



# Análisis e interpretación del principio de indivisibilidad **de la garantía, de la cesión contractual y sus efectos**

*En este artículo se presenta un análisis sobre algunos temas importantes del seguro de cumplimiento respecto de algunos los vacíos jurídicos en la interpretación de las disposiciones contenidas en el Decreto 1082 de 2015.*

**Danielle Gómez Pérez**

Subdirectora de la Cámara Técnica de Cumplimiento y Responsabilidad Civil

## 1. Marco normativo del seguro de cumplimiento

### 1.1 Aspectos generales

Este es un seguro patrimonial que se clasifica dentro de los seguros de daños; está consagrado y reconocido en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Desde la creación del seguro, mediante la Ley 225 de 1938, se estableció que le son aplicables las «disposiciones legales pertinentes sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y contratos de seguros»; por lo cual, en principio, también le aplican las normas contenidas en el Código de Comercio.

### 1.2. Autonomía en la selección de los riesgos

El artículo 1056 del Código de Comercio otorga a las aseguradoras la facultad de escoger aquellos riesgos que desean asumir. Con base en este principio, las aseguradoras, en sus procesos técnicos de suscripción, hacen análisis de riesgos que pueden rechazar o aceptar, conforme se ajusten a su apetito de riesgo, políticas de suscripción y exigencias de contratos de reaseguro. Estos análisis se enfocan en dos aspectos generales, el análisis objetivo y el análisis subjetivo.

En el análisis objetivo se evalúan aquellos aspectos técnicos inherentes al contrato a garantizar; el análisis subjetivo consiste en la evaluación del contratista que ejecutará el contrato.

### 1.3. Variación del estado del riesgo

El Código de Comercio también establece la posibilidad de que las aseguradoras puedan retirarse de aquellos riesgos que han asumido, cuando los mismos presenten cambios

➔ Es claro que la cesión de un contrato a un nuevo contratista no implica *per se* la cesión del seguro de cumplimiento.

sustanciales. Dicha figura se conoce como la variación del estado del riesgo, disposición contenida en el artículo 1060 del Código.

Consideramos que esta disposición es aplicable en parte al seguro de cumplimiento, toda vez que, en caso de presentarse una agravación o modificación al estado del riesgo, las aseguradoras están en la facultad de aceptar emitir las prórrogas requeridas o negar la modificación, según corresponda. Estas opciones son excluyentes, por lo que la aseguradora puede escoger la que bien estime pertinente según sus políticas de suscripción.

## 2. La cesión contractual y sus consecuencias en la garantía de cumplimiento

El Consejo de Estado ha indicado que la cesión contractual consiste en la sustitución de uno de los extremos de la relación contractual.<sup>1</sup>

Dicho Tribunal ha señalado que la cesión puede darse sobre el contratante o el contratista, el cual será sustituido por un tercero llamado cesionario, quien en adelante será el titular de los derechos y obligaciones que proceden del contrato, ocupando material y jurídicamente la posición que antes tenía el cedente.<sup>2</sup>

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 1999-00985. 12 de agosto de 2013. Consejo de Estado (2013). Colección de Jurisprudencia Colombiana. Recuperado de <<https://xperta.legis.co>>

2. Ídem

Así mismo, dicha corporación indica que para ceder un contrato estatal la ley exige autorización expresa de la entidad estatal —siempre que el cedente sea el contratista—, toda vez que, de conformidad con el inciso 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son *intuitu personae*, porque el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas, tales como hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos sean las más favorables a la administración y, por lo tanto, es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan<sup>3</sup>

En cuanto al efecto sobre la garantía de cumplimiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de julio de 2020, consideró que, si bien el contrato de seguro de cumplimiento está íntimamente ligado con el contrato garantizado, constituye un negocio jurídico autónomo. En esa medida, la cesión de un contrato no implica la cesión del seguro que garantiza su cumplimiento.<sup>4</sup>

A su vez, señaló que el contrato de seguro de cumplimiento es *intuitu personae*, por lo cual, y de conformidad con lo establecido en el artículo 887 del Código de Comercio, se hace necesario, además del acuerdo entre cedente y cesionario, la aceptación del contratante cedido, es decir, de la aseguradora. Sin embargo, incluso si se considerara que la garantía de cumplimiento no es un contrato *intuitu personae*, su cesión no sería oponible a la aseguradora sin su aquiescencia previa, como lo prevé el artículo 1051 del Código de Comercio y hasta tanto no se le notifique la cesión en los términos del artículo 894 de la misma norma.<sup>5</sup>

Conforme a lo anterior, es claro que la cesión de un contrato a un nuevo contratista no implica *per se* la cesión del seguro de cumplimiento, esto por ser

un contrato autónomo al contrato garantizado. Si se desea reflejar la cesión en la garantía, es menester notificarla y solicitar su aprobación a la aseguradora, quien podrá aceptar o rechazar continuar en el riesgo por medio de la cesión, en virtud de lo establecido por los artículos 887, 1051 y 1060 del Código de Comercio y de la jurisprudencia anteriormente citada.

➔ Cuando se presenta una cesión contractual, no es jurídicamente posible exigirle al nuevo contratista el restablecimiento o la ampliación de una garantía que no constituyó

### 3. Principio de indivisibilidad de la garantía

#### 3.1 Generalidades

El principio de indivisibilidad de la garantía se encuentra contenido en el artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

De la norma actual es importante resaltar varios aspectos. En primer lugar, establece un límite temporal; consideró que para contratos cuyo plazo fuese inferior a cinco años se requeriría una única garantía de cumplimiento, la cual puede constituirse por medio de un contrato de seguro contenido en una póliza, un patrimonio autónomo o una garantía bancaria.

3. Ídem

4. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alberto Montaña Plata. 6 de julio de 2020. Sentencia 56088 de 2020. Consultada en línea: <https://www.contratacionestatal.com/busqueda/sentencia-56088-de-2020/20755>

5. Ídem

De igual forma, **la norma prevé una excepción a dicho principio:** en los contratos cuyo plazo de ejecución supere los cinco (5) años es viable emitir más de una garantía, o que esta pueda ser dividida.

Teniendo en cuenta que la norma establece un principio de indivisibilidad y a su vez una excepción, es necesario ahondar en aquellos elementos que, si bien no están expresamente consagrados en la norma, se desprenden de la interpretación y aplicación técnica de la misma.

### 3.2 Interpretación y aplicación

El Decreto 1082 de 2015 establece que se debe emitir una sola garantía, indivisible, para la ejecución de contratos cuyo plazo sea **inferior** a 5 años, por lo cual, la vigencia inicial de la garantía va a tener la misma vigencia del plazo contractual originalmente pactado.

En esa medida, por ejemplo, en un contrato cuya ejecución inicial era de (tres) 3 años, pero debido a circunstancias contractuales como adiciones, suspensiones, reinicios o cesiones, superó el plazo mencionado en la norma, se pensaría que la garantía debería ampliarse y modificarse con cada una de ellas.

Sin embargo, no se comparte esta visión, toda vez que no se evidencia que exista una prohibición que impida a la entidad contratante aceptar una nueva garantía en el escenario de una cesión contractual, dado que se trata de un nuevo riesgo que debe ser analizado por la compañía se seguros, dada la naturaleza *“intuitu personae* del contrato de seguro.

En esa medida, se estima viable que la entidad contratante acepte una nueva garantía en los eventos de cesión contractual.



La excepción al principio de la indivisibilidad de la garantía no debe analizarse de manera aislada, sino interpretarse en armonía con las normas que rigen el contrato de seguros, específicamente con el artículo 1060 del Código de Comercio, en tanto una cesión contractual representa una modificación sustancial al estado del riesgo. Como se vio, el seguro de cumplimiento es un contrato *intuitu personae*, lo que inexorablemente conlleva para el asegurador un nuevo análisis objetivo y subjetivo del riesgo en eventos de cesión contractual.

### 4. Obligación del restablecimiento y ampliación de la garantía.

Según lo establecido en el inciso segundo del artículo 2.2.1.2.3.1.18 del Decreto 1082 de 2015, el restablecimiento y la ampliación de la garantía es una obligación del contratista que la otorga. La normatividad estatal no establece que sea una obligación del garante, pues precisamente se respeta la libertad negocial y la autonomía de la voluntad del asegurador, establecidas en artículo 1056 del Código de Comercio.

Ahora bien, cuando se presenta una cesión contractual, no es jurídicamente posible exigirle al nuevo contratista el restablecimiento o la ampliación de una garantía que no constituyó. Se le puede exigir la constitución de una nueva, ya que es su obligación garantizar la ejecución de las obligaciones que está asumiendo, que, en el marco de una cesión contractual, son futuras y nuevas para él.

### 5. Conclusiones

De todo lo anterior, en un escenario de cesión contractual y sus efectos, en el cual haya o no

incumplimiento del contrato, se puede concluir que la cesión contractual por cambio de contratista significa una modificación en la identidad del estado del riesgo.

En este sentido, se considera procedente que bajo el escenario en el cual se presente una modificación o una agravación al estado del riesgo, le asiste a la aseguradora la facultad de decidir si continúa o no garantizando el cumplimiento del contrato que amparó inicialmente, a través de la emisión de la ampliación de la garantía o emitiendo una nueva. En todo caso, no es obligación del asegurador ampliar, restablecer o emitir una nueva garantía.

Como se vio en las disposiciones legales citadas, la obligación de constituir una nueva garantía en un escenario de cesión contractual es del nuevo contratista, no de la aseguradora que venía garantizando la ejecución del contrato.

En caso de que una aseguradora rechace efectuar la modificación de la póliza, esta cubrirá el riesgo en la medida en que el mismo haya sido asumido, esto es, hasta el final de la vigencia del último anexo o endoso que la aseguradora haya emitido.

Finalmente, se puede concluir que aceptar una nueva garantía para contratos de ejecución superiores a cinco años no transgrede el principio de indivisibilidad, así este no haya sido su plazo inicial. En un escenario de cesión contractual es totalmente viable que se pueda entregar una nueva póliza, en atención a que el cambio de contratista configura una modificación sustancial al estado del riesgo, por lo cual se requiere hacer un nuevo análisis de suscripción. 

CONGRESO

# Seguro de CUMPLIMIENTO

2022 | UNA GARANTÍA PARA EL DESARROLLO DEL PAÍS

EVENTO  
**PRESENCIAL**

12 Y 13 DE MAYO | BOGOTÁ - HOTEL SHERATON

En los últimos años el seguro de cumplimiento ha enfrentado diversos retos y cambios, que ameritan un espacio académico e institucional que fortalezca su imagen como un **mecanismo estratégico para el desarrollo del país.**

## TEMAS DE DISCUSIÓN



✓ Pólizas de **disposiciones legales**



✓ **Control fiscal**

✓ Evolución del **resultado técnico** del ramo

✓ **Suscripción** de riesgo



✓ **Lucha contra el fraude** en la contratación

INSCRIPCIONES ABIERTAS  
[www.fasecolda.com](http://www.fasecolda.com)

