

La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia*

LAURA ROBLEDO VALLEJO**

SUMARIO

Introducción

1. Nociones iniciales
2. El siniestro en el seguro de cumplimiento
 - 2.1 Tesis legal
 - 2.2 Tesis jurisprudencial
 - 2.3 Efectos de cada posición
 - 2.3.1 Punto de partida de la prescripción
 - 2.3.2 Oportunidad para expedir el acto administrativo
 - 2.4 Posición personal

Bibliografía

Fecha de recepción: Marzo 20 de 2015
Fecha de aceptación: Abril 24 de 2015

* Artículo de reflexión que expone desde una perspectiva analítica, los criterios legales y jurisprudenciales sobre los términos de la prescripción del seguro de cumplimiento, particularmente como garantía de los contratos estatales y su efectividad.

** Abogada egresada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho de Seguros de la misma casa de estudios. Abogada litigante en materia de Responsabilidad y Seguros de la firma Barrios • Vélez • Gutiérrez. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: laurarobledov@hotmail.com.

RESUMEN

En materia del seguro de cumplimiento se presentan problemáticas en torno a la forma de hacer efectivas estas garantías por parte de la Administración; particularmente, se evidencian dificultades en la comprensión de los términos de prescripción de las acciones derivadas de esta garantía. Con este escrito, se pretende abordar este tema explicando el funcionamiento básico de estas instituciones y las distintas posiciones que se han asumido.

Palabras clave: Seguro; cumplimiento; contratación estatal; prescripción.

ABSTRACT

In terms of the surety bonds in Colombia, a series of issues arise on how to enforce these bonds by the Administration; particularly there are difficulties in understanding the statute of limitations for the actions derived from this warranty. In this essay, we intend to address this matter by explaining the basic operation of these institutions and projecting general conclusions, contrasting those findings with the judicial precedents that have been established by the State Council on the matter.

Key words: Insurance; surety bonds; public procurement; statute of limitations.

INTRODUCCIÓN

Las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales revisten una importancia fundamental en nuestra sociedad. El pago de grandes siniestros en los últimos años por parte de las aseguradoras al Estado colombiano demuestra la veracidad de esa premisa¹. Y es que el objeto ontológico de este tipo de seguros, que corresponde aproximadamente al 85% de la producción total del ramo de cumplimiento, no es otro que la protección del patrimonio público; de ahí su papel esencial.

Lo paradójico es que, a pesar de su trascendencia económica, este seguro está rodeado de profundas incertidumbres jurídicas, en parte porque no siempre es claro qué norma debe aplicarse ni cuál es la forma correcta de interpretarla ni quién es el competente para dirimir las controversias. Hay tanta discusión y tantas opiniones, con tan pocas conclusiones reales y claras, que la incertidumbre es la regla actual, situación que lamentablemente ha sido agudizada por la voluble jurisprudencia del Consejo de Estado.

Uno de los aspectos que presenta más problemáticas y discusiones es, precisamente, el de la prescripción de las acciones en materia del seguro de cumplimiento, asunto íntimamente relacionado con la forma en cómo deben hacerse efectivas estas pólizas por parte de la Administración.

Antes de adentrarnos en la cuestión central de este escrito, y con el propósito de sentar unas bases comunes sobre las que pueda desarrollarse la discusión, es importante definir las dos instituciones a analizar (el seguro de cumplimiento y la prescripción).

1 De acuerdo con la Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA, sólo en las indemnizaciones por el “Carrusel de la Contratación” y por los siniestros de la DIAN por devoluciones ilegales de impuestos las aseguradoras pagaron más de trescientos mil millones de pesos (COP \$300.000.000.000).

1. NOCIONES INICIALES

En primer término, el seguro de cumplimiento se ha entendido como aquel cuyo propósito es proteger al acreedor del incumplimiento de una obligación legal o contractual de su deudor. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esta modalidad de aseguramiento incorpora *“el compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato”*².

En materia pública, al seguro de cumplimiento lo subyace por regla general un contrato estatal, suscrito entre una entidad administrativa y un contratista privado; en este escenario, la póliza tiene por finalidad indemnizar los perjuicios que sufra dicha entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contratista. Por esto, el seguro es tomado por ese contratista, no para proteger un interés personal, sino para preservar el patrimonio de la entidad estatal, que se constituye como asegurada y beneficiaria.

Aunque hay una serie de riesgos particulares que se cubren con este seguro, reglados en la normatividad aplicable³, el amparo fundamental dentro de una garantía de esta naturaleza es, por supuesto, el de cumplimiento, que pretende reparar los perjuicios que sufra la entidad estatal cuando el contratista incumpla sus obligaciones, se le impongan multas o se declare la caducidad del contrato estatal.

La figura de la prescripción entra en contacto con el seguro de cumplimiento cuando se presenta el siniestro, bajo cualquiera de sus modalidades, haciéndose exigible la obligación condicional de la aseguradora; dicha prescripción condiciona el tiempo que tiene la entidad estatal para hacer efectiva su garantía contra la aseguradora, es decir, para tomar las medidas tendientes a recibir la indemnización derivada del seguro.

Debe recordarse, antes de continuar con el estudio de esta figura en materia de cumplimiento, que la prescripción es una institución jurídica que tiene por objeto consolidar situaciones fácticas por el transcurso del tiempo. Haciendo referencia específica a la prescripción extintiva, que nos ocupa en esta oportunidad, la jurisprudencia ha planteado que *“consiste la prescripción de las acciones en una sanción para el titular de un derecho que, dentro de un término razonable establecido por la ley, no acude a las vías que el ordenamiento jurídico le confiere para hacerlo valer”*⁴.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 5670.

3 Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1510 de 2013.

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. MP. Fernando Giraldo Gutiérrez.

En materia de seguros, el artículo 1081 del Código de Comercio establece las reglas de prescripción para las acciones derivadas de este contrato en los siguientes términos:

“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.” (Se resalta)

La división de la prescripción en ordinaria y extraordinaria, propia de la usucapión o prescripción adquisitiva, ha dado mucho de qué hablar a la doctrina nacional especializada en el contrato de seguro. Sin embargo, en este punto vale simplemente destacar sólo algunas de las conclusiones a las que se ha llegado para aclarar la forma en que se deben aplicar estos términos del contrato asegurador, relevantes para este estudio:

- a. La prescripción ordinaria es esencialmente subjetiva, en la medida en que empieza a correr desde que el interesado tuvo o ha debido tener conocimiento, y queda consolidada dos años después de ese momento.
- b. Por su parte, la prescripción extraordinaria tiene un carácter objetivo, pues se contabiliza desde el momento en que nace el derecho (para efectos de este escrito, desde el siniestro), independientemente de si hubo o no conocimiento del hecho. Su término, de acuerdo con la norma, es de cinco años.
- c. Los dos términos de prescripción (ordinaria y extraordinaria) corren simultáneamente, no sucesivamente. Sin embargo, cuando se cumplen los requisitos de cualquier de los dos, quedará configurado el fenómeno de la prescripción. Por esto, cualquiera que se cumpla primero, deja sin efectos al segundo.

2. EL SINIESTRO EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

Precisado lo anterior, debemos empezar definiendo **cuál es el siniestro** en materia de cumplimiento. Esta determinación es vital, principalmente, por dos razones: primero, porque es a partir de ese hecho que nace la obligación condicional de la aseguradora y, segundo, porque el siniestro corresponde al punto de partida del término de prescripción (por lo menos en su versión extraordinaria, si no hubo y no debió haber conocimiento concomitante al hecho).

En nuestro medio, sin embargo, existen diferencias profundas entre las posiciones que se han planteado en relación con el concepto de *siniestro*⁵, con el agravante de que

5 Esta multiplicidad de posturas ha estado motivada, en parte, por la falta de claridad en los pronunciamientos del Consejo de Estado. Al respecto, la Dra. Carmenza Mejía Mar-

asumir una u otra postura conduce a conclusiones radicalmente distintas en materia de prescripción. Por esto, es fundamental entender cada enfoque particular con sus efectos correlativos, para después explicar cuál es, a nuestro juicio, la aproximación adecuada.

Puntualmente, en materia del amparo de cumplimiento, que corresponde a la cobertura principal de toda garantía de esta naturaleza, hay dos corrientes de pensamiento sobre cuál es el siniestro. Sin embargo, antes de entrar a analizar cada una de estas posturas, es necesario hacer un recuento (i) sobre las decisiones que puede tomar una entidad estatal ante un evento de incumplimiento y (ii) sobre cómo puede afectarse la póliza de seguro que se ha otorgado para esos efectos, nociones sin las cuales no podría desarrollarse adecuadamente el estudio de la prescripción propuesto.

Inicialmente, debe decirse que la Administración cuenta con una serie de posibilidades para enfrentar un escenario de incumplimiento de las obligaciones del contratista. En efecto, la entidad estatal tiene a la mano los siguientes mecanismos:

1. Tiene la facultad de declarar el **incumplimiento** del contratista. Frente a esto, tiene la posibilidad de invocar la cláusula penal como herramienta de estimación anticipada de perjuicios.
2. Puede proceder con la imposición de **multas** con el fin de presionar o conminar al contratista para que se allane a cumplir y ejecute lo pactado de acuerdo con el contrato.
3. Cuenta con la facultad exorbitante que le permite declarar la **caducidad** del contrato estatal cuando el incumplimiento del contratista amenace con detener la ejecución contractual.

Es vital comprender que estas herramientas con que cuenta la Administración (declaratoria de incumplimiento, multas y caducidad) se materializan por medio de una decisión formalmente expedida por la entidad estatal respectiva; en otras palabras, estas medidas que toma la entidad se plasman en un acto administrativo, dotado de todas las características propias de este tipo de manifestaciones.

Por otra parte, debe señalarse que en materia de contratación estatal la forma en que el asegurado o beneficiario de la póliza (que corresponde a la entidad estatal)

tínez ha dicho: “En materia de prescripción de las acciones derivadas de este seguro, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha resuelto de manera uniforme si es aplicable la norma del artículo 1081 del Código de Comercio o las del Código Contencioso Administrativo, para establecer los términos y el momento a partir del cual se configura la prescripción de las acciones y derechos contra el asegurador en los seguros de garantía de cumplimiento de contratos estatales”. (Mejía Martínez, Carmenza. *Las vicisitudes del seguro de cumplimiento*. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo – Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del Derecho. Pág. 1073).

ejerce sus derechos cuando ha acaecido el siniestro es sustancialmente diferente de aquella que opera en el Derecho privado. Mientras que en un seguro entre particulares, el asegurado o beneficiario tendrían que presentar una reclamación ante la compañía de seguros o formular una demanda judicial en su contra requiriendo la indemnización tras la ocurrencia del siniestro, en el ámbito estatal a la Administración le basta con expedir un acto administrativo haciendo efectiva la póliza de seguro y requiriendo la reparación de sus perjuicios, acto que para todos los efectos corresponde al ejercicio del derecho con que cuenta la entidad a partir de su calidad de beneficiaria en la póliza.

Partiendo de estas bases, se hace procedente en este punto revisar las alternativas planteadas por la doctrina y la jurisprudencia sobre cómo debe entenderse el siniestro en el marco de la Garantía Única de Cumplimiento.

2.1 Tesis legal

Esta postura tiene como punto de referencia central al artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, concordante con el artículo 18 del Estatuto de Contratación Estatal, que textualmente dispone:

“Artículo 128. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”

De acuerdo con este planteamiento, el acto administrativo por medio del cual la Administración acude a las medidas mencionadas puede ser **declarativo** o **constitutivo** de dicha medida y, en consecuencia será declarativo o constitutivo del siniestro. En otras palabras, dependiendo de la decisión que tome la entidad estatal y del mecanismo que quiera hacer efectivo, el acto administrativo correspondiente podrá constituir el siniestro o simplemente declarar su ocurrencia.

Partiendo de la premisa anterior, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo citado, es posible identificar la naturaleza de cada uno de los actos administrativos

relacionados con el siniestro en materia del seguro de cumplimiento, bajo esta tesis, de la siguiente manera:

- El acto administrativo que declara el incumplimiento del contrato es, valga la redundancia, **declarativo**. Por esto, el siniestro no corresponde al acto mismo, sino a las circunstancias fácticas que dan origen al no cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista (e.g. la no entrega de los bienes a suministrar o la no terminación de la obra contratada).
- El acto administrativo que declara la caducidad del contrato es **constitutivo** del siniestro, es decir, ese acto ES el siniestro.
- El acto administrativo que impone multas al contratista es igualmente **constitutivo** del siniestro y, por lo tanto, corresponde al siniestro mismo.

Queda claro, revisado lo anterior, que dependiendo del tipo de acto administrativo que se profiera se estará ante la constitución misma del siniestro o simplemente ante su declaración, teniendo en este último caso que demostrarse su ocurrencia por parte de la entidad estatal. Por lo tanto, el siniestro, bajo esta perspectiva, puede ser o el acto administrativo que impone una multa al contratista o declara la caducidad del contrato estatal, por un lado, o el incumplimiento de las obligaciones por parte de dicho sujeto, por el otro.

Esta tesis llevada a un extremo, en el que independientemente del supuesto de hecho el siniestro corresponde de forma inexorable a un acto administrativo, ha sido explicada por la doctrina en los siguientes términos:

“Dentro de ese marco es que se ha venido entendiendo siempre que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de contratos estatales y hoy en las garantías únicas de cumplimiento de contratos estatales, está constituido por el acto administrativo que declara la caducidad o impone la obligación de pagar la cláusula penal o las multas en caso de incumplimiento, o por el acto administrativo que declare la realización de los demás riesgos amparados.”⁶

Esta postura es la adoptada por el mercado asegurador colombiano; la lectura de las pólizas de las principales Aseguradoras de este ramo refleja que estos actores entienden siempre el siniestro como un acto administrativo.

Sin embargo, para efectos de este escrito no seguiremos la tesis radical a la que hace referencia el Dr. Andrés Ordóñez, sino que tomaremos como referencia lo dispuesto en el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013.

6 Ordóñez, Andrés. *La eficacia del seguro de cumplimiento de contratos estatales*. Memorias del XXVI Encuentro Nacional de ACOLESE. 2011. Página 350.

2.2 Tesis jurisprudencial

En el sentido opuesto, se ha planteado que, independientemente del mecanismo al que acuda la entidad estatal para formalizar el siniestro, éste corresponde siempre al incumplimiento de una o varias obligaciones contractuales.

Por lo anterior, aún en los eventos en que se imponen multas o se declara la caducidad del contrato estatal, el siniestro **no** es el acto administrativo en el que se plasman esas decisiones; el siniestro corresponde a la materialización del riesgo amparado por el seguro, riesgo que en este escenario corresponde al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado este planteamiento en los siguientes términos:

“Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento.”⁷

Esta posición fue reiterada como se expone a continuación:

*“Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de **declarar** por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia siniestro. (...) Debe tomarse en consideración que esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, **lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato e incluso después de su liquidación.** Esta posición, que fue acogida por la Sección Tercera en sentencia del 10 de julio de 1997, sería reiterada en sentencias del 3 de mayo del 2001, 24 de agosto de 2002 y mucho más recientemente 23 de febrero del 2012.”⁸ (Se resalta)*

Partiendo de lo dicho, bajo esta hipótesis, la obligación condicional del asegurador no nacería desde la expedición de un acto administrativo, cualquiera que éste sea, sino desde la inobservancia de los compromisos contractuales asumidos por el contratista.

7 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. MP. Myriam Guerrero de Escobar. Este pronunciamiento jurisprudencial fue reiterado en fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de agosto de 2009, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

8 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. M.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857).

2.3 Efectos de cada posición

La determinación de cuándo se configura el siniestro tiene un impacto trascendental en la materia que nos ocupa, a saber, la forma de hacer efectiva la póliza de cumplimiento y la prescripción de las acciones derivadas de este contrato; la posición que se asuma en relación con dicha definición conduce a una serie de efectos profundamente distintos, como se pasa a explicar.

Como se expuso en el aparte anterior, de acuerdo con la primera de las posturas estudiadas, que hemos denominado la Tesis Legal, el siniestro puede darse bajo una de dos formas: (i) como acto administrativo, cuando se declara la caducidad del contrato estatal o se imponen multas, o (ii) como incumplimiento de las obligaciones contractuales, caso en el cual el acto administrativo sólo declara la ocurrencia del siniestro pero no la constituye. Desde la perspectiva de la Tesis Jurisprudencial, el siniestro es siempre el incumplimiento del contrato estatal y nunca el acto administrativo, independientemente de que se impongan sanciones o se declare la caducidad del contrato.

Dependiendo de cuál de las posiciones se asuma, variarán puntualmente dos aspectos fundamentales:

- A. El punto de partida del término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de cumplimiento.
- B. La oportunidad para expedir el acto administrativo por medio del cual se haga efectiva la Garantía Única de Cumplimiento.

A continuación, se revisan cada una de estas problemáticas bajo las dos teorías explicadas.

2.3.1 Punto de partida de la prescripción

En la Tesis Legal: Si, dándole una aplicación literal al artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, se entiende que el siniestro se configura con la expedición del acto administrativo, en los casos de imposición de multas y declaratoria de caducidad del contrato estatal, sería desde la fecha de ese acto que empezaría a correr el término de prescripción para que la entidad estatal hiciera efectivo el amparo. En eventos de incumplimiento simple (sin multas o caducidad), por el contrario, el siniestro correspondería a la inobservancia de los compromisos contractuales, esto es, a una situación externa a la entidad estatal, a partir de la cual se daría inicio la contabilización de la prescripción. Éste, como lo hemos dicho, es el planteamiento de la Tesis Legal.

De acuerdo con esta teoría y teniendo en cuenta que la fecha de ocurrencia del siniestro es el momento en que empieza a correr la prescripción en materia de seguros, tendría que distinguirse entre los escenarios de multas y caducidad, por un lado, e incumplimiento simple, por el otro, para definir cuándo comienza el cómputo de la prescripción:

- (i) En materia de multas y caducidad, la prescripción tendría como punto de partida el acto administrativo, por entenderse éste como constitutivo de siniestro (bajo la Tesis Legal). Resulta importante en este punto aclarar que la prescripción en estos casos no iniciaría con la simple expedición del acto administrativo, sino con su correspondiente notificación; lo anterior en la medida en que un acto que no sea conocido por sus destinatarios no puede producir los efectos legales que de él se derivan.
- (ii) En relación con el incumplimiento simple, el siniestro, como se dijo, corresponde a las circunstancias fácticas que dan origen al quebrantamiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

A partir de cualquiera de estos momentos en que empieza la prescripción (dependiendo del supuesto de hecho aplicable), la Administración tendría dos (2) años para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro y, específicamente, para hacer efectiva la póliza con el propósito de recibir la indemnización de los perjuicios que haya sufrido. Lo anterior si la entidad estatal tuvo o debió tener conocimiento inmediatamente después de ocurrido el siniestro; en caso contrario tendría los cinco (5) años que otorga la ley, desde la materialización del riesgo, correspondientes al término de prescripción extraordinaria.

Ahora, cuando el siniestro se produce por multas impuestas por la entidad estatal al contratista o por la declaratoria de caducidad del contrato estatal, y en consecuencia, se expide un acto administrativo del mismo, es evidente que la entidad estatal tiene conocimiento de esa situación desde el momento en que profiere el acto, es decir, conoce la ocurrencia del siniestro de forma inmediata pues éste se materializa en una manifestación de su voluntad (sería imposible que no lo conociera). Por esto, es desde ahí que empieza a correr la prescripción ordinaria de dos (2) años para hacer efectiva la cobertura de multas o caducidad consagrada en la póliza de cumplimiento; consecuentemente, la prescripción inicia con la expedición del acto administrativo. Queda claro que en este escenario no podría operar nunca la prescripción extraordinaria.

Más aún, en estos eventos (multas y caducidad) tampoco correría la prescripción ordinaria, por lo siguiente: En materia de contratación estatal, la Administración hace efectivo el seguro de cumplimiento por medio de un acto administrativo en el que se declara la ocurrencia del siniestro, se determina la cuantía de los perjuicios, por lo general se da aplicación a la cláusula penal y se afecta la póliza correspondiente; no se interpone una demanda en contra de la aseguradora para lograr la indemnización ni se presenta ante dicha compañía una reclamación solicitando el respectivo pago, como sí ocurre en el ámbito privado. Teniendo en cuenta lo anterior, cuando la Administración impone la multa o declara la caducidad, configurándose así el siniestro (punto de partida de la prescripción) y además hace efectiva la póliza de cumplimiento (interrupción o punto final de la prescripción), se ve claramente cómo el término nunca corre. En efecto, si en el mismo acto nace el derecho y éste se hace efectivo, realmente no transcurre nunca el término de prescripción, dada la simultaneidad de estos dos momentos.

En los casos de incumplimiento simple, por el contrario, la prescripción empezaría a correr desde que dicho incumplimiento se configura materialmente; de esta forma, los términos prescriptivos iniciarían desde que el contratista, por ejemplo, no haya entregado los bienes a que estaba obligado o se haya fallado en la prestación del servicio contratado. Será desde ese momento en que empieza la prescripción. Como la Tesis Jurisprudencial propone que todos los eventos sean tratados como el de incumplimiento simple, aún si hay imposición de multas o declaratoria de caducidad, será en el siguiente aparte en el que se analicen los interrogantes propios de este supuesto.

En la Tesis Jurisprudencial: Por otra parte, bajo la Tesis Jurisprudencial el siniestro corresponde SIEMPRE al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Que se profiera o deje de proferir un acto administrativo es, desde este punto de vista, irrelevante para la configuración del siniestro. Por esto, desde que se presenta materialmente el incumplimiento, y no desde la expedición del acto administrativo que declare esa situación, inicia el cómputo de los dos años del periodo prescriptivo; dicho de otra forma, la prescripción comienza cuando hay incumplimiento de las obligaciones, haya o no acto administrativo.

Partiendo de lo dicho, es claro que una vez ocurrido el siniestro empezará a correr el término de prescripción propio del contrato de seguro, regulado por el artículo 1081 del Código de Comercio. Teóricamente, la prescripción que iniciará desde ese momento será, a lo menos, la extraordinaria de cinco (5) años, por tener ésta una naturaleza objetiva que condiciona su punto de partida al nacimiento del respectivo derecho, nacimiento que para efectos de este escrito se confunde con el acaecimiento del siniestro; por su parte, la prescripción ordinaria de dos (2) años, por su naturaleza subjetiva, se contabilizará sólo desde que la entidad estatal tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción (esto es, el siniestro, nuevamente para los efectos de este escrito).

Si la entidad contratante deja pasar el término aplicable sin hacer efectiva la póliza, esto es, sin proferir el acto administrativo afectando la cobertura, perderá su derecho a la indemnización por virtud de la consolidación de la prescripción; en otras palabras, la Administración tiene dos o cinco años (dependiendo del caso) para hacer efectivo el seguro de cumplimiento so pena de que su derecho prescriba. En este caso, quedará en cabeza de la aseguradora una obligación natural cuyo cumplimiento no puede exigirse judicialmente (se hace esta precisión para aclarar que si aún después de configurada la prescripción, la entidad estatal profiere el acto y la aseguradora paga, ese pago será válido y no podrá ser repetido, de acuerdo con el artículo 1527 del Código Civil).

En este punto se presentan dificultades relacionadas con la determinación del momento en que la entidad conoció o debió tener conocimiento del incumplimiento por parte del contratista. En materia de cumplimiento, como en todos los seguros, el carácter subjetivo que le imprimió la ley a la prescripción ordinaria trae aparejada una serie de problemáticas para definir el momento en que debe comenzar a contabilizarse dicho término. Al respecto, pueden formularse los siguientes comentarios:

Por un lado, es claro que si la entidad estatal tuvo o no conocimiento del siniestro tal aspecto se reduce a una cuestión probatoria; para la aseguradora será necesario demostrar que la Administración efectivamente se enteró del incumplimiento más de dos años antes de la expedición del acto administrativo si pretende hacer uso de la figura de la prescripción.

Sin embargo, cabe preguntarse si puede establecerse una regla abstracta sobre, como mínimo, cuándo *debió tener conocimiento* del incumplimiento la entidad estatal. Desde esta perspectiva, es perfectamente posible entender que la Administración tiene la carga de conocer el siniestro, por lo menos, al momento de la liquidación del contrato. Lo anterior encuentra justificación en la reiterada posición jurisprudencial según la cual la liquidación es el corte de cuentas del contrato estatal, es el instante en el que puede verse con claridad el resultado del acuerdo⁹.

Podría argumentarse en este punto que en ocasiones los contratos estatales no se liquidan y que, por lo mismo, no empezaría a correr nunca la prescripción; frente a esa posición sería necesario contestar que la Administración, siempre tiene, a lo menos, la oportunidad de liquidar los contratos que celebra, ya sea bilateral o unilateralmente, y por lo tanto, es claro que sí ha debido conocer el incumplimiento desde ese punto.¹⁰

De lo anterior se colige que la única posibilidad para que opere la prescripción extraordinaria es que no se conozca el siniestro y que transcurran más de cinco años desde el incumplimiento sin que se llegue al momento de liquidación del contrato estatal, lo cual sólo podría ocurrir cuando la duración del contrato excediera este plazo (escenario altamente improbable).

En conclusión, podemos afirmar que la regla en materia del seguro de cumplimiento es la prescripción **ordinaria** porque la intervención de actos administrativos para constituir o declarar el siniestro implica necesariamente el conocimiento de la Administración sobre la materialización del riesgo; por esto, siempre aplicará la modalidad subjetiva de prescripción consagrada por el Código de Comercio.

Se hace claro en este punto, después del análisis anterior, que las conclusiones que se alcanzan desde una y otra teoría son diametralmente opuestas, específicamente

9 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1990-00842-01(17322). CP. Enrique Gil Botero. “La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.”

10 Podría incluso argumentarse que desde el momento mismo en termina la vigencia del contrato estatal, la entidad tuvo la posibilidad de conocer si hubo o incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y, por lo tanto, sería desde ese momento en que empezaría a correr la prescripción ordinaria.

en materia de multas y caducidad; mientras que en la Tesis Legal la prescripción en estos casos comenzaría desde que se notifica el acto administrativo, en la Tesis Jurisprudencial, el punto de partida de la prescripción sería siempre el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato estatal.

2.3.2 Oportunidad para expedir el acto administrativo

Por otra parte, es necesario recordar que el seguro de cumplimiento opera bajo la modalidad de ocurrencia, que se opone a la de reclamación (*claims made*) y a la de descubrimiento, como formas de delimitación temporal del riesgo. Esto implica que el siniestro debe OCURRIR dentro de la vigencia de la póliza, así la reclamación de la indemnización o incluso el conocimiento del siniestro se produzcan después de terminado el seguro.

Por lo tanto, si se adopta la Tesis Legal, y en consecuencia se entiende que el acto administrativo es constitutivo de siniestro para los eventos de multas y caducidad, es necesario que dicho acto se profiera dentro de la vigencia de la póliza. En otras palabras, teniendo en cuenta que el siniestro debe producirse dentro del periodo pactado en el seguro de cumplimiento, y en este caso el siniestro corresponde a un acto administrativo, es claro que el mismo debería expedirse dentro de ese mismo periodo, so pena de configurarse como un evento no amparado por falta de cobertura temporal.¹¹

Ahora, en relación con los eventos de incumplimiento simple, como el acto administrativo es únicamente declarativo del siniestro y no constitutivo del mismo, es claro que el mismo puede expedirse luego de la terminación de la vigencia del seguro. Lo anterior requiere, sin embargo, que el siniestro (es decir, el incumplimiento del contrato) se haya presentado dentro del término de vigor de la póliza.

Desde la perspectiva de la Tesis Jurisprudencial ocurre lo mismo que en el caso del incumplimiento simple, aún para eventos de imposición de multas o declaratoria de caducidad. Lo que debe ocurrir dentro de la vigencia del seguro no es la expedición del acto administrativo correspondiente, en la medida en que dicho acto nunca es el siniestro bajo este planteamiento; lo que debe presentarse es el incumplimiento de una obligación contractual por parte del contratista, aún si el acto administrativo se produce después de terminada la cobertura. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, como se demuestra con el siguiente aparte:

“La entidad estatal demandada sí contaba con la competencia para expedir el acto administrativo en el que hizo efectivos algunos de los amparos cubiertos

11 Queda la duda, bajo este planteamiento, de lo que ocurre cuando el acto administrativo constitutivo de siniestro se profiere dentro de la vigencia del seguro, pero se notifica por fuera de la misma. A pesar de que esta duda tiene validez teórica, en la práctica la notificación de este tipo de actos se hace en estrados en la audiencia pública que ordena la ley para que la Administración haga efectiva la póliza.

*por la póliza de garantía (...), **sin que fuera óbice para ello el hecho de que se hubiera finalizado el plazo de ejecución y liquidado el contrato, pues ésta es una facultad que continúa aún vencidos estos límites temporales**, máxime si se tiene en cuenta que, como se explicó, no es una habilitación sancionatoria.*"¹²
(Se resalta)

Resulta importante aclarar que, a pesar de que teóricamente el acto administrativo que impone multas o declara la caducidad por NO ser constitutivo de siniestro bajo la Tesis Jurisprudencial podría ser expedido después de terminado el contrato estatal y por lo tanto por fuera de la vigencia del seguro, la naturaleza de dichos actos impide que esto suceda. En efecto, como se vio anteriormente, el propósito de estas medidas es presionar al contratista para que se allane a cumplir el contrato, para el caso de las multas, o impedir la paralización de la ejecución contractual, en el caso de la caducidad. Por esto, ambas decisiones sólo logran su cometido si se toman antes de que el contrato estatal haya finalizado y, en consecuencia, mientras la póliza sigue vigente.

Con el propósito de cerrar este capítulo relativo a las distintas teorías que se han planteado sobre cuál es el siniestro en materia del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, se hace indispensable hacer un breve recuento de cómo operaría la prescripción de las acciones derivadas de dicho seguro bajo cada una de estas posturas:

- **Tesis Legal:** Con base en este planteamiento, la prescripción iniciaría su cómputo desde uno de dos momentos posibles: (i) si se trata de incumplimiento simple, la prescripción de las acciones en comento iniciaría desde que se configure ese incumplimiento, esto es, desde que el contratista desatienda las obligaciones a su cargo; o (ii) si se trata de multas o caducidad, el término prescriptivo correría desde el momento en que el acto administrativo que hace efectiva la medida correspondiente, a saber, que impone la multa o declara la caducidad. Ahora, la prescripción quedaría siempre interrumpida, independientemente del supuesto, con el acto administrativo que hiciera efectiva la póliza de cumplimiento, requiriendo a la compañía de seguros el pago de la indemnización respectiva. Por esto, para que dicha interrupción tuviera efectos es indispensable que ocurriera dentro de los dos años siguientes al momento en que la entidad estatal tuvo o debió tener conocimiento del siniestro o de los cinco años posteriores a la ocurrencia del siniestro. Como ya se señaló, en cuanto a los eventos de caducidad y multas, hay una simetría temporal entre siniestro y reclamación por cuanto todo se materializa en el mismo acto administrativo; por el contrario, en escenarios de incumplimiento simple, sí es necesario que la Administración tenga en cuenta estos términos al hacer efectivo el seguro, por cuanto en este supuesto el siniestro es anterior a la reclamación, no simultáneo.
- **Tesis Jurisprudencial:** Teniendo en cuenta que, independientemente del tipo de acto administrativo que profiera la entidad estatal, el siniestro corresponde

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 20001-250002326000-2001-02301-01 (29857). CP. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 27 de marzo de 2014.

siempre al incumplimiento del contratista (a la luz de esta teoría), debe tomarse éste como el punto de partida de la prescripción. En consecuencia, dicho término sólo iniciaría desde que se presentan materialmente transgresiones a lo pactado en el contrato. Y al igual que en la Tesis Legal, bajo este planteamiento la interrupción del término prescriptivo se produciría con el acto administrativo por medio del cual la entidad estatal declarara la ocurrencia del siniestro, cuantificara sus perjuicios, hiciera efectivo el amparo correspondiente de la Garantía Única de Cumplimiento y ordenara a la aseguradora el pago de la indemnización.

2.4 Posición personal

Finalmente, habiendo revisado las dos aproximaciones a la noción de siniestro en materia del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, se hace necesario concluir que desde nuestra perspectiva la Tesis Jurisprudencial es la acertada. En consecuencia, entendemos que, bajo el amparo de cumplimiento, se configura el siniestro, no con la expedición de un acto administrativo, sino con la verificación fáctica del incumplimiento de las obligaciones del contratista; en otras palabras, respaldamos la teoría que aboga por circunscribir la ocurrencia del siniestro a los eventos de no cumplimiento, haya o no acto administrativo que declare dicha situación.

Nos alejamos, por lo tanto, de la Tesis Legal, según la cual en algunos casos (multas y caducidad) el acto administrativo es constitutivo de siniestro; argumentamos, por el contrario, que aún en los eventos en que se profiera un acto de dicha naturaleza imponiendo multas o declarando la caducidad del contrato estatal, el siniestro sigue siendo el incumplimiento mismo y no la manifestación de voluntad consecuente que proviene de la entidad estatal. Lo anterior encuentra justificación en los siguientes argumentos:

En primer lugar, la decisión de la Administración de sancionar al contratista o de declarar la caducidad del contrato estatal es el resultado de una situación previa o antecedente de incumplimiento; en otras palabras, no puede haber imposición de multas o caducidad contractual sin que antes se haya presentado un escenario de inobservancia de las obligaciones pactadas.

Por otra parte, la Tesis Legal supone una serie de problemáticas en torno a la prescripción y del momento en que debería expedirse el acto administrativo que haga efectiva la póliza.

En efecto, bajo dicho planteamiento el inicio del término de prescripción quedaría supeditado exclusivamente a la voluntad del propio asegurado, esto es, de la entidad estatal. Lo anterior porque, de acuerdo con esta teoría, el siniestro ES el acto administrativo que impone multas o dictamina la caducidad del contrato, y como la prescripción sólo comienza desde que ocurre el siniestro, se hace evidente que el término sólo empezaría hasta que la Administración así lo decida.

La doctrina ha reconocido esta misma problemática, a saber, que la prescripción dependa del asegurado, en los siguientes términos:

“Si no es el siniestro el hecho que da base a la acción, sino el acta de liquidación del contrato [o el acto administrativo], esto significa que las entidades contratantes o aseguradas quedan con la facultad de señalar el momento a partir del cual comienza a correr en su contra la prescripción ordinaria, como quiera que son ellas las que elaboran las correspondientes actas de liquidación, lo cual es a todas luces inaceptable.”¹³

Adicionalmente, dicha teoría requiere que la entidad estatal afecte la póliza por medio de un acto administrativo que, por ser constitutivo de siniestro, tendría que ser proferido antes de que venciera el término del amparo, teniendo en cuenta que el de cumplimiento es un seguro que opera bajo la modalidad de ocurrencia, lo cual resulta inconveniente.

Estas dificultades han sido reconocidas por autorizada doctrina, como se observa en el aparte a continuación transcrito:

“Radica el hecho del siniestro, no en el incumplimiento físico del contratista, sino en la expedición de un acto administrativo, anticipa dos problemas que no tienen adecuada solución hasta hoy, a saber: que si ello es así, resulta obvio que el acto administrativo debe ser expedido dentro de la vigencia de la póliza, algo que las entidades estatales han demostrado estar generalmente en incapacidad de lograr (...), y además que el término de prescripción o caducidad de cualquier acción que puedan tener las entidades estatales para cobrar el seguro, no puede comenzar a correr antes de la expedición de ese acto, puesto que no puede entenderse que exista esa acción sin que haya ocurrido el siniestro.”¹⁴

Además de los argumentos expuestos, queda en duda bajo la Tesis Legal lo que ocurriría si el acto administrativo que constituye el siniestro estuviera viciado de alguna forma. Si, por ejemplo, dicho acto se hubiera proferido como consecuencia de un escenario de falsa motivación, ¿qué pasaría con el siniestro? ¿Seguiría la suerte del acto que lo constituyó o quedaría configurado aún si el vehículo que le otorgó existencia (acto administrativo) adoleciera de algún vicio invalidante?

Por último, y de manera central, consideramos que desde esta perspectiva es acertada la Tesis Jurisprudencial porque está en plena concordancia con los principios técnicos y legales del seguro, consagrados en el Código de Comercio, como se pasa a explicar.

De acuerdo con el artículo 1072 citado, *“se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”*. Resulta indispensable, por lo tanto, determinar cuál es el riesgo

13 Galindo Cubides, Hernando. *El seguro de fianza. Garantía única de cumplimiento*. Editorial Legis. Bogotá D.C., 2011. Pág. 206.

14 Ordóñez, Andrés. *La eficacia del seguro de cumplimiento de contratos estatales*. Memorias del XXVI Encuentro Nacional de ACOLDESE. 2011. Página 356.

que ampara un seguro para luego entender cuándo se produce el siniestro que éste pretende cubrir.

En materia de cumplimiento, como se revisó en el segundo capítulo, el riesgo contra el que se protege la entidad estatal corresponde a la posibilidad de sufrir perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. En este sentido, el riesgo o la situación adversa que se pretende evitar por medio de la consecución de la Garantía Única corresponde a un evento de detrimento patrimonial para la Administración, que surge como consecuencia del no cumplimiento de los compromisos contractuales. Por lo tanto, el siniestro no puede definirse sino como ese incumplimiento de las obligaciones pactadas en el acuerdo estatal por parte del contratista.

En este sentido, ha expresado el Dr. Jorge Eduardo Narváez que, por medio del seguro de cumplimiento *“lo que se ampara son hechos imputables al deudor contratista que implican el incumplimiento de obligaciones contenidas en un contrato”*¹⁵. (Se resalta)

Queda claro que el riesgo no es que la entidad estatal expida un acto administrativo, por más de que en dicho acto se haga efectiva la póliza, de la misma forma en que una demanda judicial en contra de la aseguradora tampoco es el riesgo cuando se ha expedido otro tipo de pólizas. Lo que motiva cada uno de esos reclamos, entendidos desde una perspectiva genérica, es el riesgo, que no puede confundirse con el reclamo mismo.

Este planteamiento encuentra, además, respaldo en las autorizadas opiniones de doctrinantes nacionales, como el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, que dispone en una de sus obras especializadas lo siguiente:

*“En el seguro de cumplimiento opera, de una parte, la prescripción ordinaria, con todos los aspectos que la caracterizan, particularmente en lo que se refiere a su base subjetiva, lo que supone que el decurso prescriptivo empezará a correr desde el momento en que los interesados tengan –o deban haber tenido– conocimiento del siniestro, que en el caso concreto del seguro de cumplimiento, se ha manifestado, **estará dado por la floración del incumplimiento.** (...) También operará la prescripción extraordinaria y (...) su término de cinco años empezará a correr desde el momento mismo de ese siniestro, esto es, **del daño o la pérdida derivados del incumplimiento.**”*¹⁶ (Se resalta)

Por esto, consideramos que la Tesis Jurisprudencial acierta al entender siempre el siniestro como el incumplimiento del contrato, aun cuando la entidad estatal imponga

15 NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Colección Profesores N° 52. Página 411.

16 JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., 2013. Tomo IV, Página 132.

multas o declare la caducidad. En consecuencia, debemos concluir que la prescripción en los seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales deberá empezar a contabilizarse desde el momento en que se configura materialmente el incumplimiento del contrato y a dicha prescripción le serán aplicables las reglas del artículo 1081 del Código de Comercio.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 5670.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. MP. Fernando Giraldo Gutiérrez.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. MP. Myriam Guerrero de Escobar.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. MP. Mauricio Fajardo Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. M.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857).
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1990-00842-01(17322). CP. Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 20001-250002326000-2001-02301-01 (29857). CP. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 27 de marzo de 2014.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Expediente 20001233300020120014301 (47.824).

Doctrina

- Galindo Cubides, Hernando. El seguro de fianza. Garantía única de cumplimiento. Editorial Legis. Bogotá D.C., 2011.
- Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Derecho de Seguros. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., 2013. Tomo IV.
- Mejía Martínez, Carmenza. Las vicisitudes del seguro de cumplimiento. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo – Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del Derecho.
- Narvéz Bonnet, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Colección Profesores N° 52.
- Ordóñez, Andrés. La eficacia del seguro de cumplimiento de contratos estatales. Memorias del XXVI Encuentro Nacional de ACOLDESE. 2011.