pretensiones presentadas en la demanda por la recurrente al considerar que la póliza de cumplimiento expedida tenía como objeto garantizar la finalización del régimen de importación temporal a largo plazo en los términos establecidos por el Decreto 2685 de 1999, así como el pago de los tributos aduaneros a que hubiera lugar; los cuales tenían que observarse de manera integral y no fraccionada “... como si se tratara de negocios independientes”.

6.1.4. Fundamentos del fallo de primera instancia:

6.1.4.1. En cuanto a la pretensión relacionada con la prescripción de la acción, el Tribunal consideró que a la luz de lo dispuesto en el artículo 153 del Decreto ibídem, la DIAN tiene la facultad de “...recoger los saldos atrasados con la última cuota a cancelar por concepto de los tributos aduaneros respectivos, en una especie de saneamiento y liquidación final de los mismos”; en otras palabras, el juez de instancia determinó que el término de prescripción ordinario “... debe contarse una vez transcurridos los cinco (5) años de plazo de la importación temporal, es decir al término de la última cuota”. Para respaldar su posición, el aquo acude a la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado de fecha 26 de octubre de 2006, expediente Nro. 2001-02402 donde se concluye: “Es decir que el riesgo amparado no sólo es el capital, que son las respectivas cuotas, sino también los intereses de mora, obligación accesoria que surge cuando no es oportuno el pago de la obligación principal”.

6.1.4.2. En lo que respecta con el cargo segundo “Agravación del estado del riesgo”, la demandante consideró que la DIAN no cumplió con lo exigido en el artículo 1060 del Código de Comercio, por cuanto “... en ningún momento requirió a la sociedad actora sobre el incumplimiento en el pago de las cuotas semestrales de tributos aduaneros por parte del importador, incurrió en una agravación del riesgo, que de haberse conocido habría generado la intervención oportuna de la sociedad y evitado la extensión y propagación del incumplimiento en su propio detrimento”; el Tribunal consideró que “...dicha omisión no vicia la legalidad de los actos

impugnados, pues en realidad no hubo una vulneración del derecho de defensa.” y agrega “Al fin y al cabo la Resolución 0260 de 2004 que aquí se cuestiona, fue recurrida en reposición y apelación por parte de la aseguradora”. A lo anterior, el aquo adiciona, lo que considera una omisión al “... desconocimiento de un deber funcional...” por parte de los funcionarios de la DIAN al no haber dado aviso a la aseguradora de los incumplimiento de la demanda, pero también le traslada dicha responsabilidad a la aseguradora por haber vigilado en debida forma la conducta de sus afianzados.

Sobre la decisión del Tribunal, la Magistrada Bertha Lucía González decidió **salvar su voto** tras considerar que el contrato de seguro es independiente de la relación surgida entre el importador y la DIAN y por tal motivo, la omisión en el pago de la cuota sexta (6ª), vencida el 19 de diciembre de 1999, daba la facultada a la administración para que ordenara hacer efectiva la póliza de cumplimiento correspondiente; en otras palabras, para la magistrada sí operó el fenómeno de prescripción.

6.1.5. Recurso de Apelación: notificado de la decisión adoptada por el Tribunal, Confianza S.A. decidió a través de su apoderado, interponer el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

6.1.5.1. Normas consideradas violadas: sobre el particular, la recurrente consideró violados los siguientes artículos:

- Constitución Política: 13 y 29.
- Código de Comercio: 1081.
- Decreto 1265 de 1999: 11 (parágrafo).
- Decreto 2492 de 1999: 2.
- Estatuto Tributario: 634.
- Resolución DIAN Nro. 4240 de 2000: 99 (modificado por el artículo 30 de la Resolución Nro. 7002 de 2001).

6.1.5.2. Cargos formulados: Dicho recurso se basó en los siguientes argumentos:

6.1.5.2.1. El aquo incurrió en una equivocación al contabilizar los términos previstos para la importación temporal, los plazos acordados para el pago de las cuotas y, el término de prescripción del contrato de seguro. Lo anterior se sustenta, por cuanto la recurrente considera que la DIAN tenía la obligación de “...ejecutar la póliza desde el momento en que se produjo el primer incumplimiento por parte del importador”,

por cuanto, interpretar en otro sentido, equivaldría a violar lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio.

6.1.5.2.2. El aquo no tuvo en cuenta que la mora en el pago de las cuotas pactadas, genera la terminación del régimen aduanero de importación temporal a largo plazo según lo dispone el artículo 46 del Decreto 2685 de 1999; excepto opere el fenómeno de la prescripción, qué para el presente caso, debe contarse desde el momento en que la DIAN tuvo conocimiento del incumplimiento de las cuotas por parte del importador.

Alegatos de conclusión: sobre el particular, podemos decir que el apoderado de la parte recurrente procedió a reiterar en esta etapa procesal los argumentos expuestos anteriormente; por su parte, la DIAN a través de su apoderada, sostuvo que *“el siniestro se configura cuando la autoridad competente ha establecido la comisión de la presunta infracción aduanera o identificado las causales que dan lugar a la expedición de una liquidación oficial, esto es, con el requerimiento especial aduanero o la declaratoria de incumplimiento en materia aduanera de conformidad con lo previsto en los artículos 9º del Decreto 2685 de 1999 y 496 de la Resolución No. 4240 de 2000”*; es decir, en su interpretación, la fecha desde cuando comienza a correr la prescripción del contrato de seguro es el 25 de noviembre de 2003, fecha en la que la DIAN estableció la presunta infracción aduanera.

6.1.6. Consideraciones de la Corte: antes de comenzar con el desarrollo de este punto, se hace necesario mencionar que es el Consejo de Estado como tribunal supremo de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quién tiene la competencia para pronunciarse como juez de segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo^{lxvi}.

Hecha la aclaración anterior, el Consejo de Estado en la sentencia inicia su estudio precisando, en primer lugar, cuáles son los actos administrativos demandados; los cuestionamientos que se formulan en el recurso de alzada; las disposiciones que regulan la importación temporal a largo plazo y, concluye, con el análisis concreto de los cargos propuestos en el recurso de apelación.

En lo que respecta con los **actos administrativos demandados**, el alto Tribunal menciona de manera breve la parte resolutive de las Resoluciones proferidas por la DIAN, con el ánimo de identificar claramente sobre cuales actos administrativos pretende, la recurrente, proceda la nulidad. Es así como menciona la Resolución Nro. 260 del 21 de mayo de 2014, luego, la Resolución Nro. 012 del 7 de septiembre de 2004 y, culmina con la Resolución Nro. 353 del

11 de octubre del mismo año; las cuales resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente, contra la decisión contenida en la primera referenciada.

Pasando luego al **recurso de alzada**, el Consejo de Estado establece la necesidad de pronunciarse sobre sí, efectivamente, el fenómeno de la prescripción ordinaria ya había operado al momento de expedirse los actos administrativos mencionados de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio.

Para lo que tiene que ver con el **régimen de importación**, comienza el alto tribunal con la transcripción de algunos apartes de artículos del Decreto 2658 de 1999, tales como, 116, 143, 145, 146, 147, 153, 156 y 157; así como de la Resolución 4240 de 2000, artículos 99, 511; el artículo 2º del Decreto 2492 de 1999 y artículo 634 del Estatuto Tributario.

Dando cumplimiento al orden establecido, el Consejo de estado inicia su pronunciamiento sobre los **cargos formulados en el recurso de apelación**, determinado que el único pago oportuno de la cuotas pactadas para la cancelación de los tributos aduaneros fue el correspondiente a la número cinco (5) y concluyendo, que efectivamente el importador (afianzado) incurrió en un incumplimiento de sus obligaciones aduaneras.

Establecido lo anterior, procede a hacer lo propio con el primer cargo formulado por la recurrente en su demanda – **aplicación del fenómeno de la prescripción**-. Sobre el particular, llega a la conclusión que la obligación aduanera debía terminarse el 17 de agosto de 2002, para luego determinar que *“...el periodo con que cuenta la DIAN para efectuar la respectiva declaratoria de incumplimiento y ordenar hacer efectiva la póliza, se halla determinado fundamentalmente por la vigencia del seguro”*; es decir, que es durante todo el plazo estipulado en la póliza que se puede configurar el incumplimiento de las obligaciones aduaneras por el no pago de los tributos y/o inobservancia de cualquier otra obligación que amerite finalizar el régimen de importación por la causales de ley. Por lo anterior, el ad-quem no acepta la tesis presentada por la recurrente y recalca que *“...los dos (2) años de que trata el artículo 1080 del C. de Co., debían contabilizarse desde el primer incumplimiento so pena de la prescripción, por cuanto, el objeto de la cobertura de la misma es precisamente la debida finalización del régimen y el pago oportuno de cada una de las cuotas de los tributos aduaneros”*.

Para el cargo segundo – **agravación del riesgo** –, el Consejo de Estado *“...estima que no hay lugar a juicio de reproche por cuanto la*

obligación derivada del contrato de seguro se hace exigible con la ocurrencia del siniestro, que en este caso es el incumplimiento de la obligación aduanera, que no obliga a realizar requerimiento alguno a la compañía”.

En lo que corresponde con el cargo tercer – **violación al debido proceso-**, el ad-quem señala que “... cuando la Administración reconoce la existencia del siniestro y exige al asegurador el cumplimiento de su obligación de indemnizar, la notificación de esa decisión administrativa hace las veces de reclamación administrativa” y, resalta, “... es claro que el Estado beneficiario de una garantía no tiene que asistir ante el asegurador y requerirlo para que lo indemnice”. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

De los argumentos expuestos, claramente se observa como el Consejo de Estado **CONFIRMA** la sentencia del Tribunal en todas sus partes.

6.2. Evaluación Crítica: de conformidad con lo expuesto en punto anterior, observamos como la sentencia que nos ocupa se centra en dos aspectos; el primero, la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio a una póliza de cumplimiento expedida a favor de entidades estatales –garantía única de cumplimiento- y, otra, del artículo 1060 ibídem cuando de la conservación en el estado del riesgo se trata.

Frente al primer aspecto –**aplicación del fenómeno de la prescripción-**, tenemos que empezar por mencionar que no se trata de un tema pacífico, por cuanto la redacción del artículo 1081 ibídem no ha sido la más acertada, desde siempre, como lo menciona en Dr. Hernán Fabio López en una de sus obras: *“Dentro de las reformas introducidas por el Código de Comercio a la legislación mercantil en materia de contrato de seguro, una de las sustanciales fue la referente al término de prescripción de las acciones emanadas de él, plazo que fue objeto de considerable y adecuada reducción, aunque, a decir verdad, el texto de la norma no fue el más apropiado, lo cual ha originado inseguridad en el alcance de la disposición a causa de la falta de precisión y disímiles interpretaciones a que se prestan algunos de los vocablos en ella empleados, ...”* lxxvii.

Pasando a otro aspecto que consideramos, también importante mencionar sobre el tema que abordamos, es que a la luz de artículo ibídem, el *“hecho que da base a la acción”*, en la generalidad de los casos, es el siniestro; pero aclarando que no es el único evento de ello como lo trata el Dr. López: *“Tratándose de contrato de seguro, la base para computar el término ordinario de prescripción, el denominado “hecho que da base a la acción”, debe analizarse frente a la aseguradora, el tomador, el asegurado o el beneficiario, según el caso, de acuerdo con la persona en cuyo favor va a obrar la prescripción,..., de ahí que el hecho en que se apoya el*

ejercicio del derecho de acción varía en uno y otro evento, lo que lleva a concluir el hecho que da base a la acción no es siempre el mismo, aun cuando en la mayoría de los casos que ameritan intervención judicial, es el siniestro,...^{lxviii}.

Hechas las anteriores precisiones, observamos que para el Consejo de Estado, esta vez, el “*hecho que da base a la acción*” es el acto administrativo que declara el incumplimiento, el cual debe estar debidamente ejecutoriado y, haber sido expedido durante la vigencia de la póliza; es decir, no basta con la apreciación subjetiva que tenga el asegurado del incumplimiento por parte de su contratista de las obligaciones a su cargo, sino que es menester se expida un acto administrativo para que proceda a solicitar la debida indemnización a la aseguradora; sin olvidar que es a partir de este momento que comienza a correr el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio. Posición ésta, que consideramos muy alejada de la disposición mencionada y generadora de múltiples obstáculos tanto para aseguradoras, asegurados y tomadores (afianzado) en cuanto a la posibilidad de determinación de sus derechos y la oportunidad que tienen para hacerlos exigibles. Al respecto, que mejor que citar al Dr. Andrés Ordoñez donde enfáticamente denuncia la “*artificialidad*” de dicha postura, así: “*Dentro de ese marco es que se ha venido entendiendo siempre que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de contratos estatales y hoy en las garantías únicas de cumplimiento de contratos estatales, está constituido por el acto administrativo que declara la caducidad o impone la obligación de pagar la cláusula penal o multas en caso de incumplimiento, o por el acto administrativo que declare la realización de los demás riesgos amparados. ..., este diseño que resulta necesariamente un tanto artificial, en lo que se refiere a la determinación del momento en que ocurre el siniestro, es lo que ha hecho adicionalmente complejo el tema relativo a la prescripción de las acciones de las que disponen las entidades públicas para el cobro de las indemnizaciones frente a las Compañías de Seguros*”^{lxix}.

En ese orden de ideas, para las aseguradoras y sus afianzados la inseguridad jurídica es palpable en cuanto no les es claro desde cuando comienza a contar el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, debido a que la entidad asegurada tiene que expedir un Acto Administrativo, como se dijo, para que haya siniestro, haciendo a un lado lo dispuesto en el artículo 1081 *ibidem*; pero si para los actores mencionados la situación no es fácil, para las entidades aseguradas tampoco, pues para hacer efectiva la póliza de cumplimiento tienen que “*correr*” para expedir el acto administrativo pertinente dentro de la vigencia del seguro por cuanto como lo menciona el Dr. Ordoñez, “*... puesto que es claro que un siniestro ocurrido por fuera de la vigencia de la póliza no puede comenzar a correr antes de la expedición de ese acto,*

puesto que no puede entenderse que exista esa acción sin que haya ocurrido el siniestro^{21XX}.

Siguiendo el orden propuesto, en lo que respecta con el segundo aspecto tratado por el Consejo de Estado – **agravación del riesgo**-, no compartimos la decisión adoptada sobre el particular, la cual entendemos, no podría ser otra diferente si el máximo tribunal quería ser consecuente con lo determinado para lo relacionado con la prescripción como se anotó.

Sin embargo, a nuestro parecer, la entidad estatal asegurada (DIAN), al observar que la importadora no cumplía con los pagos en la forma en que se había obligado hacerlo; debió a la luz de lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio, proceder de inmediato a informarlo a la aseguradora, máxime si, desde nuestro punto de vista, éstas versan sobre aspectos importantes que inciden en la voluntad de contratar el seguro, para que la aseguradora optara por revocar el contrato o reajustar su prima. Como se observó a lo largo de la sentencia, dicha actitud por parte de la asegurada no se dio y, en consecuencia, el contrato de seguro debió terminar como lo dispone el texto aludido.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado desatendió el argumento de la recurrente a este respecto, por cuanto centró su atención en lo pertinente con la prescripción, lo cual como se dijo, no consideramos se ajusta a lo establecido en el Código de Comercio y que denota una vez más la dificultad de armonizar estas disposiciones con el contrato de seguro de cumplimiento.

CONCLUSIÓN

Luego de haber realizado el correspondiente análisis de las sentencias mencionadas, podemos concluir que en lo que concierne con el ramo de cumplimiento, independientemente si se trata de una póliza con condiciones generales entre particulares o, de garantía única; existen muchos aspectos que impiden su plena armonía con las normas que rigen el contrato de seguro en el Código de Comercio; ejemplo de ello, tenemos: término de prescripción, jurisdicción aplicable, terminación del contrato por no pago de la prima, notificación de cambios en el estado del riesgo, artículo 1055 ibídem, entre otros.

Es por lo anterior, que se hace necesario establecer de una vez por todas un régimen jurídico propio para el contrato de seguro de cumplimiento, con el ánimo de lograr, no solo para el Estado, sino para los particulares, la tan anhelada seguridad jurídica que hoy nos es esquiva.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

- Constitución Política de Colombia.
- Código Civil.
- Código de Comercio.
- Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo.
- Código de Procedimiento Civil.
- Decreto 2651 de 1991.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 1150 de 2007.

Jurisprudencia:

- **Consejo de Estado:**
 - Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Diciembre 11 de 2002. Expediente Nro. 22.511.
 - Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 24 de 2001. Expediente Nro. 13.598. Radicado Nro. 25000-23-26-000-1994-0296-01. Magistrado Ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque.
 - Auto del Consejo de Estado de marzo 9 de 1998. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente Nro. 4.913 (180). Magistrado Ponente, Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.
 - Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo. Julio 10 de 2013. Expediente 27.816.
- **Corte Constitucional:**
 - Sentencia C-023 de febrero 11 de 1998.
- **Corte Suprema de Justicia:**
 - Sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 9 de septiembre de 1999, abril 10 de 2000, 19 de noviembre de 2001 y 18 de marzo de 2003.

Doctrina:

- Andrés Ordoñez Ordoñez., *“Estudios de seguros”, “Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales”,* primera edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Marco Gerardo Monroy Cabra, *“Introducción al Derecho”,* Decimocuarta Edición, Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 2006.
- Hernán Fabio López Blanco., *“Comentarios al Contrato de Seguros”,* Quinta Edición, Bogotá D.C., Dupre Editores, 2010.
- Ossa J. Efrén, *Tratado Elemental de Seguros,* Lerner, Bogotá 1963.

ⁱ Art. 254. Valor probatorio de las copias.

ⁱⁱ *Ibidem*. 268. Aportación de documentos privados.

ⁱⁱⁱ Por el cual se reorganiza el Fondo de Inversión para la Paz, FIP. Artículo 5º. Administración y Dirección. La administración del Fondo de Inversión para la Paz, FIP, estará a cargo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Consejo Directivo, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación en lo relacionado con la programación presupuestal y la evaluación de la gestión, de acuerdo con sus competencias.

La Dirección Ejecutiva del Fondo estará a cargo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, función que podrá ser delegada en el Consejero Presidencial para el Plan Colombia.

^{iv} *Ibidem*. 233. Procedencia de la peritación.

^v *Ibidem*. 237. Práctica de la prueba. Se hace referencia a la prueba pericial.

^{vi} *Ibidem*. 238. Contradicción del dictamen.

^{vii} ART. 1055. Código de Comercio. Actos Inasegurables.

^{viii} *Ibidem*. 1072. El Siniestro. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.

^{ix} ART. 374. Código de Procedimiento Civil. Requisitos de la demanda (Casación). 3º. La formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa.

^x “[el] contrato de seguros de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, ‘serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento’, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor. (...) Ahora bien, dada su naturaleza jurídica, el beneficiario del seguro de cumplimiento, ante el acaecimiento del siniestro, debe demostrar ante la compañía aseguradora, ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pus sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quién, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador”.

^{xi} Inciso final, artículo 18 –De la caducidad y sus efectos- de la Ley 80 de 1993. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

Inciso 4º, artículo 7 – De las garantías en la contratación - de la Ley 1150 de 2007. El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Artículo 128 – Efectividad de las garantías- del Decreto 1510 de 2013.

^{xii} Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Diciembre 11 de 2002. Expediente Nro. 22.511.

^{xiii} Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 24 de 2001. Expediente Nro. 13.598. Radicado Nro. 25000-23-26-000-1994-0296-01. Magistrado Ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque.

^{xiv} Auto del Consejo de Estado de marzo 9 de 1998. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente Nro. 4.913 (180). Magistrado Ponente, Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

^{xv} Andrés Ordoñez Ordoñez., “*Estudios de seguros*”, “*Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales*”, primera edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 328.

^{xvi} ART. 1068. Código de Comercio. Mora en el pago de la prima.

^{xvii} *Ibidem*. 1048. Documentos que hacen parte de la póliza.

^{xviii} Cuando se hace referencia al “*certificado 1*”, lo que se quiere significar es sobre la existencia de un anexo modificatorio de la póliza de cumplimiento y, que para el caso que nos ocupa, éste consistió en la modificación del amparo de salarios y prestaciones sociales.

^{xix} *Ibidem*. 1084. Concurrencia de intereses sobre una misma cosa. Sobre una misma cosa podrán concurrir distintos intereses, todos los cuales son asegurables, simultáneamente o sucesivamente, hasta por el valor de cada uno de ellos. Pero la indemnización, en caso de producirse el hecho que la origine, no podrá exceder del valor total de la cosa en el momento del siniestro. Su distribución entre los interesados se hará teniendo en cuenta el principio consagrado en el artículo 1089.

^{xx} *Ibidem*. 1070. Reglas para calcular la prima devengada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo.

^{xxi} *Ibidem*. 1073. Responsabilidad del asegurador según el inicio del siniestro. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

^{xxii} *Ibidem*. 1039. Seguro por cuenta de un tercero. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable.

^{xxiii} *Ibidem*. 1046. Prueba del contrato y entrega de la póliza. El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

^{xxiv} Decreto 2651 de 1991, Por el cual se expidieron normas transitorias para Descongestionar los Despachos Judiciales. Adoptado como legislación permanente, art. 162, Ley 446 de 1998. Derogado por el literal c), art. 626, Ley 1546 de 2012. “2. Si un cargo contiene acusaciones que la Corte estima han debido formularse separadamente, deberá decidir sobre ellas como si se hubieran invocado en distintos cargos”.

^{xxv} Op. Cit., Art. 1069. Pago fraccionado de la prima. El pago fraccionado de la prima no afecta la unidad del contrato de seguro, ni la de los distintos amparos individuales que acceden a él.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará al pago de las primas que se causen a través de la vigencia del contrato y a las de renovación del mismo.

^{xxvi} *Ibidem*. 1119. Reglas sobre la prima. El asegurador ganará irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta.

^{xxvii} ART. 1592. C. Civil. Concepto de cláusula penal.

^{xxviii} ART. 1599. C. Civil. Obligatoriedad de la pena.

^{xxix} Sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 9 de septiembre de 1999, abril 10 de 2000, 19 de noviembre de 2001 y 18 de marzo de 2003.

^{xxx} Al respecto, consideramos importante aclarar que el ramo de cumplimiento constituye una excepción al contenido del artículo 1054 del Código de Comercio, por cuanto para este caso, el siniestro acaecería por una conducta del Tomador-Afianzado de la póliza. Al respecto, citamos lo expuesto por Juan Felipe Acosta y Jhonatan Suárez en su trabajo *“ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS DEL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO”* así: *“(…) Frente al riesgo asegurable es necesario hacer la aclaración que este riesgo asegurable es una excepción a la definición dada anteriormente, basada en el artículo 1054 del Código Civil, “... suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”. Decimos que es una excepción, porque aquí el incumplimiento vendrá del afianzado (contratista – deudor de la obligación)”*. Universidad de San Buenaventura, Sede Bello.

^{xxxi} Andrés Ordoñez Ordoñez., *“Estudios de seguros”, “Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales”*, primera edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 183.

^{xxxii} Ver. Art. 7º, inciso 2º. Ley 1150 de 2007.

^{xxxiii} ART. 1060. Código de Comercio. Conservación del estado del riesgo y notificación de cambios.

^{xxxiv} *Ibidem*. 1058. Declaración del tomador sobre el estado del riesgo.

^{xxxv} ART. 276. Código de Procedimiento Civil. Reconocimiento implícito. La parte que aporte al proceso un documento privado, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad.

^{xxxvi} *Ibidem*. 187. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

^{xxxvii} Marco Gerardo Monroy Cabra, *“Introducción al Derecho”*, Decimocuarta Edición, Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 2006, pág. 543.

^{xxxviii} Al respecto, consideramos importante traer la definición que de *“carga de claridad y precisión en la formación del negocio”* trae el Dr. Monroy Cabra: *“El declarante debe tomar en consideración el que al efectuar el negocio jurídico ha de hacerlo con atención, conocimiento y claridad, y todo esto valiéndose de medios idóneos. Las partes no pueden atribuir un significado diverso e incompatible al precepto, desconociendo la ley”*. *Ibidem*, pág. 550.

^{xxxix} **Artículo 3º. Principios.** Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

^{xl} *Ibidem*. f) **Educación para el consumidor financiero.** Las entidades vigiladas, las asociaciones gremiales, las asociaciones de consumidores, las instituciones públicas que realizan la intervención y supervisión en el sector financiero, así como los organismos de autorregulación, procurarán una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen las entidades vigiladas, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos.

^{xli} Hernán Fabio López Blanco., *“Comentarios al Contrato de Seguros”*, Quinta Edición, Bogotá D.C., Dupre Editores, 2010, pág. 171.

^{xlii} Al respecto, se encuentra que la mencionada estipulación exigía el acompañamiento de una sentencia judicial que declarara el incumplimiento del contratista, para que procediera el pago del siniestro por parte de la aseguradora.

^{xliiii} ART. 368. Código de Procedimiento Civil. Causales. Son causales de casación: 1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial. La violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.

^{xliiv} Al respecto, la Corte menciona que el artículo estableció que su objeto sería el de amparar *el “... cumplimiento de las obligaciones que emanen de leyes y contratos”*.

^{xliv} ART. 1099. Código de Comercio. CASOS EN LOS QUE NO HAY DERECHO A LA SUBROGACIÓN. Inc. 2º. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito (...).

^{xlvi} *Ibidem*. 1081. Inc. 2º. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

-
- ^{xlvii} Art. 116. Decreto 1510 de 2013. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: 1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo 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.
- ^{xlviii} “El riesgo que figuradamente se traslada al asegurador en esta clase de seguro y que delimita por ende su responsabilidad frente al beneficiario (art. 1056 C.Co), no es la satisfacción de obligaciones que emanan de un determinado negocio jurídico o de la ley – como acontece en el seguro de cumplimiento-, sino el de infidelidad de la persona a quien se han confiado las sumas de dinero o valores, infidelidad que “puede tener su origen en uno de estos actos; el desfalco, el robo, el hurto, la falsificación y el abuso de confianza”.
- ^{lix} Ossa J. Efrén, Tratado Elemental de Seguros, Lerner, Bogotá 1963, pág. 514.
- ^l Art. 63. Código Civil. Inciso Final. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.
- ^{li} Art. 1055. Código de Comercio. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables.
- ^{lii} Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo. Julio 10 de 2013. Expediente 27.816.
- ^{liii} Andrés Ordoñez Ordoñez., “Estudios de seguros”, “Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales”, primera edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 204.
- ^{liiv} ART. 1077. Código de Comercio. Carga de la Prueba. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.
- ^{lv} *Ibidem*. 1080. Oportunidad para el pago del siniestro. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077.
- ^{lvi} ART. 75. Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.
- ^{lvii} Op. Cit., ART. 1079. El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.
- ^{lviii} ART. 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recursos de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.
- ^{lix} Sentencia C-023 de febrero 11 de 1998.
- ^{lx} ART. 1075. Código de Comercio. El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer.
- ^{lxi} Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del marzo 9 de 1988. Expediente 4913. Magistrado Ponente, Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.
- ^{lxii} De conformidad con el Decreto 2685 de 1999.
- ^{lxiii} El recurso de reposición fue fallado a través de la Resolución Nro. 012 del 7 de septiembre de 2004.
- ^{lxiv} El recurso de apelación fue resuelto a través de la Resolución Nro. 0353 del 11 de octubre de 2004.
- ^{lxv} ART. 1081. Código de Comercio. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.
- ^{lxvi} Se aclara que el artículo mencionado era el aplicable al caso que nos ocupa, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.
- ^{lxvii} Hernán Fabio López Blanco., “Comentarios al Contrato de Seguros”, Quinta Edición, Bogotá D.C., Dupre Editores, 2010, pág. 283.
- ^{lxviii} *Ibidem*, pág. 291.
- ^{lxix} Andrés Ordoñez Ordoñez., “Estudios de seguros”, “Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales”, primera edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 328.
- ^{lxx} *Ibidem*, pág. 334.