

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 30

GARANTÍA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

LEIDY KATHERINE ÁLVAREZ CHICA

E-mail: leidy0823@hotmail.com

SARA CARDONA BOTERO

E-mail: saracb_203@hotmail.com

JUAN PABLO CORREA MAYA

E-mail: correajuancho@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2015

Resumen: *En el presente artículo se tiene por objeto analizar las condiciones de la garantía de la ejecución del contrato de seguro en la contratación estatal en Colombia; para ello, se parte de la identificación de las características, elementos y personas que configuran la existencia del contrato de seguro; de igual forma, se establecen los antecedentes doctrinales, normativos y jurisprudenciales de esta figura contractual; y por último, se realiza una descripción de los riesgos y las garantías aceptadas por la ley para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los oferentes o contratistas en la contratación pública. Es de nuestro interés presentar un estudio sistemático y estructurado de las condiciones de la garantía de la ejecución del contrato de seguro, en virtud de la oportunidad que brinda la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado a través de su diplomado sobre Contratación Estatal para abordar un tema como es el mencionado, tema éste que sigue siendo objeto de debate, en la medida en que existen posiciones y vacíos normativos que resulta necesario y perentorio esclarecer.*

Palabras claves: *Garantía de la ejecución – Seguro de cumplimiento – Contratación estatal – garantía única – caducidad – estado de riesgo.*

Abstract: *In the present article it is to analyze the conditions of the guarantee of the contract of insurance in government contracting in Colombia; for this, it is part of the identification of the characteristics, elements and people that make up the existence of the insurance contract; similarly, doctrinal, regulatory and judicial precedents of this contractual figure is set; and finally, a description of the risks and guarantees accepted by the law to ensure compliance with the obligations of the suppliers or contractors in the procurement takes place. It is in our interest to present a systematic and structured study of the conditions of guarantee of performance of the insurance contract, by virtue of the opportunity provided by the Faculty of Law of the University Institution of Envigado through their diploma on State Contract for address an issue as it is said, a subject which is still under discussion, to the extent that there are regulatory gaps and positions is necessary and urgent to clarify.*

Keywords: *Guarantee of operation - sure compliance - state procurement - only guarantee - Expiry - risk status.*

1. INTRODUCCIÓN

El tema escogido en la elaboración del presente artículo es de gran importancia académica, toda vez que busca analizar las

condiciones de la garantía de la ejecución del contrato de seguro en la contratación estatal en Colombia, de tal manera que se pueda hacer una aproximación discursiva al

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 2 de 30

fenómeno en cuestión y así forjarse un sano criterio frente al asunto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales a que se refiere dicho estatuto, previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales, o derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo allí se definen. El contrato estatal tiene como principio fundamental la autonomía de la voluntad, es decir, en su formación surge el acuerdo de voluntades frente a prestaciones, en relación con propósitos comunes, en donde uno de los extremos del contrato es el Estado, y la otra un particular, que de conformidad con lo establecido en el artículo 3° ibídem, es un colaborador de la administración pública.

Además de acatar el principio de la autonomía de la voluntad y en desarrollo de éste, es imprescindible que el gestor público cumpla con todos los requisitos y disposiciones establecidas en la celebración

del contrato, toda vez que en el mismo, debe imperar el interés público.

En este sentido, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, establece:

Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto (...).

El fin de esta disposición es establecer las estipulaciones u obligaciones a que se compromete las partes, las cuales se constituirán en la ejecución del negocio jurídico y para efectos de su ejecución, asegurar los recursos necesarios para la cancelación de la contraprestación, como también amparar los riesgos propios de cada contrato y asegurar el cumplimiento de cada una de las obligaciones derivadas del mismo, en otras palabras es una verdadera protección de los recursos públicos.

En materia de contratación administrativa, los seguros pueden manifestarse de dos

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 30

formas diferentes, primero se encuentran aquellos seguros que las entidades estatales deben contratar con el fin de proteger sus bienes e intereses, en los cuales la entidad estatal es el tomador y beneficiario de la póliza. Estos seguros son aquellos conocidos como seguros oficiales.

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

El Estatuto de Contratación Administrativa, Ley 80 de 1993, en su Artículo 25 numeral 19, exige como requisito que el contratista presente garantía única, que avale el cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato. Dichas garantías

deben tener una vigencia igual a la del contrato y su liquidación.

2. LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO

2.1 EL CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro no tiene una definición legal en Colombia que permita conocer sus elementos o que pueda describir todas las situaciones que él mismo implica. Es por eso que ni el Código de Comercio ni el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como fuentes legales de este contrato traen la definición del contrato de seguro, por lo tanto, se hace necesario recurrir a la doctrina y la jurisprudencia para encontrar una definición uniforme y precisa de lo que es, en esencia, el contrato de seguro.

Para algún sector de la doctrina, la ausencia de la definición legal del contrato de seguro se debe a una omisión legislativa, contrario al pensamiento de Ossa (1991), quien considera que el legislador no se dio a esta tarea “por considerar, sin duda, que es tarea laboriosa y arriesgada, dada la innegable complejidad de esta institución

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 30

jurídica, ha preferido hacer caso omiso a ella, librarla al juicio de la doctrina y al ejercicio académico de los expositores” (p. 291). No obstante esta apreciación, se considera altamente positivo que el legislador decida definir el contrato de seguro, ya que ello importaría un compromiso a favor de una correcta identificación del tipo contractual y, muy especialmente, en punto a la limitación de su objeto y función.

Como contraposición de la ausencia de definición legal, se encuentran en el derecho comparado, algunas definiciones legales que ayudan a delimitar el objeto y la función del contrato de seguro, entre estas definiciones se encuentran la traída por el artículo 1º de la Ley de seguros de Argentina que define el contrato de la siguiente manera: “Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto” (Ley de Seguros de Argentina, artículo 1).

En Alemania, en el artículo 1º de la ley del 30-V-1908 se establece lo siguiente:

En el seguro contra daños el asegurador, conforme al contrato, se obliga a resarcir al tomador del seguro, en caso de siniestro, de los daños patrimoniales sufridos por aquél. En el seguro sobre la vida y contra los accidentes, y en los demás de personas, el asegurador se obliga, en caso de siniestro, a pagar la suma convenida mediante un capital o una renta o efectuar otras prestaciones convenidas. El tomador del seguro deberá pagar la prima convenida. A efectos de esta ley, se considerarán las cuotas a entregar a las empresas de seguros mutuos.

En Chile, en el artículo 512 del Código de Comercio se preceptúa

Un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí por un determinado tiempo todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados.

En España, el artículo 1º de la Ley 50, 8-X-1980 se estipula al respecto:

El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 30

En la jurisprudencia de las Altas Cortes se definen conflictos radicados en controversias contractuales del seguro, es por eso que se pueden encontrar definiciones más o menos uniformes que son utilizadas como soporte de los fallos tanto en las sedes de instancia judicial como en el máximo tribunal de casación.

Vale la pena destacar una de las tantas definiciones ilustradas por la Corte Suprema de Justicia:

El seguro es un contrato por virtud del cual una persona –el 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 o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de ‘daños’ o de ‘indemnización efectiva’, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (Corte Suprema de Justicia, Exp. 14171).

Como consecuencia de la ausencia de una definición legal, en Colombia se hace necesario recurrir a las definiciones de los

doctrinantes, entre los que se encuentran la del profesor argentino Stiglitz (2004), quien establece:

El seguro es un contrato por adhesión por el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, contra el pago o la promesa de pago del premio efectuado por el asegurado, a pagar a éste o a un tercero la prestación convenida, subordinada a la eventual realización (siniestro) del riesgo, tal como ha sido determinado, durante la duración material del contrato (p. 158).

Para el tratadista colombiano Ossa (2001), el contrato de seguro es:

Una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación. Por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística (p. 160).

Por su parte, Díaz-Granados (2006), sostiene que el seguro en Colombia se clasifica en reales y patrimoniales. Los primeros son aquellos que otorgan una protección con relación a una cosa determinada; los segundos amparan la integridad patrimonial del asegurado y no bienes específicos de su patrimonio. Uno de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 30

los principales seguros patrimoniales es el seguro de responsabilidad al lado del seguro de cumplimiento o de caución.

El seguro de responsabilidad 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 virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Por tanto, con el seguro de responsabilidad se protege el patrimonio del potencial responsable (asegurado), quien es el deudor de la obligación de indemnizar a la víctima y a la vez se protege a la víctima (Díaz-Granados, 2006, p. 37).

Finalmente, Bustamante y Uribe (1996), en su libro “Principios Jurídicos del Seguro” definen el contrato de seguro como: “Un contrato, en virtud del cual el asegurador asume un riesgo amparable en el que tenga interés el asegurado, con el fin de indemnizarlo si ocurre un siniestro previsible, a cambio de una prima convenida” (p. 66).

En síntesis, la definición del contrato de seguro, independientemente de las corrientes de pensamiento de la que provenga, deberá

hacer referencia, según Stiglitz (2004), a: a) la existencia de los sujetos de la relación sustancial: asegurador y asegurado b) su formación (por adhesión) en razón de que constituye una característica esencial, ya que de ella se desprenden consecuencias trascendentes, c) al objeto sobre lo que se consciente, o sea la operación jurídica, por lo que habrá de aludirse al riesgo cuya realización (siniestro) durante el plazo de duración material del contrato moviliza el efecto principal a cargo del asegurador (pago de la prestación) y, finalmente, a los efectos del contrato, constituido por las obligaciones correspectivas; d) pago o promesa de pago del premio por parte del tomador, e) prestación dineraria a cargo del asegurador, y f) tal como ha sido convenida en el contrato.

2.2 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGUROS

De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio Colombiano, son elementos esenciales del contrato de seguro: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador; es por ello que si falta

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 30

cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

2.2.1 Interés asegurable

Según Arias (2010), el interés del asegurado debe ser lícito y valorable en dinero, es decir, la obligación garantizada no puede ir en contra de los lineamientos legales y legítimos o del orden público Nacional. Sumando a ello, los perjuicios del incumplimiento de la obligación deben ser ciertos.

Así las cosas, tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo (siniestro).

En definitiva, el interés asegurable es indispensable y existe desde la formalización del contrato y por toda la vigencia del contrato de seguro y sin éste el contrato es inválido e inexistente.

2.2.2 El riesgo asegurable

Según se establece en el Código de Comercio Colombiano, el riesgo asegurable es un “suceso incierto que no depende

exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización dé origen a la obligación del asegurador” (art. 1054).

De acuerdo Arias (2010) es importante aclarar que si un hecho que genera un cambio, de manera incierta que depende únicamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, se constituye como un acto potestativo, y en este caso no sería asegurable.

Ahora, los hechos ciertos salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo, y por esta razón son extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento. Es por ello que es la incertidumbre, de si el suceso se presentara o no, la que constituye la base esencial del concepto del riesgo.

2.2.3 La prima o precio del seguro

Ésta la constituye el valor que debe pagar el tomador- afianzado de la póliza para que la aseguradora asuma el riesgo de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 8 de 30

incumplimiento de las obligaciones del mismo (Tomador- Afianzado). El elemento esencial lo constituye, por tanto, la sola estipulación de la prima en la carátula de la póliza, no el pago de ésta.

Este valor lo estipula la compañía de seguros según sus tasas previamente pactadas, según el riesgo y sus políticas de suscripción, el cual debe ser a cargo del tomador, y a favor de la aseguradora por el hecho de asumir el amparo frente a la ocurrencia de un determinado siniestro.

2.2.4 La obligación condicional del asegurador

De acuerdo con el Código Civil Colombiano (art. 1080), en virtud de la obligación condicional, el asegurador asume el riesgo contratado por el tomador, mediante el pago de la prestación asegurada, sujeta la condición de ocurrencia 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.

Dicho pago se traduce en una indemnización en los seguros de daños o en

la cancelación de la suma asegurada en los seguros de personas.

En suma, la obligación condicional del asegurador se traduce en la afectación del riesgo, derivada de un suceso incierto, imputable al tomador.

2.3 PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO

2.3.1 El Tomador

El Código de Comercio en su artículo 1037 numeral 2 lo define como “la persona que actuando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos”.

El tomador es la persona, natural o jurídica o inclusive un patrimonio autónomo, que interviene como parte en la formación del contrato. Para mayor exactitud, como contraparte del asegurador. Cuya capacidad y cuya conducta precontractual son factores determinantes de la validez del negocio jurídico y a cuyo cargo corren, a lo menos prioritariamente, las cargas, deberes u obligaciones respectivos, la de pagar la prima, entre ellos.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 9 de 30

Deberes del tomador: Como especial característica de los deberes del tomador, se anota que son anteriores a la ocurrencia del siniestro pues comienzan desde antes del perfeccionamiento del contrato, subsisten en todo su desarrollo y, excepcionalmente, pueden proseguir en caso de siniestro, aun cuando ya en esta lo usual es que se radiquen en cabeza del asegurado o del beneficiario en los eventos en que no son coincidentes dichas calidades.

Dentro de ellos los que merecen destacarse, por ser en esencia predicables de la calidad de tomador, son los siguientes:

- Declarar sinceramente todas las circunstancias inherentes al riesgo, en otras palabras evitar reticencias.
- Mantener el estado del riesgo.
- Cumplir estrictamente con las garantías.
- Pagar la prima.
- Avisar sobre la contratación de otros seguros respecto del mismo objeto asegurado.
- Cuando se impone un coaseguro obligatorio, no asegurar la parte dejada en descubierto.

Además, deberá hacer lo que esté a su alcance para evitar la propagación de los riesgos.

2.3.2 El Asegurador

El artículo 1037 del Código de Comercio define al asegurador como “la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos”.

El artículo 36 de la Ley 45 de 1990 destaca que la actividad aseguradora únicamente puede ser ejercida por empresas que adopten la forma de sociedades anónimas o por los tipos de sociedades cooperativas admitidos legalmente, solo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Financiera se encuentran facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora.

Ejercida la actividad aseguradora por personas naturales o jurídicas que, a falta de autorización legal, usurpen esta calidad jurídica (la de aseguradores), los contratos son nulos, de nulidad absoluta, bien por contrarios a “una norma imperativa”, como lo es, por su naturaleza, el artículo 1037 del

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 30

Código de Comercio, o por falta de capacidad legal, por la incapacidad particular consistente en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Son válidos, en cambio, los contratos de seguros celebrados por el asegurador aun en ramos no autorizados específicamente, o mediante pólizas no aprobadas, o con arreglo a estipulaciones extrañas al clausulado aprobado, o después que ha caducado, por falta de renovación oportuna, la autorización para explotar uno u otro ramo. En estos casos se estaría en presencia de un asegurador sujeto, como tal, al control del Estado, a las normas administrativas que rigen su actividad empresarial y, por tanto, a las sanciones adecuadas a la infracción de las mismas. Su capacidad legal para contratar el seguro, para obligarse frente al asegurado, no sufre menoscabo por la inobservancia de las normas de derecho público que condicionan su operación técnico comercial. Es función del organismo de control proveer por los medios legales a su alcance a la preservación de la ortodoxia aseguradora.

La validez de los contratos de seguros no tienen por qué estar a merced de los errores u omisiones, voluntarios o culposos, de las prácticas abusivas, irresponsables o ligeras del asegurador.

2.3.3 El Beneficiario

Es la persona natural o jurídica que a título oneroso o gratuito, recibe el valor de la indemnización una vez ha dejado de ser incierta la ocurrencia del riesgo asegurado. Será la persona que tiene derecho a recibir la indemnización, aun cuando no necesariamente debe tener interés asegurable, como sucede en los casos donde la designación se hace por mera liberalidad.

Los beneficiarios no intervienen en la formación del contrato a menos que tengan la calidad de asegurados y tomadores en los seguros de daños y en los de personas sobre otros riesgos que la muerte, pero han de percibir el valor del seguro, en caso de siniestro, ajustado naturalmente con arreglo a sus condiciones y límites.

El beneficiario puede ser contractual cuando proviene de estipulación expresa de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 30

la póliza. Es una de sus condiciones particulares, según la norma citada del Código de Comercio. Deriva su derecho del contrato mismo y, solo puede hacerlo efectivo, llegado el caso, con arreglo a sus cláusulas. No podrá, por tanto, recibir más que el asegurador mismo en virtud del daño causado por el siniestro, en los seguros indemnizatorios, ni pretender una prestación que exceda la suma asegurada, en los de personas.

El beneficiario legal es aquel que deriva su derecho al seguro, ocurrido el evento que condiciona la obligación del asegurador, de la ley y puede ejercerlo de acuerdo a sus términos que, naturalmente, no le otorgan más derechos que el contrato mismo. No se dan los beneficiarios legales en los seguros de daños.

Deberes del asegurador y del beneficiario:
 Los deberes del tomador igualmente se pueden exigir de estos intervinientes del contrato, cuando respecto de ellos se predica la calidad de tomador. Además, pero referidos a la calidad de asegurado y beneficiario ya de manera específicas, surgen

otros, en esencial, aun cuando no exclusivamente, con posterioridad al siniestro y pueden radicarse indistintamente en cabeza del asegurado y del beneficiario calidad que puede coincidir en el mismo sujeto.

Tales deberes son, básicamente, los que siguen:

- Evitar la extensión del siniestro.
- Dar aviso del siniestro
- Informar sobre la existencia de otros seguros
- Demostrar la ocurrencia del siniestro y cuantía
- No renunciar a los derechos que puedan impedir la subrogación de la aseguradora.

Además, deberá suministrar a la aseguradora la información que le sea requerida para el pago del siniestro.

3. ANTECEDENTES DE LA FIGURA DEL CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA

3.1 Antecedentes Investigativos

Los antecedentes históricos e investigativos en torno al contrato de seguro es posible identificarlos en una amplia variedad de trabajos y estudios sobre esta figura contractual.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 30

Precisamente, los orígenes del contrato de seguro, de acuerdo con Arboleda (2011), remiten a los principios de libertad e igualdad han estado ligados a una sociedad empresarial que surge después de la revolución francesa en la cual cada persona tenía la libertad absoluta de negociar en beneficio propio y por ende de acumular riquezas, al amparo del naciente Código Civil Francés.

De la mano de la declaración de los Derechos del Hombre en 1789, se promulga un nuevo pensamiento, el cual postula que “los hombres nacen y se mantienen libres e iguales en derechos”. Este principio universal de igual forma se vería reflejado en la manera en que los hombres regularían sus negocios, en los cuales el contrato era la manifestación de igualdad y equidad en las obligaciones derivadas del mismo. Así las cosas, la intervención del estado en las relaciones contractuales cada vez era menor. La premisa “Es permitido todo aquello que no esté prohibido” se convierte de manera practica en el marco legal de actuación negocial.

Con el devenir del tiempo, con la revolución industrial llegan nuevas tecnologías y con ellas la producción masiva y en serie generando un aumento considerable en la producción de bienes y servicios. La realidad fue demostrando que los postulados de libertad e igualdad solo tenían argumentos formales mas no efectivos y las nuevas empresas, como entes económicos más fuertes, determinarían el contenido y efecto de los contratos en beneficio propio.

3.2 Reseña Histórica del Contrato de Seguro

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

Como lo anota el profesor Antigono Donati, citado por López (1982):

La asociación de varias personas con finalidades de asistencia y repartición de los riesgos, es un fenómeno normal de la humanidad, y se puede decir que nace con ella: inicialmente la familia, después el clan y la tribu la realizaron naturalmente. Más tarde, con el surgimiento de la organización estatal, la asociación para mutua asistencia se transforma en un fenómeno voluntario; la encontramos en la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 30

India, Persia, Palestina, Fenicia, existiendo referencias a ella en el Talmud y en el Código de Hammurabi (p. 11).

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

Así mismo, destaca Penagos (2005), que en el Talmud, libro sagrado judío, existían dos instituciones que se pueden enmarcar dentro del concepto de seguro:

En primer lugar, aquella que indicaba que todos los judíos pertenecientes a un mismo grupo familiar debían ayudar a proveer a las mujeres solteras de -la dote- para que pudieran contraer matrimonio. Era, lo que se podría llamar, un seguro de matrimonio. En segundo término, se encontraba la obligación que tenían los patronos de barco de indemnizar a sus colegas cuando éstos perdían un barco a causa de una tempestad (p. 7)

Por su parte, Penagos (2005) sostiene que en Egipto se crearon asociaciones para proteger a los miembros de las caravanas que atravesaban el desierto, mediante la colecta de sumas de dinero, que eran utilizadas para pagarle, a manera de indemnización, a los

dueños de los camellos que morían durante las travesías. Igualmente, en Grecia, se realizaron estas colectas, con el objeto de prestarse asistencia mutua en los gastos funerarios.

Finalmente, la importancia de esta figura se manifestó en el pueblo romano por medio de varias instituciones:

En particular, a través de los Collegia Militum, que buscaban ayudar a los militares transferidos de guarniciones y el préstamo a la gruesa, por cuyo intermedio un patrono dueño de un barco, solicitaba dinero prestado para financiar una aventura marítima y dependiendo del resultado lo devolvía a su acreedor. Así, si la nave llegaba sin problema alguno a puerto, debía retornar el monto prestado, más un interés previamente estipulado del 25% pero, si la nave naufragaba terminaba la obligación de devolver el dinero al prestamista, quién sufría la pérdida al haber asegurado el riesgo (Penagos, 2005, p. 8).

Sin embargo, siguiendo al precitado autor, es desde el Siglo XIV cuando se encuentra tipificado el seguro, que atiende los lineamientos seguidos por el contrato conocido en la actualidad. De esta manera,

A pesar de ciertas discrepancias sostenidas especialmente por autores alemanes, es en

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 14 de 30

esta época de la historia que se estructura por primera vez en Italia el seguro como institución, en donde lo comenzaron a llevar a la práctica los mercaderes de Florencia, Génova y Venecia. A partir de este país, su uso se extendió a Francia, España y luego a toda Europa, llegando así a Inglaterra en donde se creó la primera compañía especializada en el ramo de los seguros, “The Fire Office”, conocida hoy en día como Royal & SunAlliance (Penagos, 2005, p. 8).

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

3.3 Consagración Legal del Contrato de Seguro

En cuanto a su consagración legal, nuestra legislación no trae una definición de contrato de seguro, sino unos preceptos fundamentales que se encuentran en el

artículo 1036 del Código de Comercio, entre otros.

Según la doctrina, contrato de seguro es una operación mediante la cual una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración la prima para así o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación; por otra parte, el asegurado que tomando a su cargo un conjunto de riesgo los compensa conforme a las leyes de la estadística.

El Capítulo I del Título V Libro IV del Código de Comercio regula la figura de las garantías en el contrato de seguro, entre los principios comunes aplicables a los seguros terrestres. Es así como en sus artículos 1061 a 1063 se consagran las reglas bajo las cuales se puede incorporar esta figura en los contratos de seguro. Ahora bien, en atención a los términos amplios de su solicitud hacemos mención a los rasgos característicos de esta figura. Veamos:

Según el inciso primero del artículo 1061, se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 15 de 30

hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

Tal como lo señala la norma la garantía en materia de seguros se instituye como una carga u obligación en cabeza del asegurado o tomador, que se traduce en un compromiso que adopta diferentes formas de cumplimiento de acuerdo con lo estipulado por las partes en el clausulado de la póliza.

Dispone en este sentido el inciso segundo del mismo artículo la formalidad que debe revestir la garantía prescribiendo: la garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

La garantía en los términos así definidos:

(...) se encamina a tratar de rodear de mayores seguridades el objeto o la persona asegurados, a interesar al tomador o asegurado en una conducta más diligente aún de la que normalmente puede esperarse de él, todo con el objeto de hacer más remota la ocurrencia del siniestro. (López, 1999, p. 143).

A través de la Sentencia del 19 de febrero de 2003 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado César Julio Valencia Copete, se aborda la figura del contrato de seguro, noción que la legislación comercial Colombiana optó por definir utilizando un sistema descriptivo mediante el que pretendió resaltar cuales son los principales elementos jurídicos que configuran el contrato. Así, el artículo 1036 del Código de Comercio reformado por el artículo 1 de la Ley 389 de 1997 señala que “el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

No son estas las únicas características del contrato de seguro, ya que del estudio de sus diversas normas surgen otras cualidades también muy importantes, tales como su carácter estrictamente indemnizatorio; la buena fe, pues aunque todos los contratos se basan en ella, aquí el concepto adquiere un especial significado, al ser contrato en consideración a la persona y, según algunos, de adhesión, aspectos estos dos últimos de amplia controversia, porque realmente, no

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32 Versión: 01 Página 16 de 30
---	--------------------------------------	--

son comunes a todos los contratos de seguro pero que si operan en la mayor parte de ellos.

Según la posición de la doctrina. el contrato de seguro es consensual porque se perfecciona mediante el solo consentimiento de las partes, no está sujeto al cumplimiento de ciertas formalidades especiales para surgir efectos; también es bilateral, porque genera obligaciones para las dos partes contratantes; así , para el asegurado, más jurídicamente, para el tomador, la de pagar la prima, fuera de otras que los expositores denominan cargas, y para el asegurador, la de asumir el riesgo y, por ende, la de pagar la indemnización si llega a producirse el evento que la condiciona. Aunque, a decir verdad, la mera asunción del riesgo no es exactamente una obligación. Sin ella simplemente no se conforma, no puede conformarse, el contrato de seguro.

También se trata de un contrato de tipo oneroso, y es porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. La prima es el gravamen a cargo del tomador. Sin prima, elemento esencial del seguro, el contrato no

existe. Al paso que lo es del asegurador la obligación que contrae de pagar la prestación asegurada en caso de siniestro. Esto puede o no acontecer. No por ser condicional, la obligación deja de ser un gravamen. La sola probabilidad de pérdida que, durante la vigencia técnica del contrato, gravita sobre el patrimonio del asegurador, tiene un valor acorde con la naturaleza e intensidad del riesgo y con la magnitud del interés amenazado. Y de ahí la contraprestación a cargo del tomador.

Se trata además de un contrato aleatorio, porque la prestación a cargo de uno de los contratantes no guarda relación alguna con la del otro, desde el punto de vista de su equivalencia, por estar sometida esa prestación a la ocurrencia incierta de un hecho futuro que, de llegar a presentarse, evidencia notoria desproporción. Y es también de Ejecución Sucesiva, porque durante toda la vigencia del contrato persisten una serie de obligaciones reciprocas, de manera muy especial en cabeza del tomador o asegurado, mientras está vigente subsisten diversas cargas, como las de mantener el estado del riesgo,

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 30

comunicar circunstancias que impliquen su agravación, observar estrictamente las garantías dadas.

En la sentencia también se hace referencia a la figura de la prescripción ordinaria y extraordinaria derivada del contrato de seguro, para lo cual se parte del análisis del artículo 1081 del Código de Comercio colombiano, el cual sostiene que “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. 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. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

Según señala la Corte, todas las acciones de que se trata son susceptibles de extinguirse ya sea por prescripción ordinaria, o bien por prescripción extraordinaria, y por

tanto, la aplicación de una y otra de esas formas de prescripción extintiva depende de la persona que ejerza la respectiva acción o intente la efectividad de algún derecho y de la posición que ella tenga en relación, precisamente con el hecho que motive la acción o con el derecho que persigue.

Uno de los principales problemas que ostentan los contratos de seguros tiene que ver con las denominadas “cláusulas restrictivas”, las cuales han sido calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparada. En punto del reconocimiento de la prescripción extintiva de la acción en comento, ese tipo de cláusulas restrictivas son calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas, y por ende son nulas absolutamente por mandato del numeral 1º del artículo 899 del C. de Co., hoy ineficaces según el literal a) del numeral 2º del artículo 184 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en concordancia con el inciso 2º del numeral 4º del artículo 98 y el numeral 3º del artículo 100 de la misma normatividad, en cuanto violan disposiciones que, como los artículo 1077 y 1080 del estatuto mercantil, son

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 18 de 30

imperativas, la primera ‘por su naturaleza’, y la segunda porque expresamente así lo establece el artículo 1162 aludido, por lo menos frente al tomador, al asegurado y al beneficiario, al prohibir que se haga más gravosa la situación de dichos sujetos, la que forzosamente se consolida o materializa con la precitada estipulación negocial, habida cuenta que los obliga y limita a acudir a un proceso judicial para probar un derecho que, ex lege, puede ser acreditado extrajudicialmente.

También reitera la Corte que las partes contratantes por virtud de un nuevo convenio que así lo disponga de manera explícita o como consecuencia de actitudes concluyentes por ellas desplegadas a su debido momento, pueden abandonar el acuerdo de arbitraje y someter sus diferencias a la decisión de los jueces ordinarios. Promover la demanda judicial y abstenerse de proponer la excepción previa correspondiente constituyen actitudes concluyentes de renuncia tácita de la cláusula compromisoria cláusula por quienes fueron parte en el contrato.

4. RIESGOS Y GARANTÍAS PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS OFERENTES O CONTRATISTAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.1 Garantías del Seguro

En cuanto a su consagración legal, nuestra legislación no trae una definición de contrato de seguro, sino unos preceptos fundamentales que se encuentran en el artículo 1036 del Código de Comercio, entre otros.

Según la doctrina, contrato de seguro es una operación mediante la cual una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración la prima para sí o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación; por otra parte, el asegurado que tomando a su cargo un conjunto de riesgo los compensa conforme a las leyes de la estadística.

En el Capítulo I del Título V del Libro IV del Código de Comercio colombiano, el cual regula la figura de las garantías en el contrato de seguro y los principios comunes aplicables a los seguros terrestres, en los artículos 1061 a 1063 se consagran las reglas

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 30

bajo las cuales se puede incorporar esta figura en los contratos de seguro. Ahora bien, en atención a los términos amplios de su solicitud hacemos mención a los rasgos característicos de esta figura.

Según el inciso primero del artículo 1061 se debe entender por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

Tal como lo señala la norma, la garantía en materia de seguros se instituye como una carga u obligación en cabeza del asegurado o tomador, que se traduce en un compromiso que adopta diferentes formas de cumplimiento de acuerdo con lo estipulado por las partes en el clausulado de la póliza.

Jaramillo (2012), al analizar el inciso 1° del artículo anteriormente citado, explica lo siguiente:

El artículo 1061 del Código de Comercio, abarca dos diferentes tipos –o tipologías– de garantías que la doctrina, comúnmente, denomina: de conducta, en virtud de la

cual el asegurado –mejor el tomador– se obliga hacer o no determinada cosa, y afirmativas, vale decir, las que conciernen a una declaración –de conocimiento o de ciencia– mediante la cual se afirma o niega una concreta situación de hecho (factum) (p. 369).

Se dispone, en este sentido, el inciso segundo del mismo artículo la formalidad que debe revestir la garantía prescribiendo que “la garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla” (Jaramillo, 2012, p. 370).

Con la misma orientación, en el inciso tercero del citado artículo se dispone que la garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente, de ahí que en el mismo precepto se señale que cuando la promesa se incumpla el contrato quedará afectado de nulidad relativa o terminará, estableciendo así las consecuencias legales de su inobservancia y previendo como única excepción los casos en que concurren las circunstancias señaladas en el artículo 1062 del ordenamiento que se viene mencionando.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 20 de 30

4.2 El Incumplimiento de la Obligación Contractual

La responsabilidad civil contractual nace de las obligaciones contraídas entre las partes, que según el artículo 1495 del Código Civil colombiano tienen fuerza de ley entre las mismas. El incumplimiento de una obligación contractual da origen a la responsabilidad civil contractual.

En varias ocasiones la Corte ha señalado como diferencia específica entre la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana la de consistir la primera en el incumplimiento de una obligación, vale decir, de un vínculo jurídico concreto preexistente entre las partes, situación reglada por el título XII libro IV, del C. Civil, al paso que la segunda se ofrece con prescindencia de ese vínculo preexistente, cuando una persona observa una conducta ilícita (dolosa o culposa) que le irroga daño a otra, evento regido, a su vez, en el artículo 34 del mismo libro del Código.

Así entendida la responsabilidad contractual, su denominación tradicional resulta impropia, como quiera que el vínculo obligatorio que ella presupone puede emanar

de fuentes distintas de los contratos. Pero, en todo caso, el concepto de la misma circunscribe el campo de su operancia, cual es el de la ejecución de obligaciones. Con otras palabras, cuando de ella se trata, el punto de partida de la valoración jurídica pertinente se encuentra en el momento en que la obligación ya nacida se ha hecho exigible y debe ser ejecutada. Más aún, en nuestro sistema la responsabilidad contractual sólo comienza, en punto de obligaciones positivas, cuando el deudor está colocado en mora de cumplir (art. 1615).

Se infiere de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de la responsabilidad aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formarse la obligación cuyo incumplimiento ellas sancionan, la cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o la culpa *in contraendo* en que ellas hubieran incurrido entonces, etc. temas estos que encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 30

El principio general del derecho, amparado con la responsabilidad contractual, que se traduce en la obligación indemnizatoria de perjuicios al acreedor, es el de que el deudor debe cumplir su obligación en la forma y tiempo debidos, o sea, que éste incurre en dicha responsabilidad cuando deja de ejecutar total o parcialmente la prestación debida, o cuando la ejecuta defectuosa o tardíamente. (C.S.J. Sentencia de julio 15 de 1985).

El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las pretensiones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o al pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados.

Ahora bien, la responsabilidad se estructura mediante los elementos de incumplimiento de un deber contractual, un daño, y una relación de causalidad entre éstos. Lo primero indica la inejecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir el daño, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisado se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones quien alega su existencia.

4.2.1 Cauciones judiciales

De acuerdo con Barrera (2007), las cauciones judiciales nacen bajo la naturaleza

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 22 de 30

de un seguro patrimonial por lo que la legislación aplicable será la relacionada con los seguros de daños. Éstas han sido incluidas dentro del ramo de los seguros de cumplimiento, así las aseguradoras que tienen aprobado el respectivo ramo de seguros de cumplimiento podrán, en desarrollo de sus actividades, expedir cauciones judiciales que amparan el perjuicio patrimonial que pudiere llegarse a causar al demandante o al demandado debido al incumplimiento de obligaciones legales. Esta posición resulta concordante con López (2004), quien en su obra: “Comentarios al Contrato de Seguro”, expone:

...salvo que una norma expresamente requiera una determinada caución, como el art.519 del C. de P.C. exige que la caución se preste en dinero, bancaria o de compañía de seguros, de acuerdo con la oportunidad en que se presente la petición, el juez no puede imponer un tipo especial de caución, ya que sus facultades se limitan en esta materia a indicar “su cuantía y el plazo en que debe constituirse” (art.678.inc. 2), salvo eventos en que la misma ley señala las bases para la cuantía de la misma como sucede con el artículo 513 del C.P.C. (p. 339)

Es decir, el juez sólo debe limitarse a comprobar que las cauciones se encuentren debidamente constituidas y que sean

suficientes para la cobertura exigida, sin delimitar al tomador a que escoja entre una y otra. Por lo cual, las pólizas judiciales, no podrán ser inadmitidas arbitrariamente por el juez aduciendo que a él le parece mejor una garantía hipotecaria o cualquiera otra de las enunciadas.

Las compañías que expiden pólizas de cumplimiento de disposiciones legales amparan el riesgo de incumplimiento de dichas disposiciones legales ocurrido durante la vigencia del seguro que sea imputable a la persona obligada. “De ningún modo ampara el incumplimiento por casos de fuerza mayor o caso fortuito o por ninguna otra causal de exoneración del deudor de la obligación sobre la cual se suscribió la póliza de cumplimiento de disposiciones legales”. (Galindo, 2005, p. 111)

4.2.2 Amparo de cumplimiento del contrato

Según lo establecido por Barrera (2007), este amparo cubre los perjuicios causados al tomador de la póliza proveniente del incumplimiento del contrato por responsabilidad del asegurador, incluye el pago de las cláusulas penales y las multas

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 23 de 30

que se determinan dentro del contrato referente a los incumplimientos en la ejecución del mismo. Es de anotar que en caso del cobro de multas o de la cláusula penal provocadas por el incumplimiento, el tomador de la póliza no deberá probar la cuantía de éstas pues ya ha sido realizada una estimación anticipada sobre el monto de los posibles perjuicios o daños que harían efectivo el cobro de la multa o de la cláusula penal pecuniaria.

Pero en caso de reclamar perjuicios que superen la suma establecida, se deben probar en un proceso administrativo; como señala Galindo (2005), hay una presunción legal:

Se presume –presunción legal que admite prueba en contrario que cuando se declara la caducidad, los perjuicios irrogados a la entidad contratante equivalen al valor de la cláusula penal. Si llegaren a ser mayores, la entidad que los sufrió debe probarlos en un proceso administrativo (Galindo, 2005, p. 107).

En el caso de las pólizas de cumplimiento para contratos estatales, desde finales de 2005 y principios de 2006, ha habido pronunciamientos por parte del honorable Consejo de Estado, a través de los cuales se

desarrolla la facultad que tienen las entidades contratantes para imponer multas y cláusulas penales a los contratistas, sea por los retrasos en las ejecuciones de los contratos o por la falta de cumplimiento de los mismos. Concretamente se trata de una sentencia de 20 de Octubre de 2005 del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Germán Rodríguez Villamizar, al fallar sobre una acción contractual; y una consulta formulada ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado por parte del Ministerio de Defensa Nacional a manera de cuestionario con motivo de la providencia anterior.

Debido a la derogatoria hecha del Decreto 222 de 1983 por parte de la ley 80 de 1993, y que de acuerdo con los nuevos lineamientos trazados, como es crear una sola categoría de contrato estatal, señalar a cuales contratos se les introducen cláusulas exorbitantes a favor de la administración y no regular nada al respecto de las cláusulas penales y multas, no hay facultades expresas para imponer estas últimas de manera unilateral.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 24 de 30

4.3 Incumplimiento de Garantías en el Contrato de Seguro de Acuerdo a la Jurisprudencia Colombiana

4.3.1 Sentencia del 13 de febrero de 2012

En el año 2012, la Corte Suprema de Justicia colombiana se pronunció al respecto del tema del incumplimiento de las garantías en el contrato de seguro y manifestó, precisamente, que:

La garantía es la promesa por la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, afirma o niega determinada situación fáctica. Cuando la garantía consiste en un hecho posterior al contrato de seguro, su inobservancia otorga el derecho a terminarlo desde la contravención. El seguro, no termina de suyo, por sí y ante sí, sino por decisión unilateral de la aseguradora, facultad que puede ejercer o no.

De acuerdo a lo anterior, vale la pena tener en cuenta que, tal y como lo expresa la Corte Suprema de justicia en esta oportunidad, la garantía es la promesa por la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, afirma o niega determinada situación fáctica y “sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente”. En este

orden de ideas, “en caso contrario, el contrato será anulable.

Ahora, cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento mismo de la infracción.

De este modo, queda claro que cuando la garantía consiste en un hecho posterior al contrato de seguro, su inobservancia otorga el derecho a terminarlo desde la contravención. El seguro, no termina de suyo, por sí y ante sí, sino por decisión unilateral de la aseguradora, facultad que puede ejercer o no.

Sin embargo, incumplida la garantía, por ende, se incumple el contrato, y esta conducta genera consecuencias a la parte incumplida.

De este modo, la inobservancia de la garantía concede derecho al asegurador para terminar el contrato por decisión suya, y también al margen de esta posibilidad, desencadena efectos negativos al incumplido.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 25 de 30

4.3.2 Sentencia del 22 de julio de 1999

En el año 1999, la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto del contrato de seguro y lo definió como aquél negocio bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo, por virtud del cual una persona (el 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 o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de “daños” o de “indemnización efectiva”, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro. Salta a la vista, por tanto, que uno de los elementos esenciales en este esquema contractual es la obligación “condicional” contraída por el asegurador de ejecutar la prestación prometida si llegare a realizarse el riesgo asegurado, obligación que por lo tanto equivale al costo que ante la ocurrencia del siniestro debe aquél asumir y significa

asimismo la contraprestación a su cargo, correlativa al pago de la prima por parte del tomador.

Ahora, en cuanto al contrato de seguro de daños, éste es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, más no para conseguir un lucro.

4.3.3 Sentencia del 24 de enero de 1994

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en el año 1994 también se pronunció al respecto de lo que es el contrato de seguro y

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 26 de 30

sostuvo que éste tipo de contrato se refiere a aquel negocio bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona -el 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 o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de 'daños' o de 'indemnización efectiva', o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro.

Así las cosas, para la Corte es innegable que uno de los elementos esenciales en este esquema contractual es la obligación 'condicional' contraída por el asegurador de ejecutar la prestación prometida si llegare a realizarse el riesgo asegurado, obligación que por lo tanto equivale al costo que ante la ocurrencia del siniestro debe aquél asumir y significa asimismo la contraprestación a su

cargo, correlativa al pago de la prima por parte del tomador.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De lo expuesto a lo largo de este artículo se puede concluir que la figura jurídica de las garantías en los contratos de seguro, se encuentran reguladas en el Capítulo I del Título V Libro IV del Código de Comercio, además, en sus artículos 1061 a 1063 se ofrecen las reglas bajo las cuales se puede concentrar esta figura en dichos contratos. Se tiene entonces que según lo señalado en el artículo 1061, se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

Dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su arbitrio todos o algunos

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia , educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 27 de 30</p>

de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado.

Las aseguradoras, mediante la suscripción de la póliza de seguro deciden otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que solo en el evento de que se presenten éstos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar.

De todo lo anterior se tiene, entonces, que esta garantía tiene como objetivo principal poder brindar unas mayores seguridades a los objetos y personas sobre las cuales recae el seguro, a interesar al tomador o asegurado en una conducta más diligente aún de la que normalmente puede esperarse de él, todo con el fin de hacer más remota la ocurrencia del siniestro.

De acuerdo a la interpretación que se le puede dar a la normatividad general de los seguros y que le puede ser aplicable al contrato de seguro de cumplimiento (o que en buena medida se ha de adecuar), se puede considerar que de las formas cómo es posible

tomar este seguro, según la doctrina, la institución es válida y goza de sustento normativo. Sea el tomador del seguro, el contratista afianzado o el acreedor de la obligación, la institución del seguro por cuenta ajena es válida para dar sustento al primer caso y la obligación general de declarar el estado del riesgo puede ser satisfactoria a la hora de contratarse el seguro en uno u otro caso.

La garantía de seriedad de la oferta cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada en cuanto se refiere a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento imputable al proponente garantizado.

El amparo de cumplimiento del contrato cubre a la entidad estatal contratante asegurada de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá el pago del valor de las multas

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 28 de 30

y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

Por último, es importante destacar la naturaleza propia del seguro de cumplimiento, la cual hace que necesariamente se deban adecuar u obviar algunas otras instituciones conocidas, como son la terminación automática del contrato por no pago de la prima y la revocación unilateral del contrato por parte del asegurador; al menos es claro en lo que respecta a las pólizas que garantizan contratos con las entidades estatales, debido al desarrollo legislativo que se tiene en la materia, pero que por la vía de la autonomía de la voluntad se puede obtener el mismo resultado en cuanto a los contratos entre particulares.

REFERENCIAS

Arboleda R., E. (2011). *Abuso y cláusula abusiva en el contrato de seguro automotor como contrato de adhesión*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Arias M., Á. L. (2010). *El seguro de cumplimiento en la legislación colombiana*. Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia.

Barrera P., M. (2007). *Seguro de cumplimiento*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Bustamante, J. y Uribe, A. (1996). *Principios Jurídicos del Seguro*. Bogotá: Temis.

Colombia. Congreso de la República. (1993). *Ley 80, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993.

Colombia. Congreso de la República. (2007). *Ley 1150, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*. *Legislación*, 111(1316), 89-104.

Corte Constitucional (2001). Bogotá D.C. *Sentencia C-949*. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Suprema de Justicia (2001). Bogotá D.C. *Sentencia del 19 de febrero de 2003*. Radicado 6571. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia (2008). Bogotá D.C. *Sentencia de Casación Civil del 27 de agosto de 2008*. Expediente 14171. Magistrado Ponente. William Namén Vargas

Díaz-Granados O., J. M. (2006). *El seguro de responsabilidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 29 de 30

- Galindo C., H. (2005). *El seguro de fianza garantía única*. Bogotá: Legis.
- Hinojosa D., H. (2003). *Problemática actual del derecho de seguros y su contrato*. Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Jaramillo, C. (2012). Derecho de Seguros, escritos y estudios jurídicos. Tomo III. *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Temis.
- López B., H. (1999). *Contrato de Seguro*. Bogotá: Dupré Editores.
- López, H. (1982). *Comentarios al Contrato de Seguros*. Bogotá: Editorial Temis.
- Muñoz M., C., y Vélez O., J. (2008). *El contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores y directores*. Envigado: Institución Universitaria de Envigado
- Ordóñez O., A. (1998). *El Contrato de Seguro Ley 389 de 1997, y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina A., J. (2009). *Nuevos aspectos normativos de la contratación estatal: un estudio a partir de la reforma introducida por la ley 1150 de 2007*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ospina F., G. & Ospina A., E. (1987). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá: Temis.
- Ossa G, J. (1991). *Teoría General del Seguro*. Bogotá: Editorial Temis.
- Palacio H., J. (2007). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- Palacios, M. (2007). *La contratación directa, misión de contratación*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Bogotá: Uniandes.
- Penagos B., A. (2005). *El seguro de cumplimiento en la contratación administrativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rodríguez, L. (2001). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.
- Suárez B., G. (2009). *La nueva contratación pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*. Bogotá: Legis.
- Suárez T., D. (1994). *Panorámica del estatuto general de contratación de la administración pública. Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Stiglitz, R. (2004). *Derecho de Seguros*. Buenos Aires: La Ley.

CURRICULUM VITAE

Leidy Katherine Álvarez Chica: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado Diplomado en Profundización

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia , educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 30 de 30

Contratación Estatal Cohorte I Asesor Juan Paulo Velez.

Sara Cardona Botero: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado Diplomado en Profundización Contratación Estatal Cohorte I Asesor Juan Paulo Velez.

Juan Pablo Correa Maya: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado Diplomado en Profundización Contratación Estatal Cohorte I Asesor Juan Paulo Velez.