

“CONSIDERACIONES SOBRE EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO”

NATALY CARDONA RIOS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA JAVERIANA
FACULTA DE DERECHO
POSGRADOS EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTA D,C
2013

“CONSIDERACIONES SOBRE EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO”

NATALY CARDONA RIOS

Monografía de Grado para optar por el título de ESPECIALISTA EN DERECHO
COMERCIAL

Director
LUIS FERNANDO RODRIGUEZ RAMIREZ
Abogado

UNIVERSIDAD PONTIFICIA JAVERIANA
FACULTA DE DERECHO
POSGRADOS EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTA D,C
2013

Nota de Aceptación

Director Monografía

Bogotá D,C 20 de Agosto de 2013

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de 1964

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

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	
<u>2. OBJETIVOS</u>	8
<u>2.1 GENERAL</u>	8
<u>2.2 ESPECIFICOS</u>	8
<u>3. EL CONTRATO DE SEGUROS</u>	9
<u>3.1 DESARROLLO HISTORICO DEL CONTRATO DE SEGUROS</u>	10
<u>3.2 PRESENCIA DEL CONTRATO DE SEGUROS EN COLOMBIA</u>	11
<u>3.3 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE SEGUROS</u>	13
<u>3.3.1 Consensual</u>	13
<u>3.3.2 Bilateral</u>	14
<u>3.3.3 Oneroso</u>	14
<u>3.3.4 De ejecución sucesiva</u>	14
<u>3.3.5 Principal</u>	14
<u>3.3.6 De adhesión</u>	15
<u>3.4 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO</u>	15
<u>3.4.1 Interés Asegurable</u>	15
<u>3.4.2 Riesgo asegurable</u>	16
<u>3.4.3 Prima</u>	16
<u>3.4.4 Obligación condicional del asegurador</u>	16
<u>3.5 PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO SE SEGUROS</u>	17
<u>3.5.1 El Tomador</u>	17
<u>3.5.2 La Aseguradora</u>	17
<u>3.6 OBLIGACIONES DE LAS PARTES</u>	17
<u>3.6.1 Obligaciones del tomador</u>	17
<u>3.6.1.1 Precontractuales</u>	17
<u>3.6.1.2 Contractuales</u>	18
<u>3.6.1.3 Obligaciones con ocasión del siniestro</u>	18

<u>3.6.2 Obligaciones del Asegurador</u>	18
<u>3.7 DIFERENCIAS SEGURO DE DAÑOS Y SEGURO DE PERSONAS.</u>	18
<u>4.EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO</u>	21
<u>4.1 CLASIFICACION DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO</u>	22
<u>4.1.1 A favor de entidades estatales</u>	22
<u>4.1.2 A favor de particulares</u>	26
<u>4.1.3 Disposiciones legales</u>	27
<u>4.1.4 Caucciones Judiciales</u>	27
<u>4.2 GARANTIAS QUE AMPARAN LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL</u>	28
<u>4.1 Seriedad de la oferta</u>	28
<u>4.3 GARANTIAS QUE AMPARAN RIESGOS DERIVADOS DE LA ETAPA CONTRACTUAL Y POS CONTRACTUAL</u>	29
<u>4.3.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo</u>	30
<u>4.3.2 devolución del pago anticipado</u>	30
<u>4.3.3 Cumplimiento</u>	31
<u>4.3.4 Pago de salarios y prestaciones sociales</u>	32
<u>4.3.5 Estabilidad y calidad de la obra</u>	32
<u>4.3.6 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados</u>	33
<u>4.3.7 Calidad del Servicio</u>	33
<u>4.4 DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON EL CONTRATO DE FIANZA</u>	33
<u>4.5 SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL</u>	35
<u>5. SINIESTRO</u>	38
<u>5.1 AVISO Y RECLAMACION DEL SINIESTRO</u>	38
<u>5.2 CONTRAGARANTIA</u>	39
<u>5.3 SUBROGACION</u>	39
<u>5.4 PRESCRIPCION</u>	40
<u>CONCLUSIONES</u>	42
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	43

INTRODUCCION

A través de la presente monografía se quiere ilustrar sobre el origen y los antecedentes históricos del Contrato de seguros y especialmente del Seguro de Cumplimiento, abordando además el estudio de temas que han suscitado varias controversias en la práctica aseguradora.

La finalidad del presente escrito es abordar los temas desde un punto de vista académico y de fácil comprensión para todos los lectores, apartándose de cualquier tipo de interés particular.

Teniendo en cuenta que el tema referente al contrato de Seguros es muy extenso y complejo, se realizara un evidente estudio parcial del mismo, en el cual se iniciara por desarrollar aspectos históricos y generales del seguro, pasando a temas particulares que se deben tener presentes para la suscripción de una póliza de Seguro de Cumplimiento como los son los amparos que cubrirá la póliza, y obligaciones de las partes bajo la legislación Colombiana,

Hoy en día gracias al crecimiento de infraestructura, las pólizas de Cumplimiento se han convertido en una herramienta fundamental como garantía de las obligaciones que tienen a cargo los contratistas frente a Entidades Estatales o frente particulares, dando certeza que los daños que se puedan causar por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales serán reparados por una compañía de Seguros.

Es evidente que a medida que ha evolucionado la humanidad se han generado nuevas necesidades en la sociedad, y por ello el tema de los seguros que ha crecido vertiginosamente en el País y se ha ido ajustando a las leyes Colombianas, especialmente para el caso en estudio al tema de la Contratación Estatal.

2. OBJETIVOS

2.1 GENERAL

- Analizar los aspectos Generales relacionados con la aplicación del Seguro de Cumplimiento en las relaciones Jurídicas inmersas durante su ejecución.

2.2 ESPECIFICOS

- Traer a colación el desarrollo histórico del Contrato de Seguros.
- Puntualizar al respecto de las consideraciones generales del seguro de Cumplimiento.
- Establecer el contenido y alcance de los amparos contemplados dentro del Seguro e Cumplimiento.
- Identificar las diferencias del Seguro de daños y seguro de personas.

3. EL CONTRATO DE SEGUROS

Según lo ha definido el Código de Comercio en su artículo 1036 se conoce como un contrato “consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”. El término seguros proviene de la expresión en latín *Securus*, que significa libre y exento de todo peligro, daño o riesgo.

El seguro es una institución económica compleja, que comprende diferentes aspectos: Económico, Técnico, Político, Jurídico, Judicial, y Social.

Nace de la solidaridad y posee diferentes definiciones:

- ✓ Recurso cuyo origen surge de un grupo que se une para atender diferentes necesidades.
- ✓ Institución económica para reparar o atenuar consecuencias de un acontecimiento eventual e importante.
- ✓ Sistema para quedar exento de la tiranía del azar.
- ✓ Instrumento para que los negocios queden a salvo de los peligros

El Doctor Joaquín Garrigues nos ha expresado respecto del contrato de Seguros lo siguiente: “Es un contrato en virtud del cual una persona natural o jurídica, el asegurado, desplaza todo o parte de los riesgos a que se haya expuesto, a otra persona jurídica, el asegurador, quien los asume, mediante el pago de una prima obligándose en caso de siniestro a pagar la indemnización correspondiente”¹

La Jurisprudencia Colombiana, ha definido el contrato de seguros en los siguientes términos: “Es aquel negocio bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona (asegurador) se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al asegurado los daños sufridos (...)”²

¹ GARRIGUES, Joaquín. Contrato de seguros Terrestre. Madrid. Editorial Aguirre, 1973. Página 6.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 24 de Enero de 1994, expediente N° 4045.

3.1 DESARROLLO HISTORICO DEL CONTRATO DE SEGUROS

Hablar de una fecha precisa en la que surgió el seguro es impreciso, podría indicarse como bien lo señala el Dr. Fernando Palacios Sánchez que “corresponde al decantamiento de prácticas que el hombre considero necesarias para vivir en sociedad, el seguro es consecuencia de la necesidad del hombre de atemperar los riesgos de toda índole que gravitan sobre él, su familia, y sus activos.”³

Sin embargo, podemos reseñar que el contrato de seguros surge como un concepto de protegerse ante un riesgo, concepto que podría remontarse al Código de Hammurabi en el cual se indicaba:” quien matare a una persona tendría por obligación indemnizar y dar una renta a la mujer de esa persona que murió”, Se prevé la indemnización por accidentes de trabajo, y se daba una cuota para protegerlos; a las caravanas de comerciantes se les protegía de los ataques de las fieras sobre los animales.

Seguido a esto surgen las sociedades griegas en donde ya se hablaba del pago a la ocurrencia del riesgo.

En Inglaterra a partir de lo anterior, surgieron muchos individuos con gran poder adquisitivo, quienes ofrecían un servicio de apuesta, (lo más parecido al seguro actualmente); el desarrollo industrializado se da en Inglaterra en el año 1600, fecha en que los incendios de Londres se incrementaron y gracias a estos eventos el tema de seguros inicia su auge: Nace el seguro de incendios.

En 1687 apareció el café de Edward Lloyd, quien se convirtió en la persona que serviría como referente para las negociaciones de seguro que se llevarían a partir de esa fecha en un lugar específico “el café Lloyd,”. A partir de esta iniciativa puede indicarse que los seguros se desarrollaron como un mercado que tenían la finalidad de ser un medio de protección. Lloyds de Londres fue una asociación como una de las compañías más serias del mundo. En el café Lloyd, concurrían todos los navieros, capitanes, financistas y banqueros ubicados en Tower Street. El café tuvo tanta acogida en el comercio, que las personas acudieron a hablar de finanzas, de comercio marítimo, de seguros sin existir seguros (como pólizas).

³ PALACIOS SANCHES, Fernando; Seguros Temas Esenciales, Universidad de la Sábana, Tercera Edición, p. 4.

Se les ocurrió que todas las embarcaciones que salían de allí deberían tener un amparo; se dictaron su propio reglamento, publicaron su propio periódico; y ofrecieron sus servicios como aseguradores, respondiendo por cualquier pérdida que se pudiera presentar en altamar, tanto de la misma embarcación, como de la mercancía.

Se conocieron figuras tales como: Underwriting members: Eran los suscriptores, personas de un perfil altísimo, debían tener un alto capital, pues estos respondían en el momento que se requiriera.

Los Syndicates: Se dividen en diferentes grupos, allí es donde llegaron toda las propuestas de seguro y de reaseguro, eligiendo a quienes le dan o no la cobertura, y los Underwriters seleccionan las diferentes solicitudes para ver si se toma o no las “coberturas”

Nacen igualmente los Brockers: Intermediarios que llevan los negocios a Lloyds de Londres. Para llegar a ser como tal se le exigen una serie de altos requisitos. En 1700, surgen las compañías de seguro con fines de protección a los riesgos marítimos, creando así el principio base en el seguro de vida <<principio indemnizatorio>>.

En 1845, se da el seguro para la agricultura, luego surgen en otros países como Francia, Alemania y USA.

En el Siglo XiX se da el seguro de cosas, aparecen las primeras codificaciones, y las primeras reaseguradoras del mundo, como la Munchen de Alemania, junto con ella los primeros grupos de reaseguradores de compañías ya constituidas como sociedades para explotar el ramo de los seguros.

3.2 PRESENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA

En Colombia el seguro aparece en 1857 con la compañía el “porvenir de las familias”, era una compañía filial de una empresa chilena. En 1874 se presentó el primer siniestro el cual tuvo lugar en el Río Sabanilla; y por ello fue con el Reaseguro Francés que se reactiva el seguro en Colombia.

En 1923, se creó la Superintendencia bancaria; para los años 30 aparecen los seguros de Cumplimiento y de automóviles. Con la apertura económica se dio la posibilidad al regulador de ofrecer sus productos siempre que lo hiciera estando autorizado, para esta fecha existía la libertad de precios.

Algunas de las legislaciones a través del tiempo son:

Ley 57 de 1887: Adoptó el código de comercio de Panamá, en su artículo 634 se definió lo que es un contrato de seguros.

Ley 105 de 1927: Tuvo una vigencia por 63 años. Era supremamente rígida, daba toda la potestad al superintendente bancario. Podía decidir crear o no una compañía de seguros sin argumento alguno, no se podía cambiar absolutamente nada a las pólizas si no era previamente aprobado por la Superintendencia Bancaria.

En la ley también se decía que las tarifas eran únicas, que las condiciones también lo eran, por tanto, no eran modificables, lo que significaría que las pólizas eran idénticas para todo mundo. Nadie podía ofrecer una cobertura mejor o inferior, aunque debía existir un mismo precio, en realidad no lo existía. Se ofrecía mejor servicio, mejor experiencia, mejor seriedad, sin embargo en el mercado por esa competencia tan fuerte se veía que si se pedían diversas cotizaciones todas eran diferentes.

Código de Comercio: Decreto 410 de 1971.

Ley 45 de 1990: Conocida también “como la ley del revolcón”, donde permitieron las importaciones, se permite en materia de seguros todas las modificaciones. A partir de acá hay libre tarifación y condiciones.

Decreto 663 de 1993: Contiene el estatuto orgánico del sistema financiero.

Ley 389 de 1997: Modifica la característica del contrato de seguro que toda la vida se consideró como solemne para pasar a ser consensual.

Ley 510 de 1999 y la ley 795 de 2003: Modifican el estatuto orgánico, refiriéndose a reaseguradores, a registro de reaseguradores en la Superintendencia Financiera y también en la composición de junta directiva de las compañías de seguros.

Decreto 2555 del 2010: Aparecen las normas del sector financiero y del sector de los seguros. No aparece que es un contrato de seguros, se refiere a las reservas técnicas de características de cómo deben ser las pólizas pero no lo referente a la forma como se desarrolla el contrato de seguro.

Ley 80 de 1993: Contiene el estatuto de la contratación estatal. Estas normas no han sido favorables porque contiene tantos numerales, párrafos e incisos dado que no logró hacer un estatuto corto. Además habla que todo contratista debe acompañar pólizas de cumplimiento “de acuerdo a lo que reglamente el gobierno” por ello se dictó el Decreto 664, 679. Decreto 734 de 2012 que contiene el estatuto de la contratación estatal. Establece: “Las pólizas se otorgarán de acuerdo a lo que prescribe la ley 80.

3.3 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE SEGUROS

Según la Ley, el contrato de seguro presenta las características que a continuación se mencionan:

3.3.1 Consensual: se perfecciona con el consentimiento de las partes sin requerir formalidades específicas, el consentimiento debe estar manifiesto respecto al clausulado del contrato, clausulado sobre el cual, una vez se emita dicho consentimiento rigen obligaciones para las partes.

Se debe recordar, que este elemento como característico de la esencia del contrato de seguros, empezó a regir en el año 1998, con la creación de la ley 389 de 1997, con esta ley se pretendió:

1. “Superar el desequilibrio en que se encontraban los asegurados que no podían reclamar responsabilidad contractual al asegurador antes de suscribirse la póliza, aunque ya hubieren pagado la prima.
2. Rescatar los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe a favor de las aseguradoras y asegurados.
3. Mejorar los elementos probatorios con la entrega del documento.
4. Subsanan el vacío existente, al crearse la acción de reposición de la póliza en cabeza del tomador, asegurado o beneficiario”⁴

⁴ Ibídem.

3.3.2 Bilateral: El artículo 1496 del Código Civil Colombiano ha indicado. “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.⁵ De lo cual, es claro que en el contrato de seguros existe un acuerdo de voluntades, sobre el cual las partes tienen a su cargo el cumplimiento de obligaciones distintas. “Los negocios son bilaterales si exigen el concurso de dos declaraciones de voluntad que emanen de partes diferentes”⁶.

De otro lado, la doctrina ha puntualizado frente al contrato de Seguros lo siguiente: “Se trata de un contrato bilateral, no solamente en su formación, como todos los contratos, sino también en sus efectos”⁷

3.3.3 Oneroso: “Cuando se tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro, se está frente a un contrato oneroso, o sea que no existe ni puede existir en él gratuidad”⁸

3.3.4 De ejecución sucesiva: indica esto, que es un contrato en el cual surgirán obligaciones para los contratantes durante el tiempo de la vigencia del contrato; “o lo que es lo mismo, de tracto sucesivo, porque no se realiza de una vez, sino que se va desarrollando a través del tiempo; su ejecución no es instantánea por corta que sea su duración”⁹.

Sin embargo, además de las anteriores características que señalo el artículo 1036 del código de comercio, podría incluirse las siguientes:

3.3.5 Contrato Principal: El contrato de seguros se encuentra inmerso en esta característica ya que subsiste por sí mismo, sin depender de otro contrato; sin embargo, esta característica encuentra una excepción frente al seguro de cumplimiento, sobre el cual deja de ser un contrato principal para convertirse en un contrato accesorio, pues bien la finalidad de éste es garantizar el cumplimiento de la obligación dada a una de las partes en un contrato inicial.

⁵ CODIGO CIVIL, ARTICULO 1496.

⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, de los contratos. Tomo IV, 6ª edición. Editorial Temis, 1985, Bogotá, P. 47.

⁷ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés Eloy. Cuestiones generales y caracteres del Contrato. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2001. P. 92.

⁸ ibídem

⁹ GALINDO CUBIDES, HERNANDO. El Seguro de Fianza, garantía única de Cumplimiento. Editorial Legis. Segunda edición 2011. P. 45.

3.3.6 Contrato de adhesión: “Por cuanto el asegurado adhiere a las condiciones o estipulaciones consignadas previamente en las pólizas”¹⁰, lo que se convierte en afirmar que una de las partes se somete a las condiciones de la otra, que bien pueden ser aceptadas o rechazadas.

3.4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El artículo 1045 del código de comercio, estableció “Son elementos esenciales del contrato de seguros: 1. El interés asegurable, 2 El riesgo asegurable, 3. La prima o precio del seguro, y 4. Obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno”. De conformidad con la norma anteriormente citada tenemos:

3.4.1 Interés asegurable: “Tratándose de seguro de daños, tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente por un riesgo”¹¹.

La Superintendencia al respecto ha mencionado que el interés asegurable es el“(…) vínculo económico en virtud del cual la necesidad económica que provoca la producción del riesgo repercute desfavorablemente en un determinado patrimonio”¹²

De lo anterior se infiere, que el interés asegurable es aquél que se identifica como la relación económico-patrimonial que existe entre la persona y el bien objeto del seguro, y que eventualmente podría afectarse a consecuencia de la ocurrencia del siniestro.

”Es asegurable todo interés que además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero (art. 1083. C de Co.) ”¹³

¹⁰ Ibídem.

¹¹ DIAZ, Juan Manuel. El seguro de Responsabilidad, Pontificia Editorial Universidad del Rosario, 2006. P. 130

¹² SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Concepto 2002056471-1 del 21 de octubre de 2002. Disponible [[www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2002/seguros112.htm]]

¹³ GALINDO CUBIDES, HERNANDO. El Seguro de Fianza, garantía única de Cumplimiento. Editorial Legis. Segunda edición 2011, p. 81.

3.4.2 Riesgo Asegurable: Este concepto corresponde al “suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación condicional del asegurador”¹⁴

Esto significa, que el riesgo asegurable se mide bajo las siguientes características: Es incierto, futuro, no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y su realización constituye el origen de la obligación para el asegurador,

Es claro, que los hechos ciertos, excepto la muerte y aquellos físicamente imposibles, no constituyen en sí un riesgo.

3.4.3 Prima: Entiéndase esta como la contraprestación a cargo del Tomador-Afianzado, a cambio de que la aseguradora asuma el riesgo del incumplimiento de las obligaciones en las que éste (Tomador- Afianzado) llegue a incurrir.

Es importante precisar, que el valor de dicho pago es estipulado por la compañía de Seguros, según las tasas que previamente se hayan pactado y las cuales deberán estar sujetas a las políticas de Suscripción.

3.4.4 Obligación condicional del Asegurador: “Es la obligación de pagar la prestación asegurada (reconocer al asegurado el valor de la pérdida que haya sufrido, o pagar la suma asegurada en los seguros de vida), si se cumple la condición positiva (que ocurra el siniestro).”¹⁵

Es importante recordar que este último elemento, surge en el momento en que se presenta la ocurrencia del siniestro, pues “la principal obligación del asegurador es la de pagar la indemnización en caso de ocurrir la eventualidad prevista en el contrato; es una obligación condicional consagrada como elemento esencial del seguro, que desde luego no puede faltar (Art. 1045 c.co) so pena de ser ineficaz el contrato, porque mientras no sobrevenga el siniestro, no nace para el asegurador la obligación de indemnizarlo”¹⁶

14 *Ibidem*.

15 MONTROYA LONDOÑO, Carlos Albero. Manual de Seguros. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Primera edición, 2001. P.. 18

16 GALINDO CUBIDES, HERNANDO. El Seguro de Fianza, garantía única de Cumplimiento. Editorial Legis. Segunda edición 2011, P. 88.

3.5 PARTES QUE INTERVINEN EN EL CONTRATO DE SEGUROS:

En la legislación Colombiana el artículo 1037 del Código de comercio establece que serán partes del contrato de Seguro: “El asegurador, (...) (quien asume el riesgo), y, el tomador (quien transada el riesgo).”¹⁷

3.5.1 El Tomador: Es la persona bien sea jurídica o natural, que traslada el riesgo y con quien la compañía de seguros suscribe el contrato, en principio será quien asuma las principales obligaciones.

3.5.2 La Aseguradora, es la persona jurídica que cuenta con previa autorización legal, para que pueda asumir los riesgos que a bien tenga incluidos bajos sus políticas de suscripción.

Para la Ley Colombiana sólo son partes los que fueron mencionados anteriormente, sin embargo, podría mencionarse que existen otras personas cuyos intereses hacen parte de esa relación jurídica que surge entre Tomador y Aseguradora y son: i) El asegurado; persona que tiene en cabeza el interés asegurable, y ii) el Beneficiario, que es quien recibe el pago de la indemnización a causa del siniestro.

3.6 OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Para lo pertinente entenderemos al tomador, asegurado y el beneficiario como una misma persona

3.6.1 Obligaciones del Tomador: Son de 3 tipos: Precontractuales, Contractuales, y las que surgen como consecuencia directa de la ocurrencia del Siniestro.

3.6.1.1 Precontractuales: l) Declarar sinceramente todas las circunstancias inherentes del riesgo que se va a trasladar a la aseguradora; es decir todas las circunstancias importantes para el riesgo material, con el fin de que la aseguradora pueda conocer la extensión y la forma en la que asumirá dicho riesgo.

¹⁷ CODIGO DE COMERCIO, Artículo 1037.

3.6.1.2 Contractuales: i) Mantener el estado de riesgo, ii) cumplir estrictamente con las garantías (delimitar el riesgo que la aseguradora está asumiendo), iii) efectuar el pago de la prima, iv) avisar sobre la existencia de otros contratos de seguro sobre el mismo riesgo (El principio indemnizatorio: no se puede lucrar con el contrato).

3.6.1.3 Obligaciones con ocasión del siniestro: i) Dar aviso de la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días siguientes a que el tomador conoce de su ocurrencia o haya debido conocerla, y ii) evitar su propagación, es decir evitar que la pérdida sufrida sea mayor.

3.6.2 Obligaciones del Asegurador: Entre sus obligaciones esta: i) Entregar la póliza al asegurado en el tiempo que estipule la Ley: para esta obligación es importante recordar que la póliza no es el documento que perfecciona el contrato, pues se reitera que el contrato de seguros es consensual, adquiriendo así la póliza un carácter exclusivamente probatorio; ii) entregar copias o duplicados cuando sean solicitadas, y iii) realizar el pago de la indemnización dentro del término de un mes contado a partir del momento en que se presenta la reclamación formalmente: “Frente a la existencia de un contrato de seguros válido, el nacimiento de la obligación asumida por el asegurador como contraprestación de la prima recibida, está subordinado al acaecimiento del evento dañoso previsto por las partes. Esto significa que únicamente verificado el siniestro se puede estimar que ha surgido el derecho del asegurado (o del beneficiario) a obtener el cumplimiento de la obligación”¹⁸

3.7 DIFERENCIAS DEL SEGURO DE DAÑOS CON EL SEGURO DE PERSONAS

Siendo el seguro de cumplimiento un seguro de daños, goza de características propias y diferentes al seguro de personas, algunas de ellas relativas “al principio indemnizatorio; a la subrogación; a la designación de beneficiarios; a la revocatoria de los seguros; al deber de mantener el estado de riesgo; la

¹⁸ STIGLITZ, Rubén. Contrato de Seguro. Bogotá.: Edición La Roca, 1998. P. 457.

coexistencia de seguros y a la terminación del seguro por mora en el pago de la prima”¹⁹

Así las cosas, el seguro de daños tiene un carácter netamente patrimonial y por ello el principio base en el cual se desarrolla es el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del código de comercio; en el seguro de personas, el monto del valor asegurado corresponde al valor real que deberá estar en permanente actualización, pues determinar un valor asegurable a la vida humana no es viable puesto que la misma no tiene precio.

El artículo 1096 del código de comercio, ha señalado lo que se debe entender por subrogación, derecho que es propio de los seguros de daños, por lo que no le es aplicable al seguro de personas tal y como lo ha establecido el artículo 1139 del mismo código, a excepción, de los amparos que tengan el carácter de indemnizatorio (Art, 1140 del C.Co). De lo mencionado tenemos que la aseguradora podrá ejercer el derecho de subrogación a quien hubiere ocasionado el daño, por ejemplo, en un siniestro de automóviles o aquellos derivados de una póliza de cumplimiento, mientras que por el contrario no podrá ejercerlo en eventos en los que el siniestro se derive de un seguro de vida.

Respecto a la terminación del contrato por mora en el pago de la prima, en los seguros de daños es una causal de terminación automática del contrato de seguros, salvo disposición legal en contrario; lo anterior con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1066 y 1068 del código de comercio, en los seguros de vida individual “no se entienden terminados una vez que hayan sido cubiertas las primas correspondientes a los dos primeros años de su vigencia”²⁰

En los seguros de daños debe haber interés asegurable entre el tomador y el beneficiario, en los seguros de vida el beneficiario puede ser cualquier tercero que el tomador así elija.

Otra de las diferencias radica en la revocación del contrato, pues en el seguro de daños, la podrán solicitar tanto el tomador como el asegurador, no sucediendo lo mismo en el seguro de personas frente al cual el asegurador no podrá revocar el contrato de forma unilateral, solamente lo podrá hacer el asegurado.

¹⁹ PALACIOS SANCHEZ, Fernando. Seguros Temas Esenciales. Tercera Edición, Universidad la Sabana, Bogotá. P.42

²⁰ PALACIOS SANCHEZ, Fernando. Seguros Temas Esenciales. Tercera Edición. Universidad de la Sabana. Bogotá P.44

Por último, encontramos el deber de mantener el estado de riesgo que es un deber de estricto cumplimiento para el asegurado en los seguros de daños, no siendo así para los seguros de personas.

4. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

Recordemos entonces, que fue a través de La ley 225 de 1938 que se dio el surgimiento del seguro de cumplimiento en Colombia, dicha ley, indico que el Seguro de cumplimiento: “tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas antes las cuales sean responsables, y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o contratos”.²¹

De otro lado, nuestro Código de comercio, en su artículo 1496 nos da un breve concepto de lo que es el contrato de seguro, manifestando: “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”²²

Al respecto del seguro de cumplimiento, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado “el contrato de seguro de cumplimiento se clasifica en la especie de los seguros de daños, al cual le es aplicable el principio de indemnización, principio fundamental en especial frente al asegurado. (...) señalo además “serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para el fuente de enriquecimiento”²³.

Es importante tener presente que el Seguro de Fianzas (así conocido por algunos autores), nace bajo la denominación de “Seguro de manejo y Cumplimiento”. “la póliza o seguro de cumplimiento es el acuerdo de voluntades en virtud del cual una Compañía Aseguradora asume, a cambio de un precio, el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones de cualquier carácter, siempre y cuando tales obligaciones no estén prohibidas en la Ley”²⁴

De lo anterior, se puede señalar, que el Seguro de Cumplimiento es: Un seguro de carácter netamente patrimonial, por medio del cual una Compañía de seguros se obliga a garantizar el cumplimiento de obligaciones que pueden nacer bien sea de

²¹ LEY 225 DE 1938, Artículo 2º.

²² CODIGO DE COMERCIO, artículo 1036.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 21 de Septiembre de 2010. MP. DR. Trejos Bueno Silvio Fernando.

²⁴ CABANZO VILLAMIZAR, Ana María. Seguro de cumplimiento. Bogotá: tesis (abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1987. P. 27.

la Ley o de los contratos, y además, pagar los perjuicios que se causen por el incumplimiento de las obligaciones del tomador, quien al momento de celebrarse el contrato debió efectuar el pago de la prima.

4.1 CLASIFICACION DEL SEGURO DE CUMPLIMIETO:

La doctrina ha clasificado el seguro de Cumplimiento atendiendo diferentes criterios como lo son la obligación que se pretende garantizar y la calidad de la parte beneficiaria quien es a su vez el contratante que se asegura ante el eventual incumplimiento.

Las partes del seguro de Cumplimiento, son: El Tomador, quien es la persona natural o jurídica y en cabeza de quien se puede generar el incumplimiento; y la Aseguradora, a cargo de quien se encuentra el pago de la indemnización en el evento de ocurrir dicho incumplimiento.

Sin embargo, en la actualidad, dicho seguro se explota por regla general, bajo cuatro sub ramos:

- Pólizas de cumplimiento que respaldan los contratos Estatales.
- Pólizas de cumplimiento que respaldan los contratos celebrados entre particulares
- Pólizas de cumplimiento de disposiciones legales
- Cauciones Judiciales

4.1.1 A favor de Entidades Estatales

“Dentro de los productos que se comercializan bajo el ramo de cumplimiento, han tenido especial relevancia y desarrollo aquellos que obran como garantías para respaldar los contratos que celebran las entidades estatales con los particulares”.²⁵

²⁵ RESYES, Laura. BAQUERO, Felipe. Seguro de daños, El Seguro de Cumplimiento, Junio de 2011, Fasecolda. P. 406.

En efecto, este subramo reviste una particular importancia, ya que constituye una herramienta de protección del patrimonio público, pues su principal objetivo es el de indemnizar los perjuicios que el contratista le cause a la entidad contratante a causa del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal.

El tratadista Juan Manuel Díaz Granados ha señalado respecto a esta relación jurídica lo siguiente: “Las garantías brindan una protección a las entidades públicas contra el riesgo de incumplimiento del contratista. Pues con cargo a un patrimonio distinto indemnizaran los perjuicios irrogados a la entidad acreedora, bien mediante la asunción de la terminación de la obra, o bien mediante el pago en dinero de la indemnización”²⁶

Se debe tener presente que frente a este tipo de contratos, es importante acudir inicialmente a las normas especiales que lo regulan, a continuación se mencionaran algunas de las normas que lo han reglamentado:

Iniciando, se debe mencionar al Decreto 150 de 1976, que estableció en su artículo 55 la obligación de garantizar “el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista”; igualmente señaló que constituirán los amparos al hacer referencia a los siguientes términos: anticipo, calidad de la obra, suministro de bienes y servicios, salarios y prestaciones sociales.

Este decreto además señaló, que la falta de constitución de garantías, se entendía como una causal de terminación del contrato estatal.

Posterior a este norma, surge el decreto 222 de 1983, en el cual señaló en su artículo 70 que “los respectivos contratos de garantía forman parte integrante de aquel que se garantiza”, y adicionalmente, estableció el nombre de la entidad (Superintendencia Bancaria) a cargo de la cual estaría la facultad de aprobar las pólizas matrices del ramo correspondiente al seguro de cumplimiento.

En 1993 se crea la ley 80, la cual surge como una necesidad de reglamentar los lineamientos que se habían dado a la contratación estatal con la nueva Constitución Política de 1991, en la que se dio gran importancia a las inversiones del Gobierno Nacional; situación que genero en los congresistas una importante

²⁶ DIAZ GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa: Colombia Editores, 1995. P.43.

necesidad de adoptar una postura ante la situación coyuntural que empezaba a presentarse en Colombia por el tema de la Contratación Estatal

Dicha ley, permaneció vigente por más de 10 años sin que fuere modificada a pesar de los proyectos de ley que fueron presentados; la ley 80 trajo inmerso el concepto de garantía única, y pudo eliminar un término que ha generado gran controversia en la doctrina: la Fianza.

La creación de esta ley trajo consigo varias discusiones, entre las cuales se encontraba lo relacionado con el aseguramiento de los contratos cuya duración era superior a 5 años, en particular a los contratos de concesión. Por lo mencionado, durante el tiempo que tuvo vigencia la ley 80 se crearon nuevos decretos como lo fueron el Decreto 679 de 1994 y los Decretos 2271 de 2001 y 280 de 2002, con los cuales se pretendía resolver las controversias suscitadas por la ley.

Es necesario indicar, que la ley 80 permitió regular todo el tema de la contratación, señalando en principio las etapas y tramites mínimos que se requieran para asegurar el cumplimiento de los principios que la propia ley había establecido.

Para el año 2007, la ley 80 fue reformada por la Ley 1150 de 2007, y en su artículo 7º, modificó el régimen de las garantías de los contratos celebrados por el Estado, los principales cambios introducidos por la disposición, se encuentran en dos aspectos: a) Se autoriza al Gobierno Nacional para reglamentar mecanismos de garantía adicionales a las pólizas y a las garantías bancarias y b) la posibilidad de dividir las garantías teniendo en cuenta las etapas o riesgos, con un fundamento de orden legal.

“El Doctor Luis Alfonso Rico Puerta señaló algunos cambios sustanciales que presento la ley 1150:

- ✓ Hace relación a los conceptos de eficiencia y transparencia, desarrollando los siguientes temas.
 - Modalidad de selección
 - Contratación Pública Electrónica
 - Distribución de Riesgos en los contratos estatales
 - Selección objetiva
 - Plazo para liquidación de los contratos, entre otras.

- ✓ Consagra disposiciones generales para la contratación con recursos públicos.
 - Derecho de turno.
 - Inhabilidades para contratar.
 - Aportes al Sistema de Seguridad Social.
 - Contratación con los organismos internaciones, entre otras. “²⁷

Seguido, nace el decreto 4828 de 2008 que señalo que “además de las tradicionales formas de garantía constituidas por la póliza de seguros y la garantía bancaria, se autorizó la utilización de otros mecanismos como la fiducia, el endoso de títulos valores y el depósito de dinero”²⁸.

Se especifican los requisitos que deben cumplir las pólizas expedidas para garantizar la responsabilidad civil extracontractual: Artículo 16 del mismo decreto.” Modalidad e Intervinientes”

El decreto 2493 de 2009 introdujo algunas modificaciones al decreto creado en el año 2008.

Y de ahí en adelante, el seguro de cumplimiento para entidades estatales ha tenido más regulaciones, como lo fue el decreto 931 de 2009, el decreto 2493 del mismo año, el decreto 734 de 2012, y la regulación más reciente que es la Ley 1510 de 2013 que derogo el decreto del año 2012.

Esta última ley pretende reglamentar los temas relacionados con la garantía única de cumplimiento y las pólizas de RC derivadas de cumplimiento. Algunos de los cambios que introduce son:

- ✓ Se elimina en la seriedad de oferta la obligación de garantizar que las mi pymes gozan de tal condición.
- ✓ Se elimina la norma que prohibía que la compañía de seguros exigiera la compra de la garantía de cumplimiento para otorgar la seriedad de la oferta.

²⁷ RICO PUERTA, Luis Alfonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Leyer. 2007. P. 83. (Tomado de trabajo de Grado. “El Seguro de Cumplimiento en la Legislación Colombiana”)

²⁸ DECRETO 4828 DE 2008.

Señala también aspectos nuevos

- ✓ En el amparo de cumplimiento señala “los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra cuando el contrato no prevé entregas parciales”.
- ✓ La vigencia del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo “debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización” del mismo.

4.1.2 A favor de Particulares

Frente a esta clasificación, tenemos que se da en razón de la calidad del beneficiario y asegurado y de los intereses privados comprometidos, este tipo de seguro se rige esencialmente por uno de los principios generales del Derecho “La autonomía privada de la voluntad”, y bajo lo estipulado en el artículo 1602 que señala que el contrato es ley para las partes.

Al respecto la Jurisprudencia se ha pronunciado:

“Las precedentes reglas de hermenéutica contractual deben ser acatadas por el Juzgador al tiempo de desentrañar el pensamiento y voluntad de las partes en negocios jurídicos de estirpe mercantil, pues al tenor del artículo 822 de esta normatividad, los principios que gobiernan la interpretación de actos y contratos de naturaleza civil son aplicables a aquellos, sin perjuicio, desde luego, de la aplicación de los principios que en tal materia consagra la legislación mercantil, principios que por mandato del mismo precepto deben ser acatados prioritariamente por el juzgador, entre los cuales se destaca, por importar así mismo a la resolución del cargo, el consagrado en el artículo 871, conforme al cual, los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, obligando no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley”²⁹

La póliza de cumplimiento entre particulares “es aquella que expiden las aseguradoras para amparar contratos celebrados entre particulares o, dicho de

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. 7 de mayo de 2002. Exp. N°6785. (Tomado de Proyecto de Tesis: La forma que se devenga la prima en el seguro de cumplimiento).

otra manera, aquella en la que no están presentes entidades de derecho público o entidades estatales”.³⁰

Este tipo de cauciones encuentran una gran diferencia con las pólizas expedidas a favor de entidades Estatales, toda vez que estas no se encuentran reguladas por normas especiales, y por lo tanto únicamente le son aplicables las disposiciones consagradas en el Código de Comercio Colombiano.

4.1.3 Disposiciones Legales

“Tienen como objeto amparar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales (leyes, decretos, resoluciones, reglamentos) ocurridos durante la vigencia del seguro, imputables a la persona obligada”³¹

En este tipo de pólizas, se ha establecido que la entidad Aseguradora que asuma el riesgo no podrá revocar el contrato, y el pago del evento se efectuará dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que emita la entidad asegurada, junto con la resolución ejecutoriada que haya declarado el incumplimiento.

La gran diferencia con las anteriores pólizas, radica en la fuente de obligación que las genera, pues en las primeras como ya se vio nacen del cumplimiento que respaldan los contratos; y en las disposiciones legales emerge de de un acto de autoridad contenido en un acto administrativo o en la ley.

4.1.4 Cauciones Judiciales

Para referirse a ellas, es importante señalar el artículo 678 del Código de Procedimiento Civil que reza “las cauciones pueden ser en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros o entidades de crédito”³²

³⁰ GALINDO CUBIDES, Hernando, El seguro de Fianza. Garantía única de Cumplimiento. Segunda Edición, Legis.2011. P. 167.

³¹ RESYES, Laura. BAQUERO, Felipe. Seguro de daños, El Seguro de Cumplimiento, Junio de 2011, Fasecolda. P. 426.

³² CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, artículo 678, Edición Legis.

A través de las cauciones judiciales se amparan los perjuicios patrimoniales que puedan ser causados al demandante o demandado a causa del incumplimiento de obligaciones legales. “El riesgo en estas cauciones aparece indicado en la ley o en las disposición que exige su otorgamiento, lo mismo que la cuantía asegurada y la vigencia de la póliza”³³

De lo anterior tenemos, que este tipo de cauciones son aquellas ordenadas por una autoridad judicial a las partes de un proceso, y se solicitan en aras de garantizar los perjuicios patrimoniales causados a la contraparte o a un tercero.

Su vigencia se extenderá por el tiempo que dure el proceso, o hasta que la misma ley lo indique; de otro lado el pago de la indemnización será a favor de la parte beneficiaria una vez esta haya demostrado al final del juicio o proceso los daños que le fueron causados.

“En el seguro de cumplimiento de caución judicial el riesgo lo constituye la eventualidad del incumplimiento del deudor y así, el pago por parte del asegurador corresponde a la indemnización que por la inejecución de sus obligaciones se genere, protegiéndose de esta forma el acreedor de los perjuicios económicos que pueda originarle tal situación”³⁴

4.2 GARANTÍAS QUE AMPARAN LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA ETAPA PRE CONTRACTUAL

4.2.1 Seriedad de la Oferta: “Se exige para garantizar que el contratista cumplirá con los establecido en su propuesta, en caso de que le sea adjudicado el contrato en el que está participando”³⁵

Dicha garantía cubre los perjuicios, que se deriven del incumplimiento del afianzado en sus obligaciones, principalmente todas aquellas que hacen referencia a la suscripción del contrato que sea objeto de la licitación u oferta.

³³ *Ibíd.*

³⁴ SUPERINTENDENCIA BANCARIA, Concepto 1998062083-2 del 4 de Enero de 1999.

³⁵ GALINDO CUBIDES, Hernando, El seguro de Fianza. Garantía única de Cumplimiento. Segunda Edición, Legis.2011. P. 167

Licitación: "procedimiento mediante el cual la entidad contratante selecciona, en igualdad de oportunidades, entre las varias personas invitadas, a que ofrezcan mejores condiciones para contratar" ³⁶

Tratándose de seriedad de la oferta en procesos entre particulares el valor asegurado lo convienen las partes así como la vigencia de dicha seriedad; pero si se trata de ante entidades estatales no podrá ser el valor asegurado inferior al 10% del valor de la propuesta, y su vigencia estará determinada desde la fecha de presentación de la oferta hasta la presentación de la garantía que ampara los riesgos de la etapa contractual.

Los riesgos que cubre la seriedad de la oferta están establecidos en el decreto 4828 de 2008 y son:

- La no suscripción del contrato sin justa causa
- La no ampliación de la vigencia, cuando se extienda el término de la adjudicación, siempre que esa prórroga no exceda de 3 meses el no otorgamiento de la garantía única de cumplimiento
- El retiro de la oferta después de vencido el termino para la presentación de propuestas.
- Falta de pago en los derechos de los derechos de publicación del contrato.

Eventos en que no es obligatorio presentar la seriedad de la oferta:

- En procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes
- En procesos de subasta inversa
- Concursos de mérito en los que se exige una propuesta técnica simplificada

4.3 GARANTIA QUE AMPARA RIESGOS DERIVADOS DE LA ETAPA CONTRACTUAL Y POS-CONTRACTUAL

El objeto de esta garantía es " ampara los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista adquiridos por virtud del contrato estatal, que tienen su origen tanto en la ley como en los contratos" ³⁷

³⁶ Ibídem

³⁷ CAMARA DE COMERCIO, El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. Fasecolda.

Este tipo de garantías cubren tanto los perjuicios que se producen en la etapa contractual como pos contractual.

¿Cómo diferenciar la etapa contractual de la pos contractual?, en la primera se encuentran todos los actos jurídicos proferidos una vez se ha celebrado el contrato y se extiende hasta la liquidación del mismo, y en la segunda son los que se derivan una vez se ha liquidado el contrato; de lo anterior, vale la pena aclarar que algunos amparos se mantendrán vigentes aun a la posterioridad de la liquidación del contrato, pues dan cobertura a las obligaciones de los contratistas aun cuando el vínculo jurídico se encuentre fenecido.

Riesgos que cubre la Garantía De Cumplimiento

- Buen manejo y correcta inversión del anticipo
- Devolución del pago anticipado
- Cumplimiento
- Pago de salarios y prestaciones sociales
- Estabilidad y calidad de la obra
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados
- Calidad del servicio.

4.3.1 Buen Manejo y correcta inversión del anticipo: El Consejo de Estado, ha establecido: "corresponde a dineros públicos entregados al contratista antes de iniciar la ejecución del contrato, con el objeto de que los invierta en el mismo"

"Cubre a la entidad contratante los perjuicios sufridos por la no inversión y por el uso indebido y la apropiación incorrecta que el contratista haga a los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato"³⁸

El valor de la garantía corresponde al 100% del monto que el contratista reciba como anticipo; la vigencia se extenderá hasta el término de la liquidación del contrato, y tendrá como coberturas: no inversión, uso indebido, y/o apropiación indebida.

4.3.2 Devolución del pago anticipado: Esta garantía cubre a la entidad estatal de los perjuicios que le puedan ocasionar por la no devolución total o parcial de los

³⁸ GALINDO CUBIDES, Hernando, El seguro de Fianza. Garantía única de Cumplimiento. Segunda Edición, Legis.2011. P. 167

dineros que le fueron entregados al contratista como pago anticipado si así lo hubieren pactado en el contrato.

"El pago anticipado si hace parte del precio y su entrega comporta la extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la entidad solo que de manera adelantada a la realización del contrato o como primer contado" ³⁹

Este amparo tendrá vigencia hasta que se liquide el contrato, y se debe constituir por el 100% del valor de lo entregado al contratista en calidad de pago anticipado.

Para distinguir los amparos ya mencionados, es importante hacer alusión a lo que ha señalado el Consejo de Estado en sentencia 13436 de junio 22 sw 2001.

"(...) el primero corresponde, al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo en la retribución parcial, que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea (...)"

4.3.3 Cumplimiento: Podría indicarse que "cumplimiento" es el amparo básico de aquellos que conforman la garantía de cumplimiento, este cubre tanto los perjuicios que sean ocasionados a la entidad contratante, así como las sanciones impuestas contractualmente que hayan sido pactadas.

Así entonces, la entidad estatal se ampara contra los perjuicios directos, derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones del contrato, como también, del cumplimiento tardío o ya sea defectuoso, siempre que sean imputables al contratista.

El valor que corresponde a esta garantía será equivalente al monto de la cláusula penal, y nunca podrá ser inferior al 10% del valor total del contrato; su vigencia corresponderá al plazo del contrato garantizado, mas el plazo contractual previsto para la liquidación del mismo, si este último plazo no se ha convenido, se mantendrá vigente por el termino legal previsto para tal efecto.

Los riesgos cubiertos por este amparo son:

- Incumplimiento total

³⁹ MANUAL PARA USUARIOS, El Seguro de Cumplimiento como garantía de contratos Estatales, cámara de Cumplimiento. Fasecolda.

- Incumplimiento parcial
- Cumplimiento tardío
- Cumplimiento defectuoso

4.3.4 Pago de salarios y prestaciones sociales “Cubre a la entidad estatal los perjuicios que se ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que este obligado el contratista, derivados de la contratación del personal utilizado en la ejecución del contrato”⁴⁰

Los perjuicios serán el producto de una eventual condena judicial que se imparte con fundamento en lo preceptuado en el artículo del C.S.T.

La vigencia de este amparo, tiene una doble naturaleza (contractual- pos contractual), debido a que esta se extiende durante el plazo del contrato y tres años más, que corresponden al tiempo de prescripción de las acciones laborales consagradas en el artículo 151 del C.S.T.

El presente amparo busca proteger el patrimonio de la entidad contratante de posibles reclamaciones que provengan de vínculos laborales con determinado contratista.

4.3.5 Estabilidad y calidad de la obra: “Cubre a la entidad estatal los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro imputable al contratista, independientemente de su causa, en la obra entregada”⁴¹

El consejo de Estado ha definido el objeto del amparo de estabilidad y calidad de obra como “aquella cobertura destinada a indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en virtud del incumplimiento por parte del contratista de la obligación de garantizar que la obra realizada no se destruirá o amenazara ruina por vicio de construcción, o del suelo (...) que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio”⁴²

Este amparo es pos contractual, pues su vigencia opera una vez la obra ha sido recibida a satisfacción por la entidad contratante; su vigencia se prevé que no será

⁴⁰ GALINDO CUBIDES, Hernando, El seguro de Fianza. Garantía única de Cumplimiento. Segunda Edición, Legis.2011. P. 226

⁴¹ Ibídem

⁴² MANUAL PARA USUARIOS, El Seguro de Cumplimiento como garantía de contratos Estatales, cámara de Cumplimiento. Fasecolda

inferior a 5 años que serán contados a partir del recibo por parte de la entidad contratante, salvo que la entidad justifique de forma técnica una vigencia menor.

El valor de esta garantía se determinara en cada caso por parte de la entidad estatal, de acuerdo con algunos aspectos como lo son: objeto, monto del contrato, su naturaleza y las obligaciones contenidas en el mismo.

4.3.6 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados: Este amparo cubre los perjuicios que le sean imputables al contratista y se deriven de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados, según se hayan especificado en el contrato.

El valor de la garantía se establece de conformidad con las características del contrato asegurado; la vigencia será determinada por la entidad contratante, sin embargo se fija un límite mínimo para su otorgamiento correspondiente al tiempo de la garantía mínima presunta y responder por vicios ocultos.

4.3.7 Calidad del servicio: Este amparo cubre a la entidad contratante los perjuicios imputables al contratista que surjan con posterioridad a la terminación del contrato, y que sean derivados de la mala calidad o insuficiencia de los productos.

Este tipo de amparos deberán exigirse en los contratos de consultoría, en los de prestación de servicios, en los que por su naturaleza resulte procedente, y en aquellos que sean atípicos pero consagran prestación de servicios. La vigencia debe ser establecida por la entidad teniendo en cuenta la estructuración del contrato.

4.4 DIFERENCIAS Y SIMILITUDES DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO CON EL CONTRATO DE FIANZA

Es claro, que tradicionalmente estas dos figuras del derecho se han llegado a tratar como figuras símiles, sin embargo, es importante saber que los dos conceptos no corresponden al mismo negocio jurídico, toda vez que éstos tienen regulaciones diferentes.

Así las cosas, la fianza se encuentra plenamente regulada en el Código Civil Colombiano y es la garantía que se otorga al cumplimiento de una obligación ya sea de carácter natural o civil, y puede eventualmente contemplar obligaciones futuras, de otro lado, el Seguro de Cumplimiento es un negocio Jurídico de carácter comercial, en el cual se cubren obligaciones contractuales y/o legales teniendo como límite de responsabilidad el monto del valor asegurado y sólo hasta la concurrencia del incumplimiento.

A diferencia de la Fianza, el seguro de cumplimiento es un contrato bilateral en el cual los partes se obligan entre sí, una de ellas denominada tomadora, se obliga a efectuar el pago de la prima, y de otro lado el asegurador a pagar la indemnización si a ello hubiere lugar.

Sin embargo, estas dos figuras pueden encontrar algunas similitudes como lo pueden llegar a ser la finalidad de los dos contratos, (garantizar el cumplimiento de una obligación), los efectos para los cuales se celebran (obligación de pago, cuando el deudor incumple), en ambos casos se puede ejercer el derecho de la subrogación, se tratan de contratos consensuales, en la Fianza podemos hablar de pluralidad de fiadores (cofiador), y en el seguro de cumplimiento podemos hablar de Coaseguradores.

Y podría decirse que la función económica de las dos es igual, pues bien, consisten en permitir el acceso al crédito o a los contratos a través del respaldo que representan este tipo de garantías.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indica:

“(…) dos cosas diferentes la fianza o aval de una parte, y el seguro de cumplimiento de otra. En los primero nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal, (…) en el segundo, (…) se puede garantizar el cumplimiento de una obligación (...), el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada”

“El asunto relativo a su distinción con la fianza bien puede declararse superado, pues en múltiples providencias ha optado por reconocer que son dos modalidades contractuales independientes y que cada uno tiene su propia regulación, por tanto,

el primero responderá a su esencia de tal y el afianzamiento por su lado asumirá lo propio “⁴³

4.5 SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 1127 del código de comercio, reformado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, define el seguro de responsabilidad en los siguientes términos:

“Impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la Ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”⁴⁴

“Los seguros de intereses también llamados de indemnización efectiva o de daños responden al sistema de concreta cobertura de la necesidad, de manera que la prestación del asegurador se ajustara al daño realmente sufrido. (...) los seguros de personas en sentido estricto, obedecen, al sistema de abstracta cobertura de la necesidad”⁴⁵

Según lo ha manifestado la doctrina la responsabilidad civil que domina en el ámbito del Derecho es de dos tipos: Contractual y Extracontractual.

El artículo 2341 del código Civil dispone: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”⁴⁶

Se recuerda entonces, que el seguro de cumplimiento propende por la protección del asegurado, contra el eventual incumplimiento de una obligación específica, por lo cual es claro que no se podrá amparar la responsabilidad civil extracontractual,

⁴³ FASECOLDA 35 anos (Sentencia de Casación, 15 de marzo de 1983, posición rati3cada en Sentencia de 21 de septiembre de 2000).

⁴⁴ DIAZ GRANADOS, Juna Manuel El seguro de Responsabilidad P. 37

⁴⁵ GUTIERREZ GLLSANZ, Javier . El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas.

⁴⁶ CODIGO CIVIL, Artículo 2341. Editorial Legis,

pues en el seguro de cumplimiento se responde netamente por el incumplimiento de obligaciones contractuales, y no por perjuicios de otra índole.

El seguro de responsabilidad civil “es un seguro patrimonial, en virtud a que su objetivo es proteger precisamente la integridad y el patrimonio económico de la víctima, con ocasión de la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, en que incurra el asegurado”⁴⁷

Este tipo de seguros se da a favor de terceros a quienes les permite iniciar la acción en contra de la aseguradora una vez haya demostrado la responsabilidad del asegurado.

“El Decreto 4828 de 2008 exige amparar la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas. Esta misma obligación aparece reglamentada en los decretos 2493 de 2009 y 1430 de 2010⁴⁸. Lo anterior indica, que la ley ordena a las entidades contratantes precaverse contra el posible riesgo de responsabilidad civil frente a terceros, lo cual deberá materializarse en una póliza independiente a la de cumplimiento que se denominara “póliza de responsabilidad civil”.

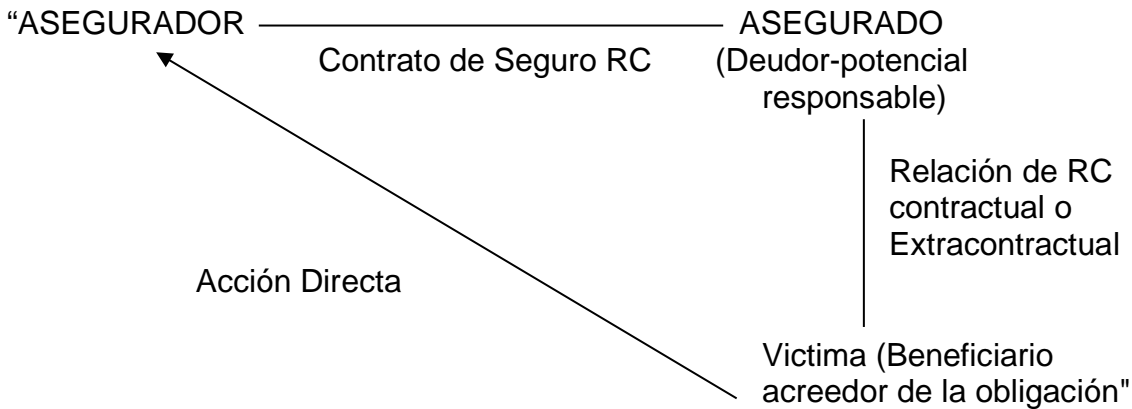
Con lo dicho anteriormente, se infiere que la póliza de responsabilidad civil goza de condiciones generales diferentes a las de la póliza de cumplimiento y la reclamación para el pago de la indemnización opera de forma distinta, pues mientras en la de cumplimiento se requiere de un acto administrativo debidamente motivado, para la póliza de responsabilidad civil dicho requisito no opera, ya que únicamente se requiere demostrar los dos elementos fundamentales para que exista el pago de la indemnización: La ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

Según lo indica el doctrinante Hernando Galindo Cubides; el valor asegurado en las pólizas de responsabilidad extracontractual no podrá ser inferior al 5% del valor del contrato, y en ningún caso inferior a 200smlmv al momento de la expedición de la póliza; y su vigencia será por el periodo de ejecución del contrato.

⁴⁷ GALINDO CUBIDES, Hernando, El seguro de Fianza. Garantía única de Cumplimiento. Segunda Edición, Legis.2011. P. 244.

⁴⁸ Ibídem

Ilustrando de manera grafica el Seguro de Responsabilidad Civil se tiene que opera de la siguiente manera:⁴⁹



⁴⁹ DIAZ GRANADOS, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad. P.38

5. SINIESTRO

“Manifestación del riesgo asegurado, es un acontecimiento que origina daños concretos que se encuentran garantizados en la póliza hasta determinada cuantía, obligando a la aseguradora a restituir, total o parcialmente, al asegurado o a sus beneficiarios, el capital garantizado en el contrato de seguro”⁵⁰

5.1 AVISO Y RECLAMACIÓN DE SINIESTRO

Según lo ha señalado la ley, el asegurado se encuentra en la obligación de informar la ocurrencia del siniestro en un término no mayor a tres días siguientes a que lo haya conocido o debió conocer, por tanto no podrá alegar retardo u omisión si interviene en operaciones relacionadas con el siniestro. "si el asegurado omite el aviso o lo da fuera de termino, la aseguradora pueden deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento (...)"⁵¹

De otro lado, se debe recordar que la aseguradora tiene a cargo una de las obligaciones más importantes que corresponde al pago de la indemnización, dicho pago deberá efectuarse dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado y/o beneficiario acredite la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida.

Un aspecto importante frente a este ítem es la diferencia que existe entre: Aviso de siniestro y la reclamación como tal. El aviso de siniestro se comprende como una simple comunicación que el asegurado envía o emite ante la compañía de seguros de la ocurrencia del hecho; y la reclamación "siniestro" según lo ha definido el artículo 1072 del código de comercio es "la realización del riesgo asegurado"⁵². En la garantía única de cumplimiento el siniestro queda en firme

⁵⁰ Tomado de: www.seguros-seguros.com/siniestros.html. portal de AL compañía de seguros Mexicana GNP.

⁵¹ PALACIOS SANCHEZ, Fernando. Seguros Temas esenciales. Tercera edición, Universidad de la sabana. Bogotá P. 180.

⁵² CODIGO DE COMERCIO, artículo 1072.

cuando la entidad estatal, expide el acto administrativo que lo declara, debidamente motivado y notificado a las partes.

5.2 CONTRAGARANTIA

"Respondiendo como responden las aseguradoras por las actuaciones y cumplimiento de sus afianzados, es apenas elemental que se haga un análisis a fondo de todas las circunstancias que rodean el contrato y que se resumen en los tradicionales conceptos de riesgo objetivo y riesgo subjetivo"⁵³

Frente al riesgo objetivo, se deben tener presentes el contenido del contrato, la norma y las clases de obligaciones que lleva inmerso para identificar los riesgos y establecer cuáles son los amparos que se pueden brindar y bajo qué condiciones. El riesgo subjetivo, es el conjunto de calidades y cualidades inherentes a la persona que pretende ser afianzada, de allí, se desprende que se debe analizar la capacidad técnica y financiera de la misma.

Es claro, que la contragarantía no se encuentra definida en el ordenamiento jurídico, pero se puede señalar que es el convenio que suscribe una o más personas bien sean naturales o jurídicas, por medio de la cual se obligan a reembolsar a la aseguradora la suma de dinero que corresponda por el evento presentado.

La contragarantía comúnmente usada, es un pagare en blanco con su respectiva carta de instrucciones para sean diligenciados en el momento que así se requiera, pues de no existir el siniestro la compañía aseguradora no podrá hacer uso del título valor ya que este se entrega a manera de tenencia.

De lo anterior se desprende entonces, que la contragarantía que se suscriba bien sea en título valor, en constitución de encargos fiduciarios u otros, todos son herramientas que permiten una acción de reintegro o recobro.

⁵³ ⁵³ PALACIOS SANCHEZ, Fernando. Seguros Temas esenciales. Tercera edición, Universidad de la sabana. Bogotá P. 194.

5.3 SUBROGACION

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia ha indicado: “la acción subrogatoria no emana directamente del contrato de seguro ni de su reglamentación normativa, sino de la conducta antijurídica del responsable del siniestro”⁵⁴

La subrogación no debe entenderse como una cláusula del contrato de seguros, sino como un derecho en virtud del cual el asegurador toma la calidad de asegurado con respecto al tercero al tercero del siniestro ya indemnizado. En otras palabras, es el posibilidad en cabeza de la compañía de seguros de recobrar los perjuicios en cabeza de quien los causo (Derecho que adquiero sobre el bien que pague).

La subrogación personal del asegurador en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro se encuentra mencionada en el artículo 1096 del código de comercio “El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta la ocurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro”⁵⁵

Para que la subrogación opere, deben cumplirse unas características que son:

- ✓ Que exista un contrato de seguros valido.
- ✓ Que el asegurador pague la indemnización
- ✓ Que el pago efectuado sea válido.
- ✓ Que la subrogación no esté prohibida.

5.4 PRESCRIPCION

“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de diciembre 16 de 2005, exp. 1999-2006, MP. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁵⁵ CODIGO DE COMERCIO, Artículo 1096, Editorial Legis.

dichas acciones u derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales”⁵⁶

El artículo 1081 del código de comercio indica: “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria”⁵⁷

El termino para la prescripción ordinaria, según lo ha señalado la misma reglamentación corresponderá a dos años, y se contarán desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho.

En cuanto a la prescripción extraordinaria, el termino será de cinco años, “correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho”⁵⁸ Los términos estipulados en la norma no pueden ser modificados por las partes.

“Para el caso de una entidad estatal que pretenda hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, debe contar con dos años que empiezan desde el momento en que ocurre el hecho que da base a la acción, el incumplimiento para declararlo así, puesto que la entidad estatal está en la obligación de tener conocimiento del incumplimiento, pues le corresponde el control general del contrato”⁵⁹.

Efectuado el incumplimiento (emitido el acto administrativo) en los términos mencionados, podrá darse inicio a los trámites por vía gubernativa, por parte de la aseguradora y del contratista para definir si efectivamente hubo incumplimiento o no.

Una vez agotado el anterior tramite, y en firme el acto que declara el incumplimiento y hace efectiva la garantía “la entidad estatal podrá hacerlo efectivo mediante el procedimiento previsto por la ley para tal efecto, teniendo en cuenta los plazos previstos en la ley para la prescripción y para la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos”⁶⁰.

⁵⁶ CODIGO CIVIL, Artículo 2512, Editorial Legis.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ FASECOLDA, Tomado de www.fasecolda.com.

⁶⁰ *Ibidem*.

CONCLUSIONES

- El contrato de seguros es un negocio jurídico que se ha ido desarrollando con base en las necesidades de la sociedad, especialmente bajo el entendido de proteger la vida y los bienes.
- El Seguro de cumplimiento ha tenido una presencia normativa constante en la Legislación Colombiana, especialmente en lo que atañe a las regulaciones entre Entidades Estatales.
- Las características del Contrato de Seguros se encuentran debidamente reglamentadas en el código de comercio y son las siguientes: Consensual, Bilateral, Oneroso, y de Ejecución Sucesiva.
- El contrato de seguros goza de 4 elementos esenciales para que sea entendido como tal: Interés Asegurable, Riesgo asegurable, Prima y Obligación condicional del asegurador.
- Las partes del contrato de seguro son: Tomador y aseguradora.
- El seguro de cumplimiento hace parte del llamado seguro de Daños, por el carácter indemnizatorio del que goza.
- Los amparos que se garantizan a través de la póliza de Cumplimiento pueden ser de carácter: pre contractual, contractual o poscontractual.
- Se logra identificar las diferencias entre el contrato de fianza, y el Seguro de Cumplimiento.

BIBLIOGRAFIA

CABANZO VILLAMIZAR, Ana María. Seguro de cumplimiento. Bogotá: tesis (abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1987.

CAMARA DE COMERCIO, El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. Fasecolda.

CODIGO CIVIL. Bogotá Editorial Legis. 2006,

CODIGO DE COMERCIO, Bogotá Editorial Legis. 2007,

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Bogotá Editorial Legis. 2007,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. 7 de mayo de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 21 de Septiembre de 2010. MP. DR. Trejos Bueno Silvio Fernando.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de diciembre 16 de 2005, ex. 1999-2006, MP. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 24 de Enero de 1994, expediente N° 4045.

DECRETO 4828 DE 2008

DIAZ GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa: Colombia Editores, 1995

DIAZ GRANADOS, Juan Manuel. El seguro de Responsabilidad, Pontificia Editorial Universidad del Rosario, 2006.

FASECOLDA 35 anos (Sentencia de Casación, 15 de marzo de 1983, posición ratificada en Sentencia de 21 de septiembre de 2000).

FASECOLDA, Tomado de www.fasecolda.com

GALINDO CUBIDES, HERNANDO. El Seguro de Fianza, garantía única de Cumplimiento. Editorial Legis. Segunda edición 2011

GARRIGUES, Joaquín. Contrato de seguros Terrestre. Madrid. Editorial Aguirre, 1973.

LEY 225 DE 1938

MANUAL PARA USUARIOS, El Seguro de Cumplimiento como garantía de contratos Estatales, cámara de Cumplimiento. Fasecolda.

MONTOYA LONDOÑO, Carlos Albero. Manual de Seguros. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Primera edición, 2001.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés Eloy. Cuestiones generales y caracteres del Contrato. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2001

RICO PUERTA, Luis Alfonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Leyer. (Tomado de trabajo de grado” el seguro de cumplimiento en la legislación Colombiana”)

STIGLITZ, Rubén. Contrato de Seguro. Bogotá: Edición La Roca, 1998.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA, Concepto 1998062083-2 del 4 de Enero de 1999.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Concepto 2002056471-1 del 21 de octubre de 2002. Disponible[[www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2002/seguros112.htm]]

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, de los contratos. Tomo IV, 6ª edición. Editorial Temis, 1985, Bogotá,

VISITA PAGINA WEB: www.seguros-seguros.com/siniestros.html. portal de AL compañía de seguros Mexicana GNP.