

El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares*

CHRISTIAN EDUARDO PÉREZ RUEDA**

SUMARIO

1. Introducción
2. El seguro de cumplimiento
 - 2.1. Definición
 - 2.2. Características
 - 2.2.1. Solo cubre los riesgos nombrados
 - 2.2.2. Es un seguro de daños: deber de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro
 - 2.2.3. Es un seguro y no una fianza
3. El amparo de anticipo
 - 3.1. Definición de anticipo
 - 3.2. Diferencia entre anticipo y pago anticipado
 - 3.3. Los riesgos de la entrega del anticipo

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2012
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2012

* Investigación realizada como monografía de grado por el autor, para aspirar al título de Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana, dirigida por el profesor José Fernando Torres Fernández de Castro. Fue merecedora de la máxima calificación.

** Abogado de la Universidad de los Andes, con especialización en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Ha trabajado en el sector asegurador en la compañía multinacional Aon Colombia S.A. Corredores de Seguros como abogado de la Gerencia de Seguros de Cumplimiento y Crédito, y actualmente se desempeña como abogado litigante de la firma Torres Fernández de Castro & Asociados Ltda., principalmente en temas de seguros, contratación pública y privada y responsabilidad civil.

- 3.3.1. Del “Buen manejo”, la “Correcta inversión” y el “Uso indebido” del anticipo
- 3.3.2. De la “Apropiación indebida” del anticipo
- 3.3.3. De la “No amortización” del anticipo
- 3.4. Independencia entre el amparo de anticipo y el amparo de cumplimiento
4. Conclusiones
5. Bibliografía
 - 5.1. Normas
 - 5.2. Jurisprudencia
 - 5.3. Doctrina
 - 5.4. Diccionarios

RESUMEN

El seguro de cumplimiento es un mecanismo utilizado para que un contratante se cubra de los perjuicios que un contratista pueda causarle con ocasión de un incumplimiento contractual. Este trabajo aborda dicho seguro, su diferencia con la fianza, y define sus principales coberturas, haciendo especial énfasis en el amparo de anticipo, demostrando que ante la entrega de un anticipo, sin que se mencionen expresamente, no se cubren todos los riesgos inherentes a ello.

Palabras clave: Contrato, Seguro, Cumplimiento, Amparo de Anticipo, Pago anticipado, Amortización, Seguro de Caución, Seguro de Fianza.

Palabras clave descriptor: Contrato de Seguro, Seguro de Cumplimiento, Pago anticipado.

ABSTRACT

Bond Insurance is a mechanism used by contractors to cover against certain patrimonial detriments caused by any breach of contract obligations of the other party. This paper describes the properties of this sort of insurance and its differences with sureties. Finally, this work pays special attention to the specific considerations of funds advance coverage: the default exclusion of several risks, inherent to the advanced delivery of funds given by the insured to the contractor, unless expressly agreed otherwise.

Word keys: insurance policy, insurance, compliance, advance payment coverage, advance payment, amortization, “seguro de caución,” “seguro de fianza.”

Word keys plus: insurance policy, “seguro de cumplimiento,” “advanced payment.”

1. INTRODUCCIÓN

La utilización del seguro de cumplimiento ha respondido a la necesidad creciente de garantizar que ante la celebración de un contrato, en caso en que una de sus partes no honre las estipulaciones por esta aceptadas y en dicho instrumento consagradas, un tercero como lo es una compañía de seguros se sirva indemnizar al contratante cumplido por los perjuicios que el incumplimiento de la convención le haya causado.

Uno de sus principales y más polémicos amparos es el de Anticipo, que como su nombre lo indica y de manera más detallada se explicará en el presente escrito, busca cubrir los perjuicios derivados de la entrega al Contratista de dineros o bienes del Contratante que tienen como finalidad principal su inversión y/o utilización en el objeto contratado; que de cierta forma pueden entenderse como un préstamo al contratista para que pueda iniciar la ejecución del contrato, y que no entran a formar parte del patrimonio de este último, ni del precio del contrato, sino hasta tanto el anticipo sea amortizado en su totalidad.

Si se le diera una mirada desprevenida al amparo de anticipo, se podría entender que está llamado a cubrir todos los riesgos derivados de su entrega. Sin embargo, como se esbozará, al tratarse de un seguro y no de una fianza, el seguro de cumplimiento es de interpretación restrictiva y en este sentido solo cubre los riesgos nombrados, de tal forma que las coberturas que no sean expresamente otorgadas por el asegurador no se encuentran incluidas, como sucede con la amortización.

Este escrito no tiene como finalidad ser leído únicamente por abogados, sino por todo tipo de profesionales, de manera que se pueda alcanzar un conocimiento suficiente del seguro de cumplimiento, y más concretamente del Amparo

de Anticipo, para que esta modalidad asegurativa pueda dejar de ser vista como un requisito formal en todo contrato, y se pueda convertir, como su teleología lo manda, en un mecanismo eficaz para garantizar que terceros profesionales y con total solvencia financiera, como lo son las compañías de seguros, indemnicen al contratante por los perjuicios ocurridos y demostrados por este.

2. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

2.1 Definición

Lo primero que hay que tener en cuenta sobre el seguro de cumplimiento es que tal y como su nombre lo dice, es un contrato de seguro, de manera que a este le son aplicables las normas que sobre los seguros generales trae el Código de Comercio¹, salvo lo referente a la terminación automática por falta de pago o a la revocatoria unilateral por parte del asegurador².

Vistas las consideraciones precedentes, el Seguro de Cumplimiento puede definirse como un contrato por medio del cual una persona natural o jurídica, pública o privada, denominada Tomador, que bien puede ser en contratación privada tanto el contratante como su contratista³, suscribe con una compañía de seguros, a cambio de una prima, la cobertura de algunos o todos los riesgos emanados, según se pacte, de la suscripción, ejecución y/o liquidación de un contrato con otra persona natural o jurídica, pública o privada, para que en caso de incumplimiento del contratista Garantizado⁴, la aseguradora indemnice al contratante asegurado y beneficiario por los perjuicios directos que demuestre que tal incumplimiento le haya causado a su patrimonio, y que se deriven de riesgos expresamente asumidos por el asegurador.

1 Código de Comercio. Título V del Libro Cuarto. Artículos 1036 a 1082, 1083 a 1112, y 1162.

2 Puede acudirse a lo que la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el particular. Cas. Civ. de 18 de diciembre de 2009. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp.: 68001 3103 001 2001 00389 01.

3 Es importante tener en cuenta que en materia de garantías únicas para amparar los riesgos de los contratos estatales, el tomador únicamente puede ser el contratista, siguiendo lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 que en su primer inciso dispone: *“Artículo 7°. De las garantías en la contratación. **Los contratistas** prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.”* (Subrayamos).

4 En el mercado asegurador al contratista normalmente se le llama “Afianzado”, término utilizado por casi todas las compañías de seguros en las carátulas de las Pólizas de Seguro de Cumplimiento. Sin embargo, es importante que el lector tenga en cuenta, como ya se explicará, que dicho término no es jurídicamente acertado, por cuanto proviene del contrato de fianza, el cual es distinto del contrato de seguro de cumplimiento.

La definición dada obedece a nuestra experiencia dentro del mercado asegurador y de ese particular ramo, e intenta comprender la verdadera realidad jurídica y negocial del seguro de cumplimiento, pues en nuestro criterio esta modalidad, dada su casi nula regulación legal en normas especiales –al menos en las pólizas entre particulares–, permite a las compañías de seguros, corredores, agentes y agencias de seguros toda suerte de estipulaciones que siempre y cuando sean lícitas, gestan una continua mutación de este seguro, de manera que se mantiene en permanente evolución de conformidad con lo que los negocios jurídicos garantizados requieran.

Todo ello se ve patente, verbigracia, con la creación relativamente reciente de las denominadas Pólizas de Grandes Beneficiarios, que han buscado corregir fallas de concepción en los seguros de cumplimiento tradicionales, en donde es ordinariamente el contratista –esa persona cuyo incumplimiento se asegura– quien toma el seguro por orden de su contratante, sin que este último, quien es la entidad que corre los riesgos, pueda negociar y elegir las condiciones aplicables a cada cobertura, lo cual escapa de toda lógica, pues se le da al contratista la facultad de contratar el seguro cuando él mismo es quien puede generarle pérdidas al contratante asegurado.

2.2 Características

Normalmente, cuando se habla de las características de algún contrato se utilizan unas categorizaciones muy útiles para quienes son estudiosos del derecho, según las cuales hablaríamos, siguiendo lo dispuesto en el Artículo 1036 del Código de Comercio, de que el seguro de cumplimiento, como todo seguro, es un contrato consensual pues se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades⁵, bilateral porque de él surgen obligaciones a cargo de ambas partes⁶, oneroso pues cada extremo asume ciertos deberes o gravámenes en beneficio del otro, aleatorio al haber una clara posibilidad de ganancia o pérdida dependiendo de la incierta y futura realización o no de los riesgos asegurados, y de ejecución sucesiva porque las obligaciones de quienes celebran el contrato no se agotan en un determinado momento, sino se van ejecutando en la medida en que tenga vigencia el seguro.

En el mismo sentido podrían mencionarse otras características que indica la doctrina: De adhesión, de máxima buena fe, *intuitu personae*, e incluso hay discusión sobre

5 No sobra recordar al lector que lo contrario a un contrato consensual es un contrato solemne, lo que indica que requiere una formalidad para existir, como por ejemplo la venta de un inmueble que requiere de una escritura pública de compraventa. En el caso particular del contrato de seguro, desde la expedición de la Ley 389 de 1997, que modificó los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, se entiende que es un contrato consensual y que la póliza es únicamente un documento que prueba que se celebró el contrato de seguro; más no es un requisito para su existencia.

6 Es bueno mencionar que de conformidad con el artículo 1037 del Código de Comercio las partes del contrato de seguro son el Tomador, que es quien contrata la póliza, y el asegurador, que es quien asume los riesgos a cambio de una prima.

si se trata de un contrato accesorio al convenio asegurado, o un contrato principal independiente de este⁷.

No obstante lo anterior, como el objetivo primordial no es el de dirigir este escrito solo a estudiantes de derecho y abogados, sino a un público más amplio; a los usuarios directos de esta tipología de seguros, deseamos enfatizar en unas características de la póliza de cumplimiento que revisten en nuestra opinión un mayor pragmatismo.

2.2.1 Solo cubre los riesgos nombrados

Como ya se adelantó, teniendo en cuenta que se trata de un seguro, es de *interpretación restrictiva*, dado que a dicho contrato le es plenamente aplicable lo dispuesto en el Artículo 1056 del Código de Comercio, según el cual el asegurador puede a su arbitrio asumir bien sea todos, o solo alguno de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurada.

Siguiendo lo anterior, los seguros por regla general son de *riesgos nombrados*, lo que tiene sentido en desarrollo del Artículo 1056 *ibídem*, de manera que debe entenderse el contrato de seguro limitado a los riesgos que se hayan amparado expresamente por el asegurador, a menos que se trate de los seguros denominados de *todo riesgo*, que a diferencia de los anteriores, cubren todo lo que no esté expresamente excluido.

Siguiendo la opinión del extinto tratadista EFRÉN OSSA, puede entenderse que el riesgo asegurado siempre se encuentra delimitado de forma causal, objetiva, local y temporal, de modo que de su individualización se desprende su propia finalidad, y su viabilidad en materia económica y financiera⁸, no siendo posible extender los amparos expresamente aceptados por las partes y los riesgos asumidos por el asegurador a supuestos no contemplados en el contrato de seguro, pues hacerlo supondría una franca violación del principio de la autonomía de la voluntad y de lo dispuesto en el artículo 1056 del Estatuto mercantil.

En consonancia con lo precedente, es un error común creer que por el hecho de que la compañía de seguros haya emitido la póliza ya se encuentran cubiertos todos los riesgos del contrato. Ello, dado que se estaría desconociendo la delimitación dada por las partes del contrato de seguro a la asunción de los riesgos por el asegurador, y desnaturalizando el sentido mismo del seguro de cumplimiento, convirtiendo a la aseguradora en una fiadora o avalista que asuma la totalidad de los riesgos emanados del contrato garantizado, aún en contra de su voluntad real y manifiesta de ponerles un

7 Nuestra posición es que se trata de un contrato principal. Pero para el efecto pueden revisarse las obras de: NARVÁEZ, JORGE EDUARDO, El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. *Op. cit.*, págs. 127-144; MENDOZA VARGAS, JANNE KARIME Y GARCÍA ECHEVERRI, CLAUDIA, *El seguro de cumplimiento y la contratación pública*, *op. cit.*, págs. 15-33.

8 OSSA, J. EFRÉN, Teoría General del Seguro. *El contrato*. Temis. Bogotá. 1984, págs. 99-103.

límite⁹, cuando como se verá el seguro de cumplimiento no es un aval ni una fianza.

El interés asegurado aquí es patrimonial, y se cubren los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones del contrato garantizado, los cuales pueden ser de un carácter muy variado, y, siguiendo lo que ya nos permitimos poner de manifiesto, deben ser individualizados, nombrados y aceptados expresamente por el asegurador, de tal manera que los que no lo sean no se entienden cubiertos.

2.2.2 Es un seguro de daños: deber de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro

Teniendo como punto de partida los conceptos de *riesgo* y *siniestro* que se encuentran en los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio, valga traer a colación una vez más que la obligación del asegurador de pagar la indemnización al asegurado, según sea el caso, solo surge desde el momento en que este último logre acreditar, bien sea judicial o extrajudicialmente la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios directos que haya sufrido su patrimonio, en la medida en que los seguros tienen un carácter meramente indemnizatorio y no pueden constituir fuente de enriquecimiento, conforme al artículo 1088 del Código de Comercio¹⁰.

La anterior obligación en cabeza del asegurado/beneficiario también tiene su génesis en el hecho de que el seguro de cumplimiento se caracteriza por ser un seguro de daños, de carácter patrimonial, tal y como lo ha señalado la Superintendencia Financiera de Colombia, “(...) *en la medida que pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro)*”¹¹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, explicando que el seguro de cumplimiento, en tratándose de un seguro de daños, obliga al ase-

9 Sobre la expresa asunción de riesgos de la aseguradora, y la consecuente limitación a su deber de indemnización de acuerdo con el artículo 1056 ejusdem, puede revisarse la Cas. Civ. de 7 de mayo de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp.: 6181.

10 La Corte Suprema de Justicia ha expresado sobre el deber de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro (artículo 1077 C. de Co.) y su relación con el seguro de cumplimiento, que: “(...) *la obligación de indemnizar surge a cargo de la compañía aseguradora únicamente ante la prueba del daño y del monto del perjuicio, y que, por ende, el beneficiario carece derecho a ser indemnizado con base en la prueba del simple incumplimiento del tomador*”. Cas. Civ. de 7 de noviembre de 2007. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Exp. C-7600131030141999-01083-01.

11 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2003046122-2 de febrero 4 de 2004.

gurado a demostrar que el riesgo asegurado en primer lugar se realizó, y en segundo término cuál es el monto de la afectación de ello en su patrimonio¹².

2.2.3 Es un seguro y no una fianza

El seguro de cumplimiento, mal llamado por alguna parte de la doctrina como seguro de fianza¹³, es por su parte como ya lo expresamos una modalidad del contrato de seguro, y en ese sentido su regulación se encuentra en las normas del Código de Comercio, Título V del Libro Cuarto, donde se consignan las reglas aplicables a los seguros terrestres.

Bajo el anterior entendido, es importante recordar que ya se mencionó que como seguro que es, únicamente puede tener un carácter indemnizatorio¹⁴, no cubre todos los riesgos del contrato garantizado a menos que así se pacte¹⁵, y en caso de siniestro el beneficiario está en la obligación no solo de demostrar que el riesgo expresamente asegurado se materializó, sino además cuál es la cuantía de los perjuicios sufridos por este con ocasión de la realización del hecho futuro que no dependía de su exclusiva

- 12 Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. de 15 de agosto de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 31 03 016 1994 03216 01: "(...) siendo el seguro de cumplimiento una modalidad del de daños, por ende, con innegable naturaleza indemnizatoria (art. 1082 C. de Co.), a todas luces resulta viable aplicar la hipótesis adoptada por el artículo 1077 del Código de Comercio, **en cuanto que atribuye al beneficiario o asegurado, frente a la eventual ocurrencia del siniestro, el compromiso de acreditar la afectación y el monto de ella.** Pero, a su vez, incumbe al asegurador, si ese es su propósito, una vez se le formalice la correspondiente reclamación (Ley 225 de 12 de diciembre de 1938), demostrar alguna circunstancia que conduzca a exonerarlo de su principal obligación." (Subraya y negrita fuera del texto).
- 13 Ver: GALINDO CUBIDES, HERNANDO, *El seguro de fianza Garantía única de cumplimiento*. 2a. ed. Legis. 2011.
- 14 Sobre el carácter meramente indemnizatorio de los seguros de daños, ya sean reales, como el de incendio, o patrimoniales, como es el caso del seguro de cumplimiento, el profesor ANDRÉS ORDÓÑEZ ha explicado: "Tanto en los seguros reales como en los seguros patrimoniales, rige tradicionalmente el principio indemnizatorio, es decir, el principio según el cual el asegurado no puede obtener del contrato de seguro sino la reparación del daño que efectivamente ha sufrido y en la medida real de ese daño, sin que pueda pretender enriquecimiento de ninguna clase. El seguro está dirigido a reparar el daño sufrido por el asegurado de tal manera que éste vuelva a quedar en las condiciones en que se encontraba antes de que se sucediera el siniestro, pero no en mejores condiciones. En su forma prístina y fundamental este principio supone que la obligación del asegurador sólo se determinará en concreto una vez realizado el siniestro y evaluada la pérdida efectiva generada por éste, tal como lo expresa en términos absolutos el artículo 1089 del Código de Comercio (...)". ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS E., *Estudios de Seguros*. Universidad Externado de Colombia. 1a. ed. Bogotá D.C. 2012, pág. 183.
- 15 Inclusive, por poner un ejemplo, ni siquiera se cubren todos los daños patrimoniales, teniendo en cuenta que según el artículo 1088 del Código de Comercio, si no se hace un pacto expreso para cubrir el lucro cesante, este no se asegura.

voluntad, y probar que se encontraba amparado, de manera que no habiendo perjuicios, así hubiera acaecido siniestro, la aseguradora no está obligada a pagar.

Es menester expresar también que la Corte Suprema de Justicia igualmente ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre ello, poniendo de manifiesto que no deben con el seguro de cumplimiento figuras jurídicas como la fianza¹⁶.

Lo anterior deja claros varios aspectos que indican la manifiesta impropiedad que se comete al llamar seguro de *fianza* al seguro de cumplimiento, al tratarse de figuras tan distintas en lo jurídico y lo práctico, y demuestra que la modalidad aseguraticia que se analiza tiene la misma finalidad de garantizar obligaciones, pero de un modo totalmente distinto, asumiendo la aseguradora no las obligaciones de otro, como ocurre en la fianza, sino sus propias obligaciones, en virtud de lo estipulado en el contrato de seguro y en la póliza.

3. EL AMPARO DE ANTICIPO

Podemos definirlo como el amparo mediante el cual la compañía de seguros se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios que sufra este por causas imputables al contratista garantizado, derivados de manera directa de los distintos riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a este último a título de anticipo, los cuales, no están siempre cubiertos en su totalidad, de tal suerte que solo los que sean explícitamente nombrados estarán amparados, y los que no lo estén, valga la redundancia estarán excluidos.

Es de acotar que no todo dinero o bien entregado al contratista antes de iniciar la ejecución el contrato es un *anticipo*, habida cuenta de que como se verá más adelante, existen también los *pagos anticipados*, que al igual que los anticipos se entregan antes de la ejecución del contrato, pero son distintos de aquellos.

3.1 Definición de anticipo

El primer concepto que hay que tocar es el más obvio y a la vez más relevante, y es qué se entiende por *anticipo*.

Se pone de presente que la legislación colombiana es huérfana de una definición de anticipo, a pesar de mencionarse dicho término en las normas que rigen las garantías

16 Ver: Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. de 21 de septiembre de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp.: 6140; Cas. Civ. de 2 de mayo de 2002. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. Exp.: 6785; Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. 15 de agosto de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp.: 11001 31 03 016 1994 03216 01.

estatales¹⁷. Ante tal situación, según el Código Civil¹⁸ y el Código de Comercio¹⁹, la expresión *anticipo*, y todas las demás que en este capítulo se abordarán, serán definidas en su sentido técnico, en primer lugar, y en su defecto, en el natural y obvio que tengan en el idioma español.

Sin perjuicio de la orfandad de definición legal de anticipo, valga expresar que abundan tratamientos jurisprudenciales, especialmente por parte del Consejo de Estado²⁰, de donde se desprende una conclusión de cardinal importancia, y es que los dineros o bienes que se entregan a título de *anticipo* siempre son de propiedad del contratante y no del contratista.

Lo anterior lleva a inferir que el *anticipo* es una suerte de préstamo que el contratante le hace al contratista, usualmente en contratos de tracto sucesivo²¹, para que aquel último lo utilice de manera exclusiva en la ejecución del objeto contratado, y con cargo a que en cada corte de facturación los dineros o bienes entregados a tal título sean devueltos, es decir, *amortizados*.

3.2 Diferencia entre anticipo y pago anticipado

Habiendo dado alcance a lo que se debe entender por *anticipo*, es menester proceder ahora a efectuar la distinción con otro término muy similar, y que quienes no son

17 Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y hasta hace poco el Decreto reglamentario 4828 de 2008, derogado por el Decreto reglamentario 734 de 13 de abril de 2012.

18 Código Civil. Artículo 28: *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.*

19 Código de Comercio. Artículo 823: *“Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano. Cuando se hayan utilizado simultáneamente varios idiomas, se entenderán dichos términos en el sentido que tengan en castellano, si este idioma fue usado; en su defecto, se estará a la versión española que más se acerque al significado del texto original. El sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca o finalmente el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda.”*

20 Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Exp.: 10.607; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp.: 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436).

21 Estos son los contratos cuyas prestaciones se ven diferidas en el tiempo, en contraposición con los contratos de ejecución instantánea, que sus prestaciones se agotan en un solo acto, como sucede con el contrato de compraventa pura y simple, que agota sus obligaciones una vez el comprador entrega el precio y el vendedor le transfiere la propiedad de la cosa vendida al primero.

abogados podrían calificar como un tecnicismo cuando no lo es, y tiene una relevancia práctica ingente: el pago anticipado.

El punto de partida de la diferenciación del *pago anticipado* con el *anticipo* es la definición que ya dimos de este último, como dineros o bienes que el contratante le entrega a su contratista, que son de exclusiva propiedad del primero y no del segundo, y que deben ser invertidos exclusivamente en el objeto contratado.

El pago anticipado, por su parte, también se constituye en dineros o bienes que se le entregan de manera anticipada al contratista, –igual que el anticipo– pero que sí entran a formar parte del patrimonio del garantizado, de tal suerte que constituyen una remuneración; una contraprestación directa a las labores que este va a ejecutar a favor del contratante.

Dicho de otra forma, a diferencia del anticipo, que es asimilable a un préstamo, el pago anticipado no está destinado a su uso o inversión en el objeto del contrato, sino que es dinero del contratista, como retribución directa para él, con el que puede disponer como a bien lo tenga²².

En el mismo sentido pueden hallarse instructivos elaborados y publicados por entidades gubernamentales²³ con un gran valor doctrinal bien sea para contratos públicos o privados, llegando a las mismas conclusiones según las cuales el anticipo y el pago anticipado son términos distintos que no deben confundirse.

Cabe destacar el Concepto No. 20118010594111 de 24 de octubre de 2008 del Departamento Nacional de Planeación²⁴, en donde puede encontrarse un cuadro comparativo entre Anticipo y Pago Anticipado basado en el profesor LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, del que vale la pena tomar y adaptar lo que pueda ser aplicable a los contratos privados. (Véase tabla 1).

Ya en el plano de los seguros, no es necesario hacer mayores explicaciones para demostrar que al tratarse de dos términos diferentes, deben ser asegurados necesari-

22 Puede revisarse: CAUSA, JOSÉ ANTONIO, Alcances del anticipo y el pago anticipado. *Revista de Derecho* No. 21. Universidad del Norte. Barranquilla. 2004, pág. 104. Versión Web. URL: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/21/4_ALCANCES%20DEL%20ANTICIPO%20Y%20EL%20PAGO_DERECHO_No%2021.pdf. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

23 Puede consultarse el *Manual de Interventoría* del Ministerio del Medio Ambiente, en su versión Web, páginas 9-11. URL: http://www.minambiente.gov.co/documentos/contratos/res_1458_051005_manual_de_interventoria.pdf. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

24 DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Proyecto de Contratación Pública. Programa de Renovación de la Administración Pública. Concepto No. 20118010594111 de 24 de octubre de 2008. Versión Web. URL: <https://www.contratos.gov.co/Archivos/Docs-PregFrec/anticipo/01.pdf>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

riamente por amparos independientes dentro de la póliza de cumplimiento, y debe evitarse contratar por desconocimiento la cobertura equivocada²⁵.

Tabla 1

Anticipo	Pago anticipado
No constituye un pago en el momento en que se efectúa. No es una contraprestación por los servicios prestados por el contratista.	Es un pago. Retribuye en forma anticipada parte del valor del contrato.
El dinero no es del contratista sino del contratante y por ende debe invertirse como lo disponga este último en el contrato.	El dinero, al ser un pago, es de propiedad del contratista y lo puede destinar libremente.

25 Para ilustrar la posibilidad de contratar la cobertura errada, nos permitiremos presentar un caso hipotético:

“A” contrata a “B” para que le suministre 120 camisetas durante 6 meses por un precio mensual de \$20, es decir, \$1 por camiseta por 6 meses, por un total de \$120. “B” le manifiesta que le dará un descuento del 20% si le “abona” por anticipado lo correspondiente a dos (2) meses de camisetas, a lo cual accede “A” y paga dos meses anticipados, sabiendo que con eso se ahorraría lo equivalente a un (1) mes de suministro.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato y el buen manejo del dinero entregado al contratista por anticipado, “B” constituyó a favor de “A”, con la aseguradora “C”, una póliza de cumplimiento con un amparo de cumplimiento y uno de anticipo, éste último por un valor asegurado de \$40, con cobertura de buen manejo, inversión, apropiación indebida y amortización del anticipo.

Cuando “B” tenía que entregar lo correspondiente al primer mes de camisetas consiguió otro cliente que le compró por el doble del precio las 120 camisetas, quedándose sin inventario para cumplirle al contratante “A”.

Ante eso “A”, muy preocupado por el pago que le había adelantado a “B”, y que éste no le quería devolver el dinero, acudió a la compañía de seguros “C”, dando aviso de siniestro por el amparo de anticipo, y formulando reclamación formal, pues en su criterio lo que le había entregado a “B” era un anticipo, es decir, un dinero suyo, y deseaba que le fuera devuelto.

La aseguradora “C”, luego de analizar la reclamación formal decidió objetarla de manera seria y fundada, aduciendo que lo que en realidad le había entregado el asegurado al contratista “B” había sido un pago anticipado y no un anticipo, pues ese dinero le había sido pagado a “B” como contraprestación directa y adelantada por sus servicios de suministro de camisetas, por lo que no se había configurado siniestro por el amparo de anticipo, dado que ese dinero cuya devolución se pretendía era del patrimonio del contratista garantizado y no del contratante, es decir, no se trataba de un anticipo sino de un pago anticipado.

Anticipo	Pago anticipado
La entidad ordinariamente hace seguimiento de la inversión, pues el anticipo es suyo.	La entidad no hace seguimiento, pues una vez hecho el pago, los recursos son del contratista.
No entra al patrimonio del contratista y continúa siendo recurso del contratante después de entregado siendo, asegurable por medio de un amparo de anticipo.	Al entregarse constituye extinción parcial de la obligación de pago a cargo del contratante. En ese sentido si se quieren cubrir los riesgos de ese pago, o su devolución, debe contratarse un amparo de pago anticipado.
El valor del anticipo se descuenta de cada pago que se realice al contratista.	A menos que el contratista incumpla el contrato y el contratante exija la devolución del pago anticipado, no se le hacen descuentos al contratista en cada pago que se le efectúe.
La ejecución del contrato constituye amortización de dicho valor, es decir, en cada corte de facturación se le descuenta un porcentaje al contratista correspondiente al anticipo, reintegrándose paulatinamente al contratante.	No hay amortización, solo habría devolución en caso de incumplimiento del contratista, al haber recibido este su remuneración y no haber observado sus correlativas obligaciones.
En el evento en que se generen rendimientos financieros, son del contratante.	Por lo general se aplica en contratos de ejecución inmediata; casos típicos de compra de inmuebles y automotores. Sin embargo, de existir rendimientos financieros, son del contratista.
En caso de solicitarse embargo de los bienes y dineros del contratista por parte de los acreedores de este, lo entregado a título de anticipo no puede ser embargado, al ser propiedad del contratante.	Puede ser embargado por los acreedores del contratista, por tratarse de bienes o dineros que forman parte de su patrimonio.

3.3 Los riesgos de la entrega del anticipo

De manera breve se explicará cuáles son los riesgos derivados de la entrega de dineros o bienes a título de anticipo. Antes de comenzar, es importante poner de manifiesto que los próximos conceptos tampoco tienen una definición legal, de tal manera que se deberá acudir a sus significaciones técnicas, y en defecto de estas, a su sentido natural y obvio en el idioma español.

3.3.1 Del “Buen manejo”, la “Correcta inversión” y el “Uso indebido” del anticipo

El buen manejo y la correcta inversión son los principales riesgos que típicamente se encuentran cubiertos por el amparo de anticipo de las pólizas de cumplimiento entre particulares ofrecidas en el mercado asegurador colombiano.

Los dos primeros términos que hay que revisar, en su sentido natural y obvio son “buen” y “correcto”, los cuales son adjetivos. El primero, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española puede entenderse referido a “bueno”, es decir, a que es útil a un determinado propósito²⁶, y el segundo, a que se encuentra libre de defectos o conforme a las reglas²⁷.

Los términos restantes son *manejo* e *inversión*. El primero de ellos tiene que ver con la dirección y gobierno de un negocio²⁸, y con *manejar*, que también obedece a dirigir y gobernar²⁹. *Inversión* por su parte se refiere al verbo *invertir*³⁰, y este, a su vez, a emplear o gastar³¹. En cuanto a *indebido*, la palabra se aplica a lo que no se debe hacer porque es injusto o ilegal, injustificado³².

En el anterior sentido, puede colegirse que estos riesgos en realidad pueden tratarse como uno, ya que indican una misma eventualidad; el hecho futuro que no corresponda a la voluntad del asegurado, en el cual el anticipo entregado no sea utilizado para los fines estipulados en el contrato.

Bien se trate de buen manejo, correcta inversión o uso, se busca indemnizar al asegurado por los perjuicios derivados de la destinación que el contratista haga del anticipo sin hacer honor a las reglas del contrato para tal fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos.

26 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=bueno>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

27 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=correcto>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

28 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=manejo>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

29 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=manejar>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

30 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=inversión>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

31 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=invertir>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

32 MOLINER, MARÍA, *Diccionario de Uso del Español*. Tomo H/Z. Editorial Gredos S.A. 1a. ed. 19ª reimpresión. Madrid (España). 1994, pág. 115.

3.3.2 De la “Apropiación Indevida” del anticipo

Siguiendo la misma metodología para la definición de este riesgo, y ya habiendo dado alcance al término *indebida*, valga explicar que por *apropiación* o *apropiar* se entiende “(...) *convertir una cosa en propiedad de alguien; acomodar; hacer una cosa apropiada para algo*”³³; es decir, “*hacer algo propio de alguien (...) Tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia actividad*”³⁴. Se trata de proteger al contratante de la utilización que en provecho personal o de un tercero el contratista llegue a hacer de los dineros recibidos en calidad de anticipo.

Dicho de otro modo, la cobertura al efecto se traduce en precaver los perjuicios derivados del riesgo de que el contratista se quede con el dinero, se lo robe, abuse de la confianza, en lugar de destinarlo a la obra por ejecutar, es decir, es algo que tiene o puede tener connotaciones criminales, y que inclusive obligaría en nuestro concepto a la entidad a interponer las denuncias penales correspondientes para efectos de reclamar el pago de un siniestro por la realización de este riesgo.

De acuerdo con lo que enseña la jurisprudencia³⁵ el buen manejo y la correcta inversión del anticipo son riesgos distintos de la *apropiación indebida*, y en este sentido en nuestro criterio si no se pacta este último riesgo, por la ya explicada interpretación restrictiva del contrato de seguro, y porque el seguro de cumplimiento es de riesgos nombrados, la *apropiación* no se encontraría cubierta.

3.3.3 De la “No amortización” del anticipo

“*Amortizar*” es “*Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda (...) Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa...*”³⁶ “*pagar parte o el total de una deuda*”³⁷, y por ello es que el Consejo de Estado ha dicho que “*El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato*”³⁸.

33 MOLINER, MARÍA, *Diccionario de Uso del Español*. Tomo A/G. *Op. cit.*, pág. 223.

34 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=apropiar>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

35 Tal riesgo guarda estrecha relación con seguro de manejo, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia. Ver: Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. Sentencia de 24 de julio de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. Exp.: 00191.

36 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=amortizar>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

37 MOLINER, MARÍA, *Diccionario de Uso del Español*. Tomo A/G. *Op. cit.*, pág. 189.

38 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de abril 30 de 2008, Radicación: 1881; Número Único: 11001-03-06-000-2008-00013-00, C.P. Enrique Arboleda Perdomo. “iii. *En los contratos celebrados por una entidad pública como contratante, en los que se entreguen dineros a título de pago del precio de un contrato, y a cambio se reciba un bien o servicio, como este último es el propietario del monto del pago recibido,*

La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir *amortizado*, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato³⁹.

En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación.

La amortización, al estar ordinariamente relacionada con el porcentaje de ejecución del contrato, usualmente implica que para que se entienda amortizado totalmente el anticipo deba también estar concluido el 100% del objeto contractual estipulado.

Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido. Lo dicho, puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante.

por lo mismo lo es de los rendimientos financieros o intereses que produzca la inversión del precio recibido. En estos contratos, si hay un "precio anticipado", una vez pagado pertenece al contratista y por lo mismo sus rendimientos (salvo pacto en contrario), pero si hay un "anticipo", dado que se entiende como una forma de financiamiento, los rendimientos financieros pertenecen al contratante. El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato." En el mismo sentido la sentencia de la Sección Tercera, de 29 de enero de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-1993-08696-01, Proceso número: 10.779. C.P. Alier Eduardo Hernández.

39 A modo de ilustración valga transcribir la definición que se le ha dado a tal amparo en Pólizas de Cumplimiento de Grandes Beneficiarios, en las cuales tal riesgo sí se menciona y por ende se cubre: "AMORTIZACIÓN: Se entiende por AMORTIZACIÓN el reintegro, estipulado en el Contrato asegurado, mediante el cual una porción o la totalidad de las actas o facturas por trabajos realizados y reconocidos al Garantizado, se restituye al patrimonio del ASEGURADO hasta completar el valor entregado como Anticipo ó la porción acordada de éste." Para el efecto pueden consultarse los clausulados de la Póliza Matriz para Grandes Beneficiarios del Banco Agrario, y de la Aseguradora QBE en su versión Web: URL: <http://www.qbe.com.co/formularios/cum-22-2.pdf>. Recuperado el 26 de agosto de 2012; URL: https://bvirtual.bancoagrario.gov.co/adminnet/documentos/CLAUSULADO_GENERAL_PMGBCUMPLIMIENTO.pdf. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

De lo expuesto es razonable deducir que el amparo de anticipo no está destinado a garantizar la devolución de la parte no amortizada del anticipo, a menos que así se convenga, pues la amortización es un riesgo diverso, que a diferencia del uso o apropiación, consiste en un movimiento contable que debe tener en cuenta el contratista al momento de exigir al contratante los pagos correspondientes, descontado de dicho cobro el porcentaje de amortización previsto, pero que como quedó demostrado nada tiene que ver con la inversión o no del anticipo.

Podría afirmarse no obstante que la no devolución del anticipo dejado de amortizar, como incumplimiento contractual, podría estar cubierta por el amparo de cumplimiento, aunque eso está sujeto a discusión, de manera que lo más recomendable es pactar que este riesgo se mencione expresamente dentro del amparo de anticipo.

Reciente jurisprudencia en el distrito judicial de Bogotá ha adoptado la tesis de que la amortización es un riesgo distinto del uso, inversión y/o apropiación del anticipo, tanto en primera⁴⁰ como en segunda instancia⁴¹, sentando un importante precedente

40 Juzgado diecinueve (19) civil del circuito de Bogotá. Sentencia de 5 de agosto de 2011. Demandante: Fiduciaria de Occidente S.A. Demandado: Liberty Seguros S.A. Exp.: 2007-619:

“6. En el presente caso, haciendo un estudio de los diferentes medios de prueba obrantes en el proceso, tales como la prueba documental allegada con la demanda, puede verificarse con claridad, que la parte actora, no cumplió con la carga probatoria que le impone la ley (art. 177 C.P.C.), de acreditar que el contratista hizo un uso o apropiación indebida de los dineros que se le anticiparon para la ejecución del contrato, para que pudiera exigir por parte de CONSORCIO PUENTES ANTIOQUIA las obligaciones derivadas del contrato civil de obra No. 0002/004, así como reclamar de la demandada el pago del siniestro.

*En efecto, claramente se puede establecer sin vacilación que el CONSORCIO PUENTES ANTIOQUIA utilizó el anticipo en los gastos relacionados directamente con la ejecución del contrato que suscribió con la demandante y que fue amparado mediante la póliza de seguros objeto del proceso, **pues la ausencia de amortización del anticipo no verificada por el contratista, no generaba incumplimiento por el buen manejo del anticipo, sino del contrato en general, ya que esta (sic) claro que el cubrimiento de la póliza por el buen manejo del anticipo era respecto del uso o apropiación indebida que el contratista hiciera de los dineros o bienes que se anticiparon para la ejecución del contrato, razón suficiente para no tener como presupuesto del incumplimiento el hecho de no haberse amortizado en su totalidad el anticipo.**” (Subraya y negrita fuera del texto).*

41 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil de Decisión. Sentencia de 9 de febrero de 2012. M.P. Liana A. Lizarazo V. Exp.: 19 2007 00619 01:

“7. Puestas así las cosas, y estando delimitado que el riesgo materia de debate atañe al denominado “buen manejo del anticipo” pasa la Sala a estudiar si se configuró o no el asunto en el sub lite.

(...)

*7.2. Por otro lado, **la amortización del anticipo (...) es la imputación posterior que de esos dineros hace el contratista a título de pago en facturaciones ulteriores de la obra o labor que vaya recibiendo, lo que dista del concepto de buen manejo e inversión del anticipo, en tanto que este (sic) implica simplemente el uso de los recursos en el***

que antes no se tenía sobre este particular.

Esta nueva jurisprudencia deja entrever que el amparo de anticipo cubre únicamente los riesgos nombrados allí, de tal suerte que si solo se mencionan los de uso indebido, apropiación indebida o incorrecta inversión, la no amortización del anticipo, aun siendo un riesgo inherente a la entrega de este rubro no se encuentra cubierta. De esta manera, las únicas vías que tendrá el asegurado que no contrató esa cobertura serán: (i) intentar demostrar, o bien que el anticipo no se invirtió, o no se destinó a lo que debía, o que el contratista se lo apropió, o (ii) tratar de acudir al amparo de cumplimiento del contrato, aunque como se verá ahora, estos son independientes.

3.4 Independencia entre el amparo de anticipo y el amparo de cumplimiento

Anteriormente se expuso que el cumplimiento del contrato ordinariamente guarda relación con la amortización del anticipo, de tal suerte que en un contrato 100% cumplido debería teóricamente estar amortizada también la totalidad del anticipo.

Es menester aclarar que tal regla puede admitir excepciones, por ejemplo, cuando por causas imputables al contratante no se amortiza correctamente el anticipo, como puede ocurrir al omitir descontar el respectivo porcentaje en cada pago efectuado al contratista, o realizar un descuento menor al pactado. Es algo que se observa en la práctica con más frecuencia de lo que sería deseable.

Al margen de ello, es de cardinal importancia aducir, igualmente, que contrario a la creencia de muchas personas que conviven con los seguros de cumplimiento,

objeto contractual normalmente agotados por el buen inicio e impulso de la construcción, al margen de que en el transcurso de la ejecución del contrato ese rubro se vaya imputando porcentualmente como parte del pago al contratista.

7.3. En efecto, según el diccionario de la lengua española la acepción amortización es: “1. f. Acción y efecto de amortizar”, mientras que el significado de amortizar la (sic) define el mismo texto como “1. tr. Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda. U. t. c. prnl.; 2. tr. Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa. U. t. c. prnl.”

Quiere decir lo anterior que los dineros entregados por Fiduciaria de Occidente S.A. al Consorcio Puentes Antioquia, a título de anticipo, debían ser redimidos o recuperados al momento en que se le entregara a aquella la construcción contratada, representando el valor de dicho anticipo, en parámetros porcentuales, en los avances de obra que la contratante fuera recibiendo.

(...)

8. Así las cosas, **le correspondía a la demandante demostrar la ocurrencia del siniestro, no bajo el supuesto de que el anticipo no fue amortizado en su totalidad como ampliamente se precisó en párrafos precedentes, sino simplemente en el entendido de que los dineros efectivamente entregados al constructor no fueron invertidos en la obra o se los apropió indebidamente (...)** (Subraya y negrita fuera del texto).

la demostración del siniestro por el amparo de cumplimiento no implica de manera automática la de uno aplicable al amparo de anticipo, ni viceversa, a pesar incluso de tratarse de la misma póliza y del mismo contrato garantizado, y lo propio puede predicarse de los demás amparos; como calidad, estabilidad, prestaciones sociales, repuestos, etc.

Y es que como seguro –y no fianza– que es la póliza de cumplimiento, cada uno de sus amparos es independiente de los demás, siendo claro que no es igual el objeto de cobertura de cada uno de ellos, de manera que el asegurado, cuando considere haber sufrido perjuicios imputables al contratista que impliquen la afectación de varios amparos, debe demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro por cada amparo afectado, casi como se tratara de pólizas distintas.

Esta reflexión es relevante, pues es un yerro común de quienes operan las pólizas de cumplimiento en las entidades contratantes considerar que si demuestran que el contratista incumplió una obligación del contrato queda demostrado el siniestro en cualquiera de las coberturas de la póliza de cumplimiento que busquen afectarse.

De la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema⁴² como del Tribunal Superior de Bogotá⁴³ puede colegirse que de acuerdo con lo preceptuado en el Código de Comercio y la doctrina, el seguro de cumplimiento posee unos Amparos, tales como el de cumplimiento –que lleva su mismo nombre–, el de anticipo, el de calidad, el de estabilidad, y el de salarios y prestaciones sociales, los cuales a pesar de estar contenidos dentro de la misma póliza son independientes entre sí y brindan coberturas distintas.

De esta suerte, puede perfectamente darse el caso hipotético en que se afecte el amparo de cumplimiento del contrato, lográndose demostrar por parte del asegurado un incumplimiento parcial del convenio asegurado y la cuantía de los perjuicios sufridos por dicho incumplimiento, pero no lograr probar ni la ocurrencia ni la cuantía de un siniestro por el amparo de anticipo, por lo que resulta de inmensa importancia en la práctica partir conceptualmente de la independencia entre cada uno de los amparos.

4. CONCLUSIONES

El seguro de cumplimiento tiene como finalidad que el contratante asegurado se cubra contra los perjuicios que un incumplimiento contractual pueda causarle, y dependiendo de la naturaleza de los riesgos presentes en cada contrato en particular, así como de las circunstancias de tiempo en que se pueda esperar que ocurran (precontractuales,

42 Ver: Corte Suprema de Justicia. Cas. Civil. Sentencia de 24 de julio de 2006, Exp. 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

43 Ver: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil de Decisión. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez. Proceso ordinario de Hernando Tobías García Carrillo contra Compañía Agrícola de Seguros S.A.

contractuales o poscontractuales), deberá solicitarse una o todas las coberturas ofrecidas por las compañías de seguros.

Es un verdadero seguro, y no una suerte de híbrido con un contrato de fianza como alguna parte de la doctrina ha sostenido, en la medida en que se regula en su integridad por las normas que sobre seguros dispone el Código de Comercio y no por las normas de la Fianza, no es un contrato accesorio sino principal en el que la aseguradora asume sus propias obligaciones, y tiene un carácter meramente indemnizatorio, de tal suerte que con la ocurrencia de un incumplimiento no opera automáticamente el pago de parte de la aseguradora; siendo obligación del asegurado y/o beneficiario demostrar que el riesgo amparado ocurrió, y cuál fue el monto de los perjuicios que sufrió con ocasión del siniestro.

Cada uno de sus amparos es independiente entre sí pues tiene un objeto de cobertura muy concreto, y debe llegar el lector a la conclusión de que al tratarse de un seguro, es de interpretación restrictiva⁴⁴, de riesgos nombrados, de tal suerte que sus usuarios deben leer y comprender cuáles son las coberturas que se están adquiriendo al solicitar a sus contratistas una póliza de cumplimiento, de forma que puedan tener claridad respecto de lo que se cobija, sus limitaciones y exclusiones, evitando tener desagradables sorpresas cuando ocurrido un siniestro se descubra que riesgos que creían tener cubiertos no se incluían en la póliza.

La clave del éxito en la solicitud y contratación de pólizas de cumplimiento estriba en el conocimiento, evaluación previa de riesgos y claridad conceptual de quienes sean sus usuarios, y este escrito tuvo como finalidad de manera general dar alcance a ciertos términos y brindar las explicaciones necesarias básicas, siendo conscientes, por supuesto, de que esta modalidad aseguradora soporta consideraciones aun más profundas y extensas.

Ya en el tema del amparo de anticipo debe colegirse que su entendimiento y eficacia depende de que se tenga conocimiento del alcance de una serie de conceptos que lejos de ser tecnicismos revisten la mayor importancia, tales como anticipo, pago anticipado, uso, inversión, apropiación y amortización, que pueden resultar en el ganar o perder a la hora de elevar ante la aseguradora una reclamación formal por la ocurrencia de un posible siniestro.

La mayor conclusión que debe quedar es que este seguro existe en el mercado para ser utilizado, pero de manera correcta, que las compañías de seguros que explotan el ramo de cumplimiento no son entidades hechas para no pagar como muchos expresan, sino que se rigen por las normas de los seguros y no por las de la fianza, el aval u otro tipo de garantía, y en ese sentido el pago de un siniestro se sujeta a las rigurosas normas que para el contrato de seguro dispone la legislación nacional.

44 Artículo 1056 del Código de Comercio.

BIBLIOGRAFÍA

1. Normas

Código Civil

Código de Comercio

Ley 80 de 1993

Ley 1150 de 2007

Decreto Reglamentario 734 de 2012.

2. Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Exp.: 10.607.

Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. de 21 de septiembre de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp.: 6140.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp.: 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436).

Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. de 2 de mayo de 2002. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. Exp.: 6785.

Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. de 7 de mayo de 2002. M. P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp.: 6181.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de enero de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández. Exp.: 25000-23-26-000-1993-08696-01, Proceso número: 10.779.

Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. Sentencia de 24 de julio de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. Exp.: 00191.

Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. de 7 de noviembre de 2007. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Exp. C-7600131030141999-01083-01.

Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. de 15 de agosto de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 31 03 016 1994 03216 01.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil de Decisión. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez. Proceso ordinario de Hernando Tobías García Carrillo contra Compañía Agrícola de Seguros S.A.

Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el particular. Cas. Civ. de 18 de diciembre de 2009. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp.: 68001 3103 001 2001 00389 01.

Juzgado diecinueve (19) civil del circuito de Bogotá. Sentencia de 5 de agosto de 2011. Demandante: Fiduciaria de Occidente S.A. Demandado: Liberty Seguros S.A. Exp.: 2007-619.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil de Decisión. Sentencia de 9 de febrero de 2012. M.P. Liana A. Lizarazo V. Exp.: 19 2007 00619 01.

3. Doctrina

CAUSA, JOSÉ ANTONIO (2004), Alcances del anticipo y el pago anticipado. *Revista de Derecho* No. 21. Universidad del Norte. Barranquilla, p. 104. Versión Web. URL: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/21/4_ALCANCES%20DEL%20ANTICIPO%20Y%20EL%20PAGO_DERECHO_No%2021.pdf. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 30 de 2008. C.P. Enrique Arboleda Perdomo. Radicación: 1881; Número Único: 11001-03-06-000-2008-00013-00.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Proyecto de Contratación Pública. Programa de Renovación de la Administración Pública. Concepto No. 20118010594111 de 24 de octubre de 2008. Versión Web. URL: <https://www.contratos.gov.co/Archivos/DocsPregFrec/anticipo/01.pdf>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

GALINDO CUBIDES, HERNANDO (2011), *El seguro de fianza Garantía única de cumplimiento*. 2ª. ed. Legis.

MENDOZA VARGAS, JANNE KARIME y GARCÍA ECHEVERRI, CLAUDIA (2009), *El seguro de cumplimiento y la contratación pública*. 1ª. ed. Leyer. Bogotá D.C.

Ministerio del Medio Ambiente. *Manual de Interventoría*. Versión Web. URL: http://www.minambiente.gov.co/documentos/contratos/res_1458_051005_manual_de_interventoria.pdf. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

NARVÁEZ BONNET, JORGE EDUARDO (2011), *El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones*. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. 1a. ed. Bogotá D.C.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS E. (2012), *Estudios de Seguros*. Universidad Externado de Colombia. 1a. ed. Bogotá D.C.

OSSA, J., EFRÉN (1984), *Teoría General del Seguro. El contrato*. Temis. Bogotá.

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2003046122-2 de febrero 4 de 2004.

4. Diccionarios

MOLINER, MARÍA (1994), *Diccionario de Uso del Español*. Tomo H/Z. Editorial Gredos S.A. 1a. ed. 19ª reimpresión. Madrid (España).

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimasegunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.