

**Año: 2023**

ISSN 2806-0199

# Cuadernos

**Académicos** *No. 05*

GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO EXPERTO

**GESTIÓN DE CONTRAGARANTÍAS  
EN EL RAMO DE CUMPLIMIENTO**

**NUEVAS ALTERNATIVAS PARA LA INDUSTRIA**





# Cuadernos

**Académicos** No. 05

GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO EXPERTO

## GESTIÓN DE CONTRAGARANTÍAS EN EL RAMO DE CUMPLIMIENTO

NUEVAS ALTERNATIVAS PARA LA INDUSTRIA

**fasecolda**

Federación de Aseguradores Colombianos

Cra. 7 No. 26 – 20, pisos 11 y 12  
Teléfono: (57) 601 3443080  
Fax: (57) 601 2107041  
Bogotá – Colombia  
www.fasecolda.com

### COMITÉ TÉCNICO:

**Carlos Varela**  
Vicepresidente Técnico

**María Camila Valenzuela**  
Coordinadora de Gestión de la  
Información y el Conocimiento

**Luis Eduardo Clavijo**  
Vicepresidente Jurídico

### AUTORES:

**Armando Gutiérrez Villalba**  
Socio Fundador.  
Vélez Gutiérrez Abogados

**Santiago Botero Arango**  
Abogado. Vélez Gutiérrez  
Abogados

**Daniela Arias Arias**  
Directora Cámara Técnica  
de Cumplimiento

**Danielle Gómez Pérez**  
Subdirectora Cámara  
Técnica de Cumplimiento

### PRODUCCIÓN EDITORIAL:

**Ingrid Vergara Calderón**  
Directora de Comunicaciones  
y Asuntos Corporativos

**Martha Patricia Romero**  
Corrección de estilo

**David Doncel**  
Coordinación de diseño gráfico  
ddoncel@fasecolda.com

**Julie León**  
Diseño, diagramación, portada  
julieleon.dg@gmail.com

### Imágenes

Archivo Fasecolda  
Shutterstock.com  
Freepik.es

Prohibida su reproducción  
total y parcial, sin autorización  
de los editores.

# Contenido

## ADVERTENCIA (DISCLAIMER)

## INTRODUCCIÓN

### 1. OBJETIVOS

..... 12

### 2. RECOMENDACIONES PARA LA SUSCRIPCIÓN Y EFECTIVIDAD DE DIVERSOS TIPOS DE CONTRAGARANTÍAS TRADICIONALES

..... 14

2.1 GARANTÍAS PERSONALES ..... 15

2.1.1 Pagaré ..... 15

2.1.2 Contragarantía de casa matriz o indemnity ... 23

2.1.3 Cartas de compromiso ..... 24

2.2 GARANTÍAS REALES ..... 25

2.2.1 Endoso en garantía de un título valor ..... 26

2.2.2 Garantías mobiliarias..... 27

2.2.3 Fiducia en garantía ..... 33

2.2.4 Encargo fiduciario ..... 36

2.2.5 Hipoteca en garantía ..... 37

### 3. ALTERNATIVAS A LAS CONTRAGARANTÍAS TRADICIONALMENTE SUSCRITAS

..... 40

3.1 GARANTÍAS PERSONALES ..... 41

3.1.1 Pagaré suscrito o avalado por terceros distintos al deudor garantizado ..... 41

3.1.2 Cartas de crédito stand-by o garantías a primera demanda para contratista internacionales..... 44

3.2. GARANTÍAS REALES ..... 45

3.2.1. Cesión en garantía de los derechos derivados del contrato asegurado ..... 45

3.2.2. Cesión condicionada de derechos económicos derivados de contratos diferentes al contrato asegurado..... 48

3.2.3. Garantía mobiliaria abstracta sobre cuentas por cobrar ..... 49

3.2.4. Tránsito de la nuda propiedad sobre determinados bienes bajo condición resolutoria .. 50

3.2.5. Fiducia de administración, pagos y garantía ..... 51

3.2.6. Prenda o garantía mobiliaria sobre acciones ..... 53

3.2.7. Prenda o garantía mobiliaria sobre derechos de propiedad intelectual ..... 54

3.3. CLÁUSULAS CONTRACTUALES..... 54

3.3.1. Los subcontratos deben contar con sus propias pólizas cumplimiento ..... 55

3.3.2. Incluir cláusulas back to back de las sanciones que llegare a imponer la entidad contratante..... 55

3.3. COMENTARIOS ADICIONALES DEL CAPÍTULO..... 56

### 4. PREVISIONES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS ALTERNATIVAS A LAS CONTRAGARANTÍAS TRADICIONALES

..... 57

4.1. GARANTÍAS PERSONALES..... 59

4.1.1 Pagaré suscrito o avalado por terceros distintos al deudor garantizado ..... 59

4.1.2 Cartas de crédito stand-by o garantías a primera demanda para contratistas internacionales..... 66

4.2. GARANTÍAS REALES ..... 69

4.2.1 Cesión en garantía de los derechos derivados del contrato asegurado ..... 69



**1.**



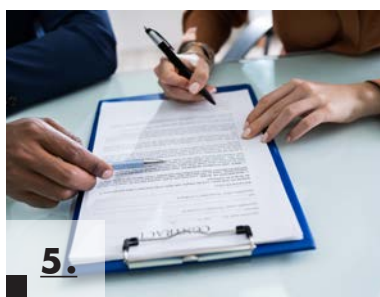
**2.**



**3.**



**4.**



**5.**



**6.**

4.2.2	Cesión condicionada de derechos económicos derivados de contratos diferentes al contrato asegurado .....	73
4.2.3	Trasferencia de la nuda propiedad sobre determinados bienes bajo condición resolutoria.....	74
4.2.4	Fiducia de administración, pagos y garantía.....	77
4.3	CLÁUSULAS CONTRACTUALES .....	79
4.4	COMENTARIOS FINALES DEL CAPITULO .....	81
<b>5</b>	<b>ANEXO TÉCNICO</b> .....	<b>82</b>
5.1	GARANTÍAS PERSONALES .....	83
5.1.1	Pagaré suscrito o avalado por terceros distintos al deudor garantizado .....	83
5.1.2	Carta de instrucciones.....	86
5.1.3	Aval suscrito por el socio o accionista del deudor garantizado .....	88
5.1.4	Pagaré suscrito por el integrante de una estructura plural cuando esta actúa como deudor garantizado .....	88
5.1.5	Cartas de crédito stand-by o garantías a primera demanda para contratistas internacionales.....	91
5.2	GARANTÍAS REALES .....	93
5.2.1	Cesión condicionada de los derechos derivados del contrato asegurado .....	93
5.2.2	Cesión condicionada de derechos económicos derivados de contratos diferentes al contrato asegurado.....	94
5.2.3	Trasferencia de la nuda propiedad sobre determinados bienes bajo condición resolutoria .....	95
5.2.4	Fiducia de administración, pagos y garantía.....	97
5.3	CLÁUSULAS CONTRACTUALES .....	100
5.3.1	Garantía de exigencia de pólizas de cumplimiento a los subcontratistas .....	100
5.3.2	Garantía de inclusión de cláusulas <i>back to back</i> ....	101
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>103</b>





# Advertencia *(disclaimer)*

---

El presente documento relaciona los resultados de un análisis técnico y jurídico del sistema de contragarantías que operan actualmente en los procesos de suscripción de seguros de cumplimiento en Colombia. De este análisis se presentan propuestas que, debido a las dinámicas de suscripción, podrían ser implementadas por las compañías aseguradoras afiliadas a la Cámara de Cumplimiento de Fasecolda o por cualquier otro tipo de compañía a la que le interesen estos temas. En este sentido, las compañías de seguros o cualquier lector interesado, es libre, bajo sus propias políticas de suscripción, de incorporar total o parcialmente las propuestas que aquí se analicen o se propongan, o de realizar las modificaciones que estime conveniente.

Debido a que el documento fue construido con fines estrictamente académicos, cualquier persona natural o jurídica es responsable del uso que le dé a lo aquí contenido.



# Introducción

---

La primera norma que hizo alusión expresa al seguro de cumplimiento fue la Ley 225 de 1938. Los artículos 1 a 4 de dicha norma –hoy incorporados en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF)– constituyen los cimientos de cualquier seguro de cumplimiento. En consecuencia, los elementos y las reglas previstas en el artículo 203 del EOSF están llamadas a ser aplicadas tanto al seguro de cumplimiento entre particulares como a la garantía única de cumplimiento exigida por las normas de contratación estatal.

Bajo el seguro de cumplimiento el asegurador asume el riesgo de incumplimiento de una o varias obligaciones legales o contractuales adquiridas por una persona; en consecuencia, en el evento en que alguna obligación sea incumplida, el asegurador deberá indemnizar al acreedor los daños que dicho incumplimiento genere.


Para la suscripción de seguros de cumplimiento el asegurador debe realizar un análisis minucioso de las características del deudor de la obligación que se pretende asegurar; entre otras cosas, deberá cerciorarse de la capacidad financiera del deudor, su experiencia y capacidad técnica para cumplir con las obligaciones y su comportamiento en contratos con objetos similares. Al momento de suscribir este tipo de pólizas también es necesario realizar un análisis detallado de los cúmulos o sumatoria de valores previamente asegurados a dicho deudor, con el fin de garantizar una adecuada selección del riesgo.



De otro lado, debe tenerse presente que una de las características propias del seguro de cumplimiento es la facultad que le asiste al asegurador de subrogarse en los derechos del acreedor-asegurado contra el deudor incumplido. En este sentido, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2 del artículo 1099 del Código de Comercio y el numeral 3 del artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el asegurador que paga la indemnización puede perseguir al deudor incumplido, con el fin de que este le reembolse la suma que se vio obligado a pagar a título de indemnización derivada del contrato de seguro.

Por regla general, este tipo de seguros son exigidos por el contratante para la suscripción de un contrato; en consecuencia, el tomador de la póliza es el contratista, es decir, el deudor que asegura la obligación que debe cumplir. Así, las partes e intervinientes en este seguro suelen presentarse en la siguiente forma:



A person wearing a dark suit jacket with three buttons is shown from the chest down, stacking wooden blocks. The person's hands are visible, and the blocks are being placed on top of each other. The background is dark, and the lighting is focused on the person and the blocks.

Sin bien esta es la estructura de partes e intervinientes más común para este tipo de seguros, también es posible encontrar contratos de seguro de cumplimiento en los que el contratante también actúa como tomador.


Dada la frecuencia con la que se presenta la estructura antes ilustrada, al momento de suscribir el contrato el asegurador cuenta con la posibilidad de realizar un análisis detallado del riesgo asociado al deudor. En la etapa precontractual, el asegurador cuenta con múltiples herramientas tales como solicitar la presentación de estados financieros, indagar por la composición accionaria en los eventos en los que el tomador es una persona jurídica, solicitar certificados y paz y salvos de contratos que el deudor haya ejecutado y que cuenten con objetos similares, así como certificados relacionados con el estado de ejecución de contratos que el contratista se encuentre ejecutando en ese momento, inspeccionar directamente el lugar de ejecución del contrato a asegurar, entre otras. Así mismo, en esta etapa el asegurador cuenta con la facultad de exigir al contratista-tomador la emisión de todas las contragarantías que resulten pertinentes.

Como ha manifestado la Superintendencia Financiera de Colombia<sup>1</sup>, el concepto de contragarantía no cuenta con definición o regulación legal; se trata de una práctica que tiene su origen en el principio de la autonomía de la voluntad privada y en la facultad que le asiste al asegurador de seleccionar el riesgo y las condiciones en las que desea asumirlo (artículo 1056 del

---

<sup>1</sup> Concepto 2008037974-001 del 18 de Julio de 2008.





Código de Comercio). En consecuencia, su exigencia, naturaleza y límites únicamente están limitadas por las políticas de suscripción del respectivo asegurador.

Como única excepción a la regla antes indicada, el numeral 3.12.2 del capítulo II del título IV de la parte 2 de la Circular Básica Jurídica establece que los aseguradores que comercialicen pólizas de seriedad de la candidatura —especie de póliza de cumplimiento— tienen como deber *«12.2. Abstenerse de exigir como requisito para esta clase de pólizas la constitución de contragarantías de cualquier naturaleza por el riesgo asegurable.»*

Dejando de lado la excepción antes enunciada, lo cierto es que, en los demás eventos, la exigencia de contragarantías se erige como una herramienta eficaz para que la aseguradora restablezca efectivamente su patrimonio en el evento en que se vea obligada a pagar una indemnización. Además de lo anterior, las contragarantías sirven como incentivo para que el deudor-contratista sea vea conminado a cumplir directamente la obligación a su cargo, ello en la medida en que dicho deudor, sabe que, en el evento en que el asegurador se vea obligado a pagar la indemnización, contará con herramientas efectivas para recobrar el dinero pagado por la vía de la subrogación.

Por contragarantía debe entenderse cualquier herramienta que exige el asegurador al contratista-tomador con el fin de facilitar la recuperación de lo pagado en caso de que el asegurador sea vea obligado a pagar al asegurado la indemnización derivada del seguro de cumplimiento.

# 1. Objetivos

---

Las reflexiones y recomendaciones que a continuación se desarrollan tienen como punto de partida que la constitución de contragarantías tiene, en el fondo, dos finalidades:

- Que si se declara el incumplimiento y se hace efectiva la póliza de cumplimiento, el contratista sea quien pague la condena impuesta.
- Que si la aseguradora termina pagando la indemnización, pueda recuperar el dinero por medio de las contragarantías.





En el presente escrito se hará énfasis y se emitirán algunas recomendaciones con el fin de procurar que la aseguradora cuente con herramientas suficientes para recuperar el dinero que eventualmente deba pagar. En efecto, las contragarantías que ordinariamente se emiten en esta materia tienen como propósito fundamental la recuperación de los dineros pagados por la compañía aseguradora, más que lograr que quien asuma el pago correspondiente sea el contratista deudor.

En capítulos posteriores se propondrán otras figuras, más novedosas, que busquen proteger el patrimonio de la aseguradora y garantizar que sea el propio deudor quien termine asumiendo las consecuencias negativas de su incumplimiento.

Por otra parte, en el presente documento se revisará la conducta que debe adoptarse para precaver o superar los efectos que se producen como consecuencia de que el contratista sea admitido a un proceso de reorganización o liquidación empresarial en los términos de la Ley 1116 de 2006. En tal sentido, se han realizado consultas a Fasecolda sobre la posibilidad que tiene el asegurador de promover acciones de simulación cuando evidencie casos de insolvencia provocada fraudulentamente. Sobre este punto, es necesario indicar que si bien, desde un punto de vista teórico, es posible promover este tipo de acciones con el fin de demostrar que el deudor garantizado no debió ser admitido en

un proceso de reorganización, desde un punto de vista práctico es altamente probable que el trámite del proceso declarativo en el que se promueva la simulación tome más tiempo que la definición del proceso de reorganización, motivo por el cual puede resultar inútil la promoción de estas acciones.

Ahora bien, es necesario precisar que la selección de una u otra contragarantía siempre debe tener como punto de partida las características del negocio asegurado, las del deudor y el análisis del riesgo de incumplimiento. De otra parte, es importante destacar que ninguna de las alternativas que se desarrollan en el presente manual puede evitar que el riesgo de incumplimiento se materialice o que, en algunos eventos, el asegurador no pueda recuperar el dinero pagado a título de indemnización. Adicionalmente, es relevante precisar que cada tipo de contragarantía implica costos adicionales para su constitución, así como riesgos para su efectividad, relacionados con su registro, los requisitos de capacidad del otorgante, los mecanismos de ejecución, etc.

Para efectos del presente escrito las buenas prácticas en materia de contragarantías se dividirán en dos momentos diferentes; por un lado, aquellas que es recomendable seguir al momento de la suscripción del contrato de seguro y expedición de la contragarantía y, por el otro, las que es recomendable aplicar al momento de hacer efectiva la respectiva contragarantía.

# 2. Recomendaciones para la suscripción y efectividad de contragarantías tradicionales

---



## 2.1 Garantías personales

### 2.1.1 Pagaré

#### 2.1.1.1 Definición

La definición de pagaré se deduce del numeral 1 del artículo 709 del Código de Comercio, con base en el cual es posible afirmar que el pagaré es un título valor de contenido crediticio que contiene una obligación incondicional de pagar una suma de dinero.

El pagaré en blanco, como especie de pagaré, contiene una obligación incondicional de pagar una suma de dinero, sin embargo, el mismo no es totalmente diligenciado al momento de su expedición. En este título valor se dejan algunos espacios en blanco que deben ser diligenciados por el acreedor cuando decida hacerlo efectivo; estos espacios deben ser diligenciados siguiendo estrictamente las instrucciones dadas por el emisor en una carta de instrucciones que deben acompañar al pagaré.

Es importante aclarar que existe una diferencia entre el concepto doctrinal en materia de títulos valores de «pagaré abierto» y el uso que se le da a esta expresión en el mercado asegurador. Desde el punto de vista doctrinal, todo pagaré en el que se dejen espacios en blanco será un pagaré abierto, sin embargo, en la práctica aseguradora esta expresión suele estar reservada a los pagarés empleados como contragarantía de todas o varias pólizas tomadas por un mismo contratista-tomador. Para efectos de garantizar la mayor eficacia posible al pagaré y disminuir las eventuales discusiones sobre el cumplimiento de los presupuestos para el diligenciamiento del título valor, es recomendable que, en los términos del mercado, se recurra a un pagaré cerrado; sin embargo, es evidente que en algunas ocasiones los costos asociados a la custodia de cada título, las dificultades y velocidad del proceso de suscripción y las características del tomador-deudor pueden impedir que se recurra a un pagaré cerrado.

### 2.1.1.2 Características

Desde un punto de vista general, el pagaré es el tipo más común de contragarantías utilizado en el mercado asegurador; tiene como principales ventajas que se trata de una contragarantía de fácil suscripción, dados los bajos costos asociados a su emisión. Únicamente es necesario que el emitente, que por regla general será el contratista-tomador, diligencie este título valor.

Adicionalmente, la suscripción de un pagaré tiene como principal ventaja que le permite al asegurador acudir directamente a un proceso ejecutivo para perseguir el recobro de la indemnización pagada; ello en atención a que su carácter de título valor le otorga la naturaleza de título ejecutivo.

La principal ventaja de poder recurrir a un proceso ejecutivo, además de tratarse de un proceso sustancialmente más ágil que aquel que sería necesario adelantar en ausencia de un título ejecutivo, es que el ejecutante, en este caso el asegurador, puede solicitar desde el inicio del proceso la práctica de medidas cautelares tales como el embargo y secuestro de bienes del deudor.

Ahora bien, como principal desventaja de esta contragarantía se tiene que la misma no ofrece ninguna herramienta que proteja o mejore la posición del asegurador ante del riesgo de insolvencia del tomador-contratista. Sin

perjuicio de lo anterior, y como regla general aplicable a todos los seguros de cumplimiento, es relevante destacar que el asegurador puede exigir al contratante-asegurado que, en ejercicio del deber que le asiste de mitigar el siniestro y proveer el salvamento de las cosas aseguradas, se haga parte del proceso de reorganización o liquidación empresarial y que defienda sus derechos en el marco del proceso mientras se define la ocurrencia y cuantía del siniestro.

### 2.1.1.3 Particularidades del pagaré electrónico y de la firma electrónica

Hoy en día, con fundamento en la Ley 527 del 1999, es posible la suscripción de títulos valores electrónicos. El artículo 5° de esta ley reconoce como punto de partida el denominado principio de equivalencia funcional según el cual, cuando la ley establece que un acto debe constar por escrito, este requisito se entenderá satisfecho cuando el acto se realice a través de un mensaje de datos, siempre que la información que este contenga sea accesible para su posterior consulta. Así mismo, el artículo 8° contempla los presupuestos básicos para que pueda entenderse que se cumple con el requisito de originalidad. Además de lo anterior, la ley cuenta con una regulación detallada de los dos tipos de firmas, la electrónica y la digital, y los efectos de cada una de ellas.



Así, en lo que tiene que ver con los títulos valores, y concretamente con el pagaré, existe un marco legal que permite la emisión de pagarés electrónicos<sup>2</sup>; esta posibilidad ha sido expresamente reconocida, entre otras instituciones, por la Superintendencia Financiera en los conceptos N.º 2006033594-001 del 29 de agosto de 2006 y 2020086426 del 24 de junio de 2020, entre otros.

### 2.1.1.4 Recomendaciones durante del proceso de suscripción

Si el asegurador determina que este es el tipo de contragarantía idónea, es necesario que tenga presente las siguientes recomendaciones:

- **Es recomendable que tanto en el texto de la carta de instrucciones como en el del pagaré se identifique plenamente el negocio subyacente.**

En tal sentido, se recomienda, para que no exista duda sobre su validez, identificar de forma clara y precisa los supuestos con base en los cuales es posible diligenciar el pagaré.

Así, una alternativa para los que en la práctica aseguradora se denominan «pagarés cerrados» es que en dichos documentos se indique con precisión la obligación o las

obligaciones que fueron garantizadas por la aseguradora, indicando expresamente el número consecutivo de póliza al cual está atado e identificando plenamente el contrato garantizado.

En los eventos en los que se decida recurrir al que la práctica aseguradora denomina «pagaré abierto» es recomendable que se indiquen, con alto grado de precisión, los supuestos que dan origen al diligenciamiento del título valor; ello puede lograrse, por ejemplo, indicando, tanto en la carta de instrucciones como en el pagaré, que el mismo podrá ser diligenciado con ocasión de cualquier indemnización que el asegurador se vea obligado a pagar como consecuencia de cualquier póliza de cumplimiento que haya sido tomada por el contratista-deudor.

Adicionalmente, de recurrirse al pagaré abierto es recomendable que el asegurador, con base en sus políticas de suscripción, solicite un segundo o tercer pagaré cuando se supere un determinado cúmulo, ello en atención a que una vez se diligencia un pagaré abierto la suma indicada en el título valor no puede ser modificada y es posible que en ese momento todavía queden otros contratos en ejecución que podrían dar lugar al pago de nuevas indemnizaciones a cargo del asegurador.

<sup>2</sup> Es importante precisar que el concepto de pagaré electrónico difiere del de pagaré desmaterializado y del de pagaré inmaterializado. Los dos últimos son definidos por el artículo 16 de la Resolución Externa 02 de 2019 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República. De acuerdo con dicho artículo, los pagarés desmaterializados son aquellos «que han pasado por el proceso de conversión del soporte material al soporte electrónico, inmovilizando el documento original, depositados para custodia y administración ante un depósito centralizado de valores» y los pagarés inmaterializados son aquellos «emitidos en forma electrónica, depositados para custodia y administración ante un depósito centralizado de valores».

En otras palabras, la ventaja de contar con un único pagaré está asociada con la simplificación de los trámites de constitución de contragarantías al momento de la suscripción. En efecto, si queda claro en la carta de instrucciones que el diligenciamiento del pagaré podrá tener lugar para recobrar cualquier valor que el afianzado adeude a la aseguradora como consecuencia de los pagos que a esta le corresponda hacer en su condición de garante de aquel, será posible que se suscriban nuevos contratos de seguros sin necesidad de contar con nuevos pagarés, pues todos ellos quedarán cobijados por un único pagaré destinado a cobrar los valores en que se haya subrogado la aseguradora con ocasión de cualquiera de los contratos de seguro celebrados con ese afianzado.

La desventaja de contar con un único pagaré es que puede llegar a ser necesario diligenciarlo para recobrar algún valor y que para ese momento existan varios negocios en ejecución que puedan llegar a generar la obligación de la aseguradora de indemnizar; si ello es así, la aseguradora se quedaría, en la práctica, sin contragarantía.

En ese sentido, si bien es posible contar con un único pagaré, en los términos ya indicados, hay que tener cuidado de que no se presente la situación que se acaba de describir, por lo que se recomienda tener más de un pagaré, lo que no significa que deba existir un pagaré por cada póliza que se expida.

● **Es necesario que tanto la carta de instrucciones como el pagaré estén vinculados entre sí**

En otras palabras, para evitar que se generen discusiones sobre la validez del título valor, es necesario que en el pagaré se identifique plenamente y sin lugar a equívocos qué documento contiene las instrucciones para el diligenciamiento de este. Igualmente, es necesario que la carta de instrucciones precise con total claridad cuál es el pagaré que debe diligenciarse con base en las instrucciones allí contenidas.

Para facilitar este trámite es recomendable que tanto la carta de instrucciones como el pagaré estén debidamente numerados, de esta forma se facilitará el proceso de remisiones entre ambos documentos y se logrará la claridad necesaria para garantizar la eficacia de la contragarantía.

● **En el pagaré es necesario precisar de forma anticipada la tasa de interés remuneratorio o moratorio aplicable.**

Sobre este asunto, hay que aclarar que, de acuerdo con una posición sostenida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>, al ejercer la subrogación legal el asegurador no puede reclamar perjuicios o intereses moratorios y únicamente puede reclamar la corrección monetaria.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. N.º 7050.

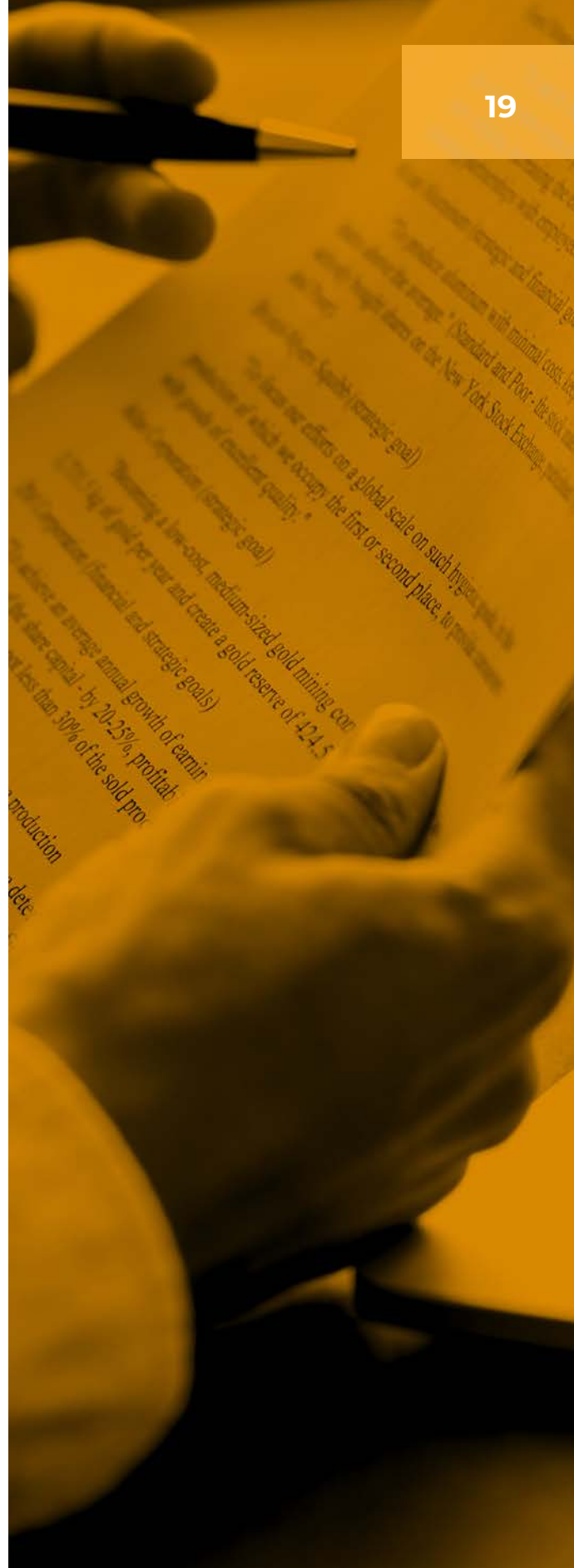
En este orden de ideas, es posible que al incorporarse intereses moratorios en el cuerpo del pagaré o en la carta de instrucciones se abra un debate sobre la validez de dicho cobro; sin embargo, hay que reconocer que lo ordinario es que se incluya el cobro de ese tipo de intereses y que sobre el particular no existan mayores debates en la jurisdicción.

En cualquier caso, es prudente incorporar como mínimo que la suma diligenciada deberá ser actualizada con base en el índice de precios al consumidor (IPC).

### ● **Deben verificarse detalladamente las facultades del signatario del pagaré**

Cuando quien emite el pagaré es una persona jurídica o el mismo es emitido con ocasión de un mandato concedido a un tercero, es necesario verificar que el representante cuente con las facultades y la capacidad necesarias para obligar a la persona jurídica; para ello es esencial verificar la fecha de expedición del certificado de existencia y representación legal o el documento que sirva de prueba de la representación, así como las facultades expresamente indicadas en dicho documento. En el marco de este ejercicio es fundamental prestar particular atención a los límites a las facultades de representación teniendo en cuenta el tipo de acto y el monto de la operación.

Al momento de la emisión de la contragarantía debe entenderse que el monto de la operación tiene una cuantía indeterminada, sin embargo, desde el punto de vista práctico, cuando se diligencia un pagaré cerrado se recomienda que las facultades de





representación se verifiquen con base en el valor asegurado, ya que, al tratarse de la suma máxima por la cual el asegurador se verá obligado a responder, también se tratará de la suma máxima por la cual, en condiciones normales, el asegurador podrá subrogarse contra el responsable del siniestro.

Cuando se diligencia un pagaré abierto y el representante legal cuenta con limitaciones en función de la cuantía de la operación, no es sencillo determinar si está excediendo o no sus facultades al momento de diligenciar el pagaré, dado que la promesa de pago será verdaderamente indeterminada. En tal sentido, es recomendable que la limitación de las facultades del representante legal se compare con el cúmulo que el asegurador está dispuesto a asegurarle al contratista, de acuerdo con sus políticas de suscripción. En los eventos en los que el cúmulo sea inferior a la restricción impuesta al representante legal no será necesario exigir la autorización del órgano respectivo, pero en aquellos casos en los que el cúmulo sea superior a la restricción prevista al representante legal será recomendable exigir la correspondiente autorización.

Adicionalmente, en el evento en que de la revisión de la capacidad del representante se evidencie que, por la cuantía de la contragarantía o por la naturaleza de la operación, la misma únicamente será válida si se cuenta con la autorización previa de un órgano de administración, el asegurador debe negarse a aceptar la respectiva contragarantía hasta que se cuente con un documento que dé cuenta de la correspondiente autorización.

### 2.1.1.5 Recomendaciones adicionales para los pagarés electrónicos

En el evento en que se opte por la emisión de un pagaré electrónico además de las recomendaciones anteriores, deberá prestarse particular atención al cumplimiento de los requisitos de la firma electrónica, con el fin de evitar posteriores discusiones sobre la autenticidad del título valor.

En tal sentido, es importante aclarar que cuando se imprime, firma, escanea y envía por correo electrónico un pagaré, no se está en presencia de un pagaré electrónico; el único documento que se considera original es el firmado manualmente, el cual debería ser remitido en físico al asegurador.

En el evento en que un asegurador desee implementar un sistema de pagarés electrónicos es recomendable que previamente se valide el sistema a implementar con un equipo experto en tecnología, con el fin de garantizar que cumpla con los requisitos legales, que se garantice la autenticidad de la firma electrónica y se establezca la forma apropiada para diligenciar el pagaré sin alterar la autenticidad del documento firmado. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario poner de presente que muchos programas informáticos (*software*) comúnmente utilizados en el mercado permiten enviar un documento para su firma electrónica por parte del tomador-contratista, cumpliendo con los requisitos exigidos por la legislación; estos programas emiten un certificado digital que dará certeza sobre la persona que suscribió el título valor.

### **2.1.1.6 Recomendaciones durante el proceso de ejecución de la contragarantía**

En el momento en que, con ocasión del incumplimiento del tomador-contratista, el asegurador se vea llamado a realizar el pago de la indemnización derivada del contrato de seguro y, en consecuencia, surja el derecho a subrogarse contra el contratista, es recomendable que se sigan las siguientes recomendaciones:

#### ● **Deber de conservación del pagaré**

Por tratarse de un título valor, al pagaré abierto le es aplicable el principio de incorporación, propio de este tipo de

bienes. En consecuencia, desde la fecha de emisión del pagaré y hasta el momento en que el mismo pretenda hacerse efectivo en un proceso judicial, será necesario que el asegurador conserve el título junto con la carta de instrucciones, dado que solo el documento original servirá como base para la estructuración de un proceso ejecutivo. Lo mismo ocurrirá con los pagarés electrónicos, los cuales deberán ser conservados en formato electrónico.

Cuando el asegurador delegue o subcontrate la conservación y tenencia de las contragarantías, o que sea el intermediario de la póliza el llamado a recibir el título valor, deberán establecerse cláusulas de indemnidad o estrictas políticas de cumplimiento que garanticen la adecuada conservación y entrega efectiva de la correspondiente contragarantía.

#### ● **Necesidad de adelantar un estudio de bienes**

Tan pronto se tenga conocimiento de un siniestro potencial, es recomendable que se realice un estudio de los bienes que puedan encontrarse en cabeza del obligado cambiario, esto es, del emisor del pagaré; ello debido a que no es inusual que durante el tiempo que transcurre entre el aviso de siniestro y la fecha de pago de la indemnización a cargo del asegurador transcurran varios meses, lo que puede afectar la situación patrimonial del deudor, bien sea como consecuencia del incumplimiento o porque se emplea, de forma fraudulenta, este periodo para declararse en insolvencia.

En esta medida, el conocimiento que el asegurador tenga de la situación patrimonial del deudor le ayudará en comprender de mejor manera los motivos que lo llevaron a incumplir, así como también a evaluar con precisión las herramientas con las que cuenta para conminarlo o ayudarlo a cumplir con su obligación y, en últimas, contará con un estudio actualizado de bienes que podrían ser perseguidos en el marco del proceso ejecutivo, a través de la solicitud de medidas cautelares.

### ● **El proceso de diligenciamiento del pagaré con espacios en blanco**

A la hora de diligenciar este título valor es necesario que el asegurador siga de forma estricta las instrucciones consignadas en la respectiva carta, de lo contrario, se arriesga a que el juez, en el proceso ejecutivo, reste eficacia al pagaré y ordene la terminación del proceso por ausencia de título ejecutivo. De presentarse esta situación, será necesario acudir a un proceso declarativo con el fin de ejercer la acción subrogatoria y se perderán las ventajas propias de la constitución de una contragarantía.

### ● **Carácter complejo del título ejecutivo**

Es necesario conservar los documentos que dan cuenta de la subrogación, entre ellos el contrato afianzado, la póliza, la orden de pago de la indemnización dada por el juez o la entidad pública correspondiente, el reclamo, los recibos de pago correspondientes y, en general, todos los documentos que justificaron el pago de la indemnización; puede ser necesario aportarlos en caso de que el contratista-deudor alegue medios de defensa relacionados con el negocio jurídico subyacente al título valor, como, por ejemplo, que el pago realizado por la aseguradora no fue válido y que no podría subrogarse en los términos del art. 1096 del Código de Comercio, por lo que no estaba facultada para llevar el pagaré.

Es importante resaltar que no se recomienda adjuntar los documentos a la demanda ejecutiva inicial. El pagaré, como título valor, presta mérito ejecutivo y, por ello, para que se libere mandamiento de pago únicamente es necesario presentarlo, junto con la carta de instrucciones; sin embargo, puede resultar necesario aportarlos en el evento en que el tomador-contratista presente excepciones relacionadas con el negocio causal.





### 2.1.1.7 Particularidades del pagaré electrónico

En relación con este tipo de pagaré, es importante tener presente que, desde el punto de vista teórico, el principio de incorporación propio de los títulos valores lleva a concluir que únicamente puede considerarse como original el mensaje de datos que contiene el pagaré y, por lo mismo, será dicho mensaje junto con sus certificaciones digitales de originalidad, firma y autenticidad las que deberán aportarse a la demanda ejecutiva. Una impresión del mensaje no prestará mérito ejecutivo.

Sin embargo, también debe reconocerse que, a la fecha, la Rama Judicial no cuenta con los medios tecnológicos o los conocimientos técnicos suficientes para leer todo tipo de mensaje de datos y comprender el alcance de la totalidad de las certificaciones emitidas. En tal sentido, para evitar que la demanda sea rechazada, es recomendable adjuntarle el mensaje de datos con sus certificaciones digitales y una versión impresa de la misma información.

## 2.1.2. Contragarantía de casa matriz o indemnity

Esta contragarantía está diseñada para aquellos casos en los que el tomador-contratista es una sociedad subsidiaria o una sucursal de otra persona jurídica con domicilio en el exterior. En estos eventos, y particularmente cuando el tomador-contratista no cuenta con suficiente patrimonio en Colombia, es usual que el asegurador exija que la matriz extranjera diligencie un título valor, generalmente un pagaré, obligándose a responder ante el asegurador en el evento en el que este deba pagar algún siniestro.

### 2.1.2.1 Recomendaciones durante la suscripción

De acuerdo con el artículo 646 del Código de Comercio, «los títulos creados en el extranjero tendrán la consideración de títulos-valores si llenan los requisitos mínimos establecidos en la ley que rigió su creación.» En tal sentido, previo a la recepción de una garantía de casa matriz como contragarantía, será necesario consultar las normas aplicables a la creación de títulos valores en el país de domicilio de la casa matriz; de lo contrario, no se verificarán los presupuestos para la validez del título valor y dicho documento no prestará mérito ejecutivo, por lo que será necesario promover un proceso declarativo contra la casa matriz.



En cualquier caso, es recomendable que se le solicite a la casa matriz que el documento sea expedido o firmado ante una autoridad y que posteriormente se realice el trámite de apostilla; el cumplimiento de estos requisitos puede facilitar el proceso de ejecución de la contragarantía en Colombia.

### **2.1.2.2 Recomendaciones durante la ejecución**

La ejecución de una contragarantía de casa matriz puede realizarse de dos formas:

#### **● Ejecución en el extranjero**

En la medida de lo posible, es recomendable acudir a la jurisdicción de la casa matriz para ejecutar la contragarantía, es el procedimiento más ágil al que puede recurrir el asegurador con el fin de recuperar el importe pagado; será necesario buscar asesoría en el país de suscripción del documento con el fin de evaluar las alternativas y los procedimientos que ofrece dicha jurisdicción a la hora de ejecutar los respectivos títulos valores.

#### **● Ejecución en Colombia**

Es posible adelantar el proceso de ejecución en Colombia e incluso, en el evento en que la casa matriz esté domiciliada en un país con el que Colombia haya suscrito un tratado internacional para el efecto, será posible

la práctica de medidas cautelares. Estos son los casos, por ejemplo, de Argentina, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay, con quienes Colombia suscribió la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares.

Sin embargo, una vez que se cuenta con la decisión judicial en la que se reconoce la existencia y exigibilidad de la obligación, en el evento en que la casa matriz no realice el pago de la obligación, la aseguradora deberá iniciar un proceso de ejecución en el país de domicilio de la casa matriz.

En el evento en que el asegurador opte por la ejecución de la contragarantía en Colombia, es necesario que se tenga presente que si la contragarantía se encuentra en un idioma diferente al castellano será necesario su traducción oficial.

### **2.1.3 Cartas de compromiso**

Las cartas de compromiso son una alternativa en desuso en el mercado asegurador; en un documento el tomador-contratista se obligaba para con el asegurador a pagar el valor de la indemnización o a reembolsárselo en el evento en que esta fuese pagada por la aseguradora. Por sus características, este documento no cumple con los requisitos para ser calificado como título valor y solo eventualmente puede ser considerado como un título ejecutivo que permita acudir directamente al proceso ejecutivo. Para que un documento sea

considerado un título ejecutivo, de acuerdo con el artículo 422 del Código General del Proceso, será necesario que la obligación contenida en el documento pueda ser calificada por el juez como una obligación clara, expresa y actualmente exigible, y que el documento pueda calificarse como plena prueba en contra del tomador-contratista.

La calificación de los requisitos anteriormente mencionados está a cargo del juez que conozca del proceso ejecutivo y, desde un punto de vista práctico, es importante resaltar que los jueces suelen ser altamente exigentes a la hora de calificar un documento como título ejecutivo; en esta medida es poco probable que un juez dicte un mandamiento de pago con base en un compromiso. Por lo anterior, estas cartas no ofrecen mayores ventajas al asegurador, al no cumplir con el principal objetivo de las contragarantías, esto es, servir como herramienta eficaz para que el asegurador pueda recuperar lo pagado por concepto de indemnización en un seguro de cumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos eventos en los que se suscriba un compromiso y la indemnización cuyo recobro se pretende sea inferior a 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes podrá recurrirse a un proceso monitorio, el cual es una especie de proceso declarativo que está previsto en los artículos 419 y siguientes del Código General del Proceso y se caracteriza por ser un procedimiento mucho más ágil que el proceso declarativo verbal; sin embargo, como en todo proceso declarativo de origen contractual, las medidas cautelares se encuentran limitadas a la inscripción de la demanda y las medidas cautelares innominadas.

## 2.2 Garantías reales

Además del pagaré abierto, en el mercado asegurador es usual que se recurra a la constitución de contragarantías reales; esto es, que el tomador constituya un derecho de garantía sobre un bien de su propiedad, con el fin de que este sirva de garantía en el evento en que la aseguradora se vea conminada a pagar. En concreto, suele recurrirse a tres tipos de contragarantías reales: las garantías mobiliarias, la fiducia en garantía y la hipoteca en garantía.

Este tipo de contragarantías tienen como principales ventajas que, en el caso de las garantías mobiliarias y la hipoteca en garantía, por tratarse de derechos reales que cuentan con el atributo de persecución, el bien dado en garantía puede ser perseguido por el asegurador sin importar que el mismo haya sido transferido a un tercero. Por su parte, en el caso de la fiducia en garantía, se tiene que, desde la constitución de la garantía, el bien sale del patrimonio del deudor-contratista e ingresa a un patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria que únicamente podrá utilizar y disponer del bien en el marco de las instrucciones que se le impartan.

A continuación, se desarrollan cada una de las contragarantías mencionadas:



## 2.2.1 Endoso en garantía de un título valor un título valor

El artículo 659 del Código de Comercio consagra la posibilidad de que el titular de un título valor lo endose en garantía a un tercero. Con base en esta disposición es usual que se endosen como contragarantías certificados de depósito a término (CDT) sobre sumas de dinero que el tomador-contratista constituye ante una entidad financiera.

En estos eventos, de acuerdo con el artículo 659 del Código del Comercio, se constituye un derecho prendario sobre el título valor y el endosatario, esto es, el asegurador adquirirá, además de los derechos de todo acreedor prendario, las facultades para el cobro que confiere el endoso en procuración.

La principal ventaja de esta contragarantía está asociada a su facilidad de ejecución, puesto que, como se indicó, el endosatario en

garantía cuenta con las mismas facultades del endosatario en procuración; en consecuencia, es posible acudir directamente al emisor del título para solicitar el pago, así, en el caso en que se haya endosado en prenda un CDT, el asegurador podrá acudir directamente al banco para solicitar su pago. La principal desventaja es que este tipo de endoso no implica una transferencia de la propiedad sobre el derecho incorporado al título valor, motivo por el cual el derecho aún puede ser embargado por otros acreedores. En lo que tiene que ver con el régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006, esta garantía permite ubicar al acreedor garantizado en el segundo orden de la prelación de créditos, sin embargo, el acreedor quedará vinculado al proceso de reorganización o liquidación y a las decisiones que allí se adopten.



### 2.2.1.1 Recomendaciones durante el proceso de suscripción

#### ● **Es necesario evaluar la suficiencia del derecho incorporado**

Por tratarse de un derecho sobre un título valor, opera el principio de incorporación, lo que implica que todos los derechos del asegurador como beneficiario estarán limitados a la suma de dinero o al valor de las mercancías expresamente consignado en el título valor. En este orden de ideas, antes de recurrir a este mecanismo será necesario cerciorarse de que dicha suma sea suficiente para cubrir cualquier indemnización que el asegurador se vea obligado a pagar.

#### ● **Deber de custodia**

El endoso en garantía, como cualquier otro tipo de endoso, supone la entrega material del documento, el cual deberá quedar en poder del asegurador, en calidad de beneficiario, quien tendrá el deber de custodia sobre del documento hasta el momento de hacerlo efectivo o de devolverlo al tomador-contratista.

En consecuencia, es recomendable seguir las recomendaciones relativas a la conservación de los pagarés.

### 2.2.1.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución

Como se precisó, el endosatario cuenta con todas las facultades de un endoso en procuración, por lo que puede acudir directamente al emisor para solicitar el pago del derecho incorporado en el título valor.

En el evento en que el emisor se niegue a pagar, el asegurador podrá promover un proceso ejecutivo contra el emisor del título, en el que solicite el pago respectivo.

## 2.2.2 Garantías mobiliarias

La Ley 1676 de 2013 define la garantía mobiliaria como:

*Toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.*

Adicionalmente, esta ley precisa lo siguiente:

*Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley.*

Por otro lado, también resulta relevante mencionar que el artículo 3 de la Ley precisa que la garantía mobiliaria puede recaer sobre cualquier tipo de bien susceptible de valoración económica, bien sea presente o futuro, razón por la cual existe un amplio grado de maniobra, creatividad y posibilidad de personalización a la hora de diseñar un programa de contragarantías con fundamento en esta figura.

La principal ventaja que ofrece la garantía mobiliaria es precisamente su maleabilidad, esto es, su capacidad de adaptación ante las particularidades de cada deudor. Así, por ejemplo, en el evento en que el deudor-contratista sea distribuidor de bienes, podría diseñarse un sistema de garantías mobiliarias en el que, en caso de incumplimiento, se entregue en anticresis uno de los locales comerciales utilizados por el deudor para la comercialización de dichos bienes y que el deudor-contratista tendrá la obligación de tomar en arrendamiento dicho local. También podría establecerse por esta vía una prenda sobre las marcas y demás signos distintivos del deudor-contratista.



Si bien los ejemplos anteriores muestran la maleabilidad propia de este tipo de garantía, lo cierto es que, en la práctica, las garantías mobiliarias continúan atadas a la noción de prenda sin tenencia propia del Código Comercio, las formas más comunes de garantías mobiliarias son la prenda sin tenencia sobre establecimiento de comercio y la prenda sobre maquinaria y equipo.

Además de la adaptabilidad de este tipo de garantías, de acuerdo con los artículos 50 y siguientes de la Ley 1676 de 2013, estas cuentan con un tratamiento especial en los procesos de reorganización y liquidación previstos por la Ley 1116 de 2006; en el inciso segundo del artículo 50 de esta ley se establece que si el contratista-deudor es admitido a un proceso de reorganización empresarial, el acreedor garantizado podrá solicitar al juez continuar adelantando o iniciar un proceso para ejecución de la garantía, siempre que se cumplan dos condiciones: i) que la garantía recaiga sobre bienes no necesarios para la actividad económica del deudor y ii) que los demás bienes del deudor «sean suficientes para asegurar el pago de las obligaciones alimentarias de los niños y las salariales y prestacionales derivadas del contrato de trabajo»<sup>4</sup>. Por su parte, el artículo 52 establece que los bienes en garantía de propiedad del deudor podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía siempre y cuando esta se encuentre inscrita en el registro de garantías mobiliarias.

La principal desventaja de recurrir al régimen de garantías mobiliarias como contragarantía está asociada al incremento de los costos y trámites administrativos que deben ser asumidos por el asegurador a la hora de suscribir este tipo de contragarantías. Adicionalmente, y dependiendo de la naturaleza del bien dado en garantía, es posible que el valor de este se vea seriamente afectado entre el momento de la suscripción del contrato de seguro y la fecha en que se haga necesaria la ejecución de la contragarantía.

<sup>4</sup> Condicionamiento impuesto por la sentencia C-145 de 2018.



### 2.2.2.1 Recomendaciones durante el proceso de constitución

De acuerdo con la Ley 1676 de 2013, la garantía mobiliaria puede surgir por ministerio de la ley o con ocasión de la suscripción de un contrato de garantía mobiliaria. En el caso de la contragarantía como consecuencia de la expedición de un seguro de cumplimiento siempre será necesario suscribir el respectivo contrato, el cual deberá contar con todos los requisitos previstos por la ley, los cuales varían dependiendo de la naturaleza del bien dado en garantía. Sin embargo, como mínimo, deberá contarse con los siguientes:

1. *Nombres, identificación y firmas de los contratantes.*
2. *El monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria.*
3. *La descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía.*
4. *Una descripción de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras, o de los conceptos, clases, cuantías o reglas para su determinación.<sup>5</sup>*

<sup>5</sup> Artículo 14 de la Ley 1676 de 2013..

#### ● Capacidad para la constitución de la garantía mobiliaria

Es necesario tener presente que, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 1676 de 2013, la garantía mobiliaria debe ser constituida por el titular del derecho de los bienes dados en garantía o por la persona que tenga la facultad para disponer de ellos o gravarlos.

#### ● Necesidad de registro

Para que la garantía mobiliaria sea oponible a terceros es necesario que la misma sea inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias administrado por la Confederación de Cámaras de Comercio (Confecámaras); este registro es diferente al que, por su naturaleza, pueda estar sometido el respectivo bien.

Los artículos 2.2.2.4.1.34. y 2.2.2.4.1.36. del Decreto 1835 de 2015, aplicables para el registro de derechos de propiedad intelectual y de vehículos automotores, establecen un régimen especial en virtud del cual el registro de la garantía mobiliaria es creado y modificado por el órgano encargado del registro especial, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio o el Registro Nacional de Tránsito. En todos los demás casos la garantía mobiliaria debe inscribirse directamente por el acreedor garantizado en el Registro de Garantías Mobiliarias, así lo indica el artículo 2.2.2.4.1.35. del Decreto.

### ● **¿Quién debe adelantar el registro?**

De acuerdo con el artículo 2.2.4.1.6. del Decreto 1835 de 2015, es el acreedor garantizado, en este caso el asegurador, o quien este autorice en calidad de administrador de la cuenta de usuario, el llamado a adelantar los trámites de registro de la correspondiente garantía; para ello deberá diligenciar el formulario de registro y pagar los costos asociados a la inscripción de la garantía.

Ahora bien, no existen normas que impidan que, mediante un acuerdo privado, se traslade el costo de dicho registro al garante, esto es, al tomador-contratista.

### ● **Prelación de garantías**

En primer lugar, si se trata de garantías mobiliarias sin tenencia, de acuerdo con la ley 1676 de 2013, la prelación de los acreedores seguirá el mismo orden cronológico en el que se hayan registrado dichas garantías sobre el mismo bien en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias.

Por su parte, cuando se trata de garantías mobiliarias con tenencia, que no requieren forzosamente registro, la prelación será en el orden cronológico en que se haya cumplido el requisito de oponibilidad, esto es, o la entrega del bien al acreedor garantizado con tenencia o el registro para el acreedor sin tenencia. Así, si una garantía

sin tenencia se inscribió antes de que se entregará garantía con tenencia a otro acreedor, el acreedor inicial tendrá prelación incluso sobre el acreedor garantizado con la tenencia.

Por último, cuando no exista ni registro ni tenencia de ninguna de las garantías, la prelación estará dada por el orden cronológico en que se hayan celebrado los contratos de garantía.

### ● **Los seguros sobre los bienes dados en garantía**

Si bien el artículo 18 de la Ley 1676 de 2013 establece como deber del garante «asumir los riesgos de destrucción, pérdida o daño de los bienes dados en garantía», es recomendable que el asegurador tome o exija al tomador-contratista adquirir un seguro de daños, con el fin de amparar los bienes objeto de la garantía mobiliaria.

En tal sentido, es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 13 de la misma ley, salvo pacto en contrario, la garantía mobiliaria se extiende a todos los bienes derivados de o atribuibles a los bienes originalmente dados en garantía, y el artículo 8 precisa que «los valores pagados a título de indemnización por seguros que protegían a los bienes sobre los que se había constituido la garantía» hacen parte del concepto de bienes derivados o atribuibles.

En este orden de ideas, si el bien dado en garantía es asegurado y este se pierde o destruye por algún motivo amparado en la póliza de daños, la indemnización que pague la aseguradora se entenderá gravada con garantía mobiliaria.

La posibilidad de exigir seguros o de solicitar al contratista-tomador que incluya al asegurador de cumplimiento como asegurado y beneficiario en la póliza de daños previamente contratada dependerá de la política de suscripción de cada compañía, sin embargo, se considera que su implementación constituye una buena práctica para evitar que la destrucción del bien traiga consigo la pérdida de la contragarantía.

### 2.2.2.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución

La ejecución de las garantías mobiliarias está sujeta a múltiples procedimientos, incluyendo, entre otros, la posibilidad de recurrir a mecanismos de pago directo con el bien, siempre que el mismo sea previamente avaluado por un perito inscrito en el registro que para tal efecto lleva la Superintendencia de Sociedades.

Es relevante indicar que, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013, el formulario registral de ejecución de la garantía tiene el carácter de título ejecutivo, en consecuencia, con este formulario el asegurador podrá promover un proceso ejecutivo para hacer efectiva la respectiva garantía.

Esta ley también establece un mecanismo especial que busca una ágil ejecución de las garantías, en la medida en que limita las excepciones que puede proponer el deudor-contratista a la hora de oponerse a la ejecución de la garantía, y faculta a las cámaras de comercio y a las notarías para adelantar el trámite de ejecución, de esta forma se evitan las dilaciones asociadas a los procesos judiciales.

Por último, el artículo 57 de la Ley confiere funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades para que esta conozca a prevención los procesos de ejecución de las garantías mobiliarias en aquellos casos en los que el deudor sea una sociedad sometida a su vigilancia. En este sentido, en el evento en que no sea haya pactado o no sea posible acudir a alguno de los mecanismos especiales previstos en la ley, será necesario evaluar la naturaleza jurídica del contratista-deudor, así como las características de las garantías emitidas, con el fin de evaluar la utilidad de recurrir a la Superintendencia de Sociedades para hacer efectiva la respectiva contragarantía.





## **2.2.3 Fiducia en garantía**

El artículo 1226 del Código de Comercio, establece que «La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más [sic] bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste [sic] o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.»

La principal ventaja que tiene la fiducia es que, en el momento en que el fideicomitente entrega los bienes al fiduciario, la universalidad de bienes o derechos sale del patrimonio del fideicomitente y con ellos se forma un patrimonio autónomo que debe ser administrado por una sociedad fiduciaria, quien únicamente tiene facultades para gozar y disponer de ellos con sujeción a las instrucciones que se le dicten.

Dadas estas características, el contrato de fiducia suele ser utilizado como un mecanismo de garantía en el cual se indica a la sociedad fiduciaria que deberá conservar e invertir los bienes que le son entregados durante un periodo determinado o determinable y que, en el evento en que el contratista-deudor incumpla con sus obligaciones, deberá transferir los activos que integran el patrimonio autónomo al acreedor garantizado.

Con la fiducia en garantía se evita que el deudor pueda disponer de los bienes y que estos sean perseguidos por terceros que no ostenten la calidad de beneficiarios del contrato de fiducia.

La principal desventaja de este tipo de garantía son los costos, por un lado, la comisión que cobra la sociedad fiduciaria por la administración del patrimonio autónomo y, por el otro, los costos propios de la constitución de este tipo de mecanismo, los cuales estarán parcialmente asociados a la naturaleza de los bienes fideicomitados, por ejemplo, bienes inmuebles, para los que será necesario que el contrato de fiducia conste en escritura pública.

Otra desventaja de este tipo de garantía es que, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 1116 de 2006, la exigibilidad de la fiducia en garantía constituida con bienes del deudor se ve suspendida si este es admitido en un proceso de reorganización y únicamente podrá continuarse con su ejecución cuando así se pacte en el acuerdo de reorganización y se cuente con la mayoría absoluta de votos a favor de los acreedores.

Por otra parte, de producirse la terminación del acuerdo de reorganización por incumplimiento del deudor, se restablece la preferencia y exigibilidad de la fiducia en garantía, sin embargo, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, la apertura del proceso de liquidación genera la terminación de «los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas.»

Sin embargo, con base en el párrafo del artículo 50 de la Ley 1116, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1038 de 2009, cuyo artículo 12 establece lo siguiente:

*Exclusión de la masa de la liquidación de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía. Para efectos de lo dispuesto en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley.*

Ahora bien, en nuestra opinión, la excepción prevista por el Decreto 1038 de 2009 no es aplicable a las fiducias en garantía que se utilicen como contragarantías derivadas de la celebración de seguros de cumplimiento, en la medida en que dichas fiducias no se celebran con el fin de que el deudor obtenga financiación; por esta razón de utilizarse como contragarantía de un seguro cumplimiento una fiducia en garantía, la misma estará llamada a extinguirse por el ingreso del deudor a un proceso de liquidación judicial.

### 2.2.3.1 Recomendaciones durante el proceso de constitución

#### ● **Estudio de los bienes fideicomitidos**

Es recomendable procurar que la mayor parte de los activos fideicomitidos se concrete en dinero o títulos de fácil inversión en el mercado, esto facilitará la elaboración de un plan de inversiones con cuyos rendimientos sea posible pagar la comisión de la fiduciaria y, en la medida de lo posible, se lograrán generar rendimientos financieros que nutran el patrimonio autónomo.

Es fundamental que, antes de la constitución de la fiducia, se identifiquen y analicen detalladamente los bienes que se pretenden transferir al fideicomiso; de tratarse de bienes inmuebles o de bienes muebles sujetos a registro, deberá adelantarse un estudio de títulos que dé cuenta de su estado jurídico.

#### ● **Necesidad de condicionar las instrucciones que pueden darse a la fiduciaria**

Por la naturaleza del contrato de fiducia, es el fideicomitente, esto es, el contratista-deudor, el llamado a dar las instrucciones que debe seguir la fiduciaria en la ejecución de su encargo. En este orden de ideas, es fundamental que antes de aprobar la contragarantía se realice una revisión detallada de las instrucciones impartidas y los órganos llamados a dictar o modificar dichas órdenes.

Es recomendable que el asegurador, en su calidad de beneficiario condicionado, cuente con la facultad de dar su opinión e incluso vetar la modificación de ciertas instrucciones que puedan afectar la garantía. También es importante que se pacte que el contrato de fiducia no podrá terminarse, por ninguna causa, sin el consentimiento del beneficiario condicionado.

Adicionalmente, es recomendable acordar que el fiduciario debe dar aviso al asegurador, en su calidad de beneficiario condicionado, del estado del patrimonio autónomo y, en la medida de lo posible, que cuando el patrimonio se encuentre por debajo de una determinada suma de dinero, el deudor-contratista tenga la obligación de financiarlo nuevamente.

Por último, es fundamental establecer, desde el momento de la suscripción del contrato, quién y en qué condiciones podrá hacer efectiva la garantía; es recomendable precisar que será el asegurador quien podrá solicitar la efectividad de su garantía y que para ello únicamente sea necesario aportar la orden de pago emitida por la entidad competente y el respectivo recibo de pago. Así, por ejemplo, en el caso de los seguros de cumplimiento estatales, puede establecerse que el asegurador podrá solicitar la efectividad de la contragarantía presentando a la fiduciaria el acto administrativo que hace efectiva la garantía única de cumplimiento y el recibo de pago de la indemnización.

Para tal efecto, debe tenerse presente que es usual que la sociedad fiduciaria emita un certificado de garantía donde conste el objeto de la fiducia, la irrevocabilidad del contrato, los documentos que deben ser aportados al momento de dar la instrucción de pago al beneficiario y los plazos en los que la sociedad fiduciaria realizará el pago.

### ● **Registro**

Una vez celebrado el contrato, es necesario adelantar el registro de este en el Registro Mercantil o en la oficina de registro correspondiente, según lo dicte la naturaleza de los bienes fideicomitidos. Este acto garantizará la oponibilidad del contrato a terceros.



### 2.2.3.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución

De encontrarse debidamente detalladas en el contrato de fiducia las condiciones que deberán acreditarse para hacer efectiva la contragarantía, no deben presentarse mayores inconvenientes a la hora de ejecutarla, solo será necesario cumplir con las condiciones que se indiquen en el certificado de garantía.

Sin embargo, se recomienda que se pacte que, antes de hacer efectiva la contragarantía, la fiduciaria tendrá el deber de vender y convertir en recursos líquidos todos aquellos activos diferentes a dinero que hagan parte del patrimonio autónomo, para ello se recomienda precisar que dicha obligación deberá ser cumplida en un plazo previamente pactado; de esta forma el asegurador se evitará discusiones relativas a la suma que es objeto de transferencia.

### 2.2.4 Encargo fiduciario

El encargo fiduciario es una modalidad particular de negocio fiduciario que no implica la transferencia de propiedad; por este motivo no nace un patrimonio autónomo. Bajo esta modalidad se transfiere únicamente la tenencia del bien para que la sociedad fiduciaria lo administre o realice determinadas actividades con base en las instrucciones suministradas por el fideicomitente.

Este encargo tiene más desventajas que la fiducia en garantía, puesto que, al no existir una transferencia de la propiedad, los acreedores del fideicomitente podrán perseguir los bienes entregados a la fiduciaria para su administración o inversión. En relación con su suscripción y ejecución, son aplicables todas las recomendaciones y salvedades expuestas para la fiducia en garantía.





## 2.2.5 Hipoteca en garantía

De acuerdo con el artículo 2438 del Código Civil:

*La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llega el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción.*

En consecuencia, este artículo permite que, desde la suscripción del contrato de seguro, se celebre un contrato de hipoteca sobre bienes inmuebles de propiedad del deudor-contratista o de terceros, con el fin de que dichos derechos reales de hipoteca se hagan efectivos en el momento en que sea necesario ejecutar la contragarantía. Adicionalmente, el artículo precisa que, de ocurrir la condición –que en este caso será que el asegurador deba pagar una indemnización como consecuencia del incumplimiento del deudor-contratista– la hipoteca se entenderá nacida desde la fecha de constitución del respectivo derecho real, es decir, desde la fecha en que se inscriba el contrato de hipoteca en la oficina de registro correspondiente.

La principal ventaja que ofrece esta contragarantía es que cuenta con los atributos de persecución y preferencia. En este orden de ideas, aun en el evento en que el propietario venda el inmueble el asegurador podrá perseguirlo y pagarse con él. También es importante resaltar que el asegurador podrá perseguir el inmueble aun cuando la venta haya sido realizada antes de que se produjera el incumplimiento del contrato garantizado.

De otro lado, la hipoteca puede constituirse de forma abierta, de forma tal que no es necesario limitar, al momento de la celebración del contrato, cuál es el valor máximo por el cual el bien inmueble está llamado a responder.

Las principales desventajas de este tipo de contragarantía están dadas por la dificultad de realización del bien, esto es, la dificultad que tendrá el asegurador para vender el inmueble una vez se haga efectiva la contragarantía y la ausencia de normas especiales en materia de reorganización empresarial y liquidación judicial.

En relación con este último aspecto, es necesario tener en cuenta que las obligaciones hipotecarias son consideradas como de tercera clase, en consecuencia, tienen prelación sobre todos los acreedores quirografarios, hasta por el valor del bien hipotecado.

### **2.2.5.1 Recomendaciones durante el proceso de suscripción**

#### ● **Estudio de los bienes hipotecados**

Antes de celebrar el contrato de hipoteca es necesario que el asegurador realice un análisis detallado del valor y estado del bien. Para tal efecto, es deseable que se realicen de forma separada un avalúo de bien, con el fin de identificar su valor y estado material, y un estudio de títulos que dé cuenta de los riesgos jurídicos asociados al inmueble.

Si en el estudio de títulos se identifica que el bien a hipotecar se encuentra previamente hipotecado, la hipoteca en garantía se denomina hipoteca de segundo grado y, antes de aceptar dicho bien, es necesario indagar y solicitar todos soportes que

acrediten el estado de la obligación garantizada mediante la hipoteca previa, esto es, la denominada de primer grado. En el evento en que la hipoteca de primer grado sea abierta, existe el riesgo de que el tomador-contratista contraiga nuevas obligaciones con el acreedor hipotecario, lo que abre la posibilidad de que el valor del bien hipotecado sea insuficiente para la recuperación de la suma pagada por el asegurador.

#### ● **Formalidades del contrato y su registro**

Por tratarse de un contrato en el cual se realiza un acto de disposición de un bien inmueble, es necesario que el mismo se eleve a escritura pública. Adicionalmente, para que surja el derecho real de hipoteca y el asegurador cuente con los atributos de persecución y preferencia, es necesario que dicha escritura sea registrada en el Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

#### ● **Necesidad de constituir un título ejecutivo**

Por su naturaleza, la sola existencia de un contrato de hipoteca no implica que exista un título ejecutivo; en consecuencia, es recomendable que este tipo de contragarantías se acompañen de un título que preste mérito ejecutivo, como un pagaré en blanco acompañado de una carta de instrucciones. Este pagaré podrá ser abierto o cerrado y en cualquier caso a su suscripción le son aplicables todas las recomendaciones indicadas en el capítulo sobre el pagaré como contragarantía.

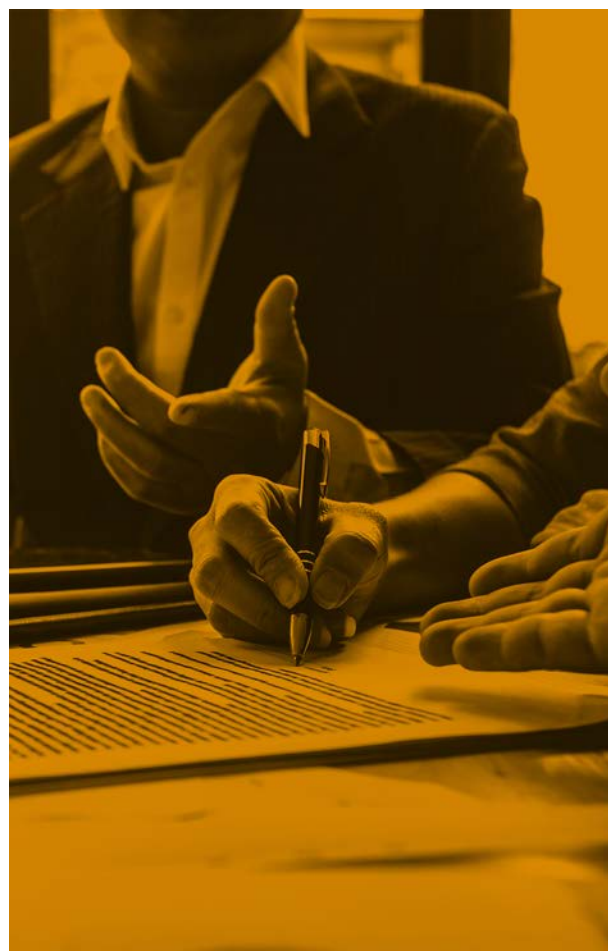
Ahora bien, se nos ha consultado sobre la siguiente situación: es usual que, por un tema asociado a la liquidación del impuesto de registro, las notarías exijan un documento que el que se determine el valor de la obligación; entonces, ¿qué dificultades tiene el indicar un valor inferior al valor asegurado en dicho documento? El tema está asociado a la modificación introducida por la Ley 2010 de 2019 al artículo 90 del Estatuto Tributario, la cual establece una serie de consecuencias tributarias por la declaración indebida del precio de la operación de enajenación de bienes raíces. Las consecuencias tributarias de la declaración indebida escapan al objeto de este documento; sin embargo, es posible afirmar que la existencia, validez y obligatoriedad de la contragarantía, en los casos en los que se recurra a la hipoteca, abierta o cerrada, por cuantía indeterminada, no se verá afectada como consecuencia de la declaración de un precio inferior. En los casos en los que se recurra a una hipoteca cerrada por cuantía determinada, el valor de la hipoteca estará limitado a aquel expresamente consignado en la escritura pública.

### 2.2.5.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución

La ejecución de esta contragarantía se regulará por las normas generales previstas en el Código General del Proceso; en consecuencia, el asegurador podrá recurrir al proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real y al proceso de efectividad de la

garantía real. En el primero de estos se persigue la adjudicación directa del bien hipotecado y en el otro el pago de la obligación con la venta del bien en subasta pública.

En cualquier caso, al momento de dar inicio al proceso es necesario que la demanda se acompañe de un nuevo avalúo y de un certificado emitido por la oficina de registro respecto de la propiedad del demandado sobre el bien inmueble perseguido y los gravámenes que lo afecten, dicho certificado debe tener una vigencia inferior a un mes, a la fecha de presentación de la demanda, razón por la cual se sugiere tramitarlo oportunamente.



# 3. Alternativas a las contragarantías tradicionalmente suscritas

---



Cualquier tipo de garantía o contragarantía debe cumplir con dos funciones específicas, una preventiva, al actuar «como medio de disuasión de la posible parte incumplidora»,<sup>6</sup> y una resarcitoria, al servir como «mecanismo de resarcimiento para el perjudicado por los daños causados en el supuesto de que se produzca el incumplimiento de un contrato.»<sup>7</sup>

Para efectos del presente escrito se propondrán y evaluarán una serie de contragarantías con base en su eficacia para cumplir con estas dos funciones; así mismo, se tendrán en cuenta los efectos que tendría sobre la garantía la admisión del deudor garantizado a un proceso de reorganización o liquidación judicial en los términos de la Ley 1116 de 2006.

Ahora bien, desde el punto de vista general, es necesario anotar que, en la práctica, solo existen dos alternativas para fortalecer la posición del asegurador o cualquier otro acreedor ante la admisión del deudor en un proceso de reorganización o liquidación: i) la posibilidad de perseguir el patrimonio de terceros o contar con derechos reales de garantía que le permitan ascender en el orden de prelación de créditos y ii) eventualmente, solicitar la exclusión de los bienes del correspondiente proceso en los casos en que la ley lo permite. En consecuencia, y de forma general, las garantías aquí propuestas se orientan principalmente a desarrollar estas dos ideas básicas.

Se destaca que el propósito del presente documento se limita a la sugerencia, explicación y evaluación de la respectiva contragarantía; las recomendaciones para su suscripción y ejecución serán objeto de análisis posterior.

Además de proponer figuras que puedan servir como contragarantías, se evaluarán algunas cláusulas contractuales que podrían incluirse en algunos contratos de seguro de cumplimiento, con el fin de facilitar el recobro de las sumas que la aseguradora se vea obligada a pagar.

## 3.1 Garantías personales

### 3.1.1 Pagaré suscrito o avalado por terceros distintos al deudor garantizado

Se estima que esta alternativa de contragarantía resulta supremamente beneficiosa, puesto que:

- Existirá un mayor número de patrimonios que respalden el pago por parte del contratista.

<sup>6</sup> Fernández Masiá, E. (enero-abril de 2014). Las garantías bancarias en el comercio internacional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVII, (139), 101-144 [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332014000100004](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000100004), p. 101.

<sup>7</sup> Fernández Masiá, E. (enero-abril de 2014). Las garantías bancarias en el comercio internacional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (139)

- El título valor es uno de los mecanismos más eficientes para que el deudor cumpla con sus obligaciones, sea por su propia voluntad o en el marco de un proceso ejecutivo.

En relación con esta contragarantía es importante resaltar que esta propuesta no incluye el hecho de que cuando el tomador-contratista es una estructura plural, esto es, un consorcio o unión temporal, debe considerarse una buena práctica que cualquier título valor utilizado como contragarantía sea suscrito por todos y cada uno de los integrantes de la estructura plural.

En efecto, no puede olvidarse que la capacidad contractual de los consorcios y las uniones temporales, dado que ellos no cuentan con personalidad jurídica, proviene de las previsiones que a ese respecto se consignan en la Ley 80 de 1993, relacionadas específicamente con contratos estatales. No hay norma en derecho privado que otorgue esa misma capacidad para celebrar contratos del derecho común, como tampoco para realizar otro tipo de actos jurídicos como si tuvieran personalidad. En ese sentido, para evitar discusiones al respecto, lo recomendable es que sus miembros procedan a suscribir, en su condición de tales, los documentos en los que consten las contragarantías que se exijan.

En relación con los principales terceros a los que se podría solicitar la suscripción del pagaré, lo más razonable es recurrir a los accionistas del deudor garantizado en los casos en los que este sea una persona jurídica.

No puede perderse de vista que, por ejemplo, de acuerdo con Colombia Compra Eficiente,<sup>8</sup> el 62 % de los contratos estatales son suscritos por mipymes<sup>9</sup> quienes, entre otras, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, pueden valerse de la experiencia de sus socios para acreditar su experiencia ante la entidad estatal. En tal sentido, resulta razonable que si la sociedad se vale de dicha experiencia para suscribir el contrato y el accionista está llamado a participar activamente en su ejecución, este último también comprometa su patrimonio en el evento de incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor garantizado.

Adicionalmente, esta alternativa permite garantizar la efectividad de los recobros frente a empresas de reciente creación, favoreciéndose de esta forma la emisión de seguros de cumplimiento a nuevos emprendimientos y sociedades jóvenes. Hay que tener en cuenta que la tasa de supervivencia empresarial en Colombia a cinco años es de aproximadamente el 42,9 %<sup>10</sup>, motivo por el cual la posibilidad de perseguir el patrimonio de los accionistas

<sup>8</sup> Ver: <http://occp.co/sites/all/files/EventoMipymesPreguntas-y-respuestas.pdf>

<sup>9</sup> Mipyme: acrónimo de micro-, pequeña y mediana empresa.

<sup>10</sup> Confecámaras. (2017). *Determinantes de la supervivencia empresarial en Colombia*. [https://www.confecamaras.org.co/phocadownload/Cuadernos\\_de\\_analisis\\_economico/Cuaderno\\_de\\_An%20%20B0lisis\\_Economico\\_N\\_14.pdf](https://www.confecamaras.org.co/phocadownload/Cuadernos_de_analisis_economico/Cuaderno_de_An%20%20B0lisis_Economico_N_14.pdf)

favorece la probabilidad de recobro efectivo y genera un desincentivo al abandono del contrato y de la sociedad. Ello es así en la medida en que, al vincularse los patrimonios de los accionistas, se difumina la separación patrimonial derivada del velo corporativo y el accionista, con la intención de proteger su patrimonio, procurará que sea el deudor garantizado quien pague los daños derivados del incumplimiento.

Las consideraciones anteriores llevan a concluir que esta alternativa de contragarantía resulta ideal para pequeñas empresas que no cuentan con un gran patrimonio para responder en el evento en el que se produzca el siniestro o en aquellos casos en los que el deudor garantizado no cuenta con historial con el asegurador, que le permita conocer en detalle su comportamiento contractual. En ese mismo sentido, habrá eventos en los que se advertirá que no es necesario acudir a esta figura, dada la solvencia y liquidez de quien obra como afianzado.

En cualquier caso, y se trata de otra ventaja adicional, al existir múltiples patrimonios los efectos de la admisión del deudor garantizado a un proceso de reorganización o liquidación no impedirá que el asegurador promueva o continúe con sus procesos ejecutivos contra los demás obligados. Así, con la presencia de varios obligados se mitigan, por lo menos en parte, los efectos negativos que pueden derivarse de un proceso de insolvencia.

Es importante finalizar precisando que esta contragarantía puede suscribirse con independencia del tipo societario que adopte el deudor garantizado; es decir, no importa si es una sociedad de personas (sociedad colectiva, sociedad limitada, etc.) o una sociedad de capital (sociedad en comandita por acciones, sociedad anónima, sociedad por acciones simplificada, etc.). Esta contragarantía lo que pretende es solucionar el problema que genera la limitación de responsabilidad del socio y el velo corporativo, con ella se permitiría perseguir el patrimonio de los socios en los términos del aval o del pagaré suscrito por ellos.

Así mismo, dependiendo de las características propias de cada deudor garantizado, podrán evaluarse qué otros terceros podrían tener interés en el contrato asegurado y, en consecuencia, quiénes podrían emitir un pagaré independiente o avalar el otorgado por el deudor garantizado.



### **3.1.2 Cartas de crédito stand-by o garantías a primera demanda para contratistas internacionales**

Cuando existe una matriz extranjera y se está en presencia de un contrato de suficiente envergadura que amerite incurrir en los costos propios de esta figura, la emisión de una carta de crédito o una garantía a primera demanda puede resultar una alternativa altamente beneficiosa para el asegurador, en la medida en que soluciona los problemas tradicionales asociados a la garantía de casa matriz o *indemnity*. Bajo cualquiera de estas dos figuras la casa matriz acudirá a un banco en su país de domicilio para solicitar que le conceda un crédito o le retenga una determinada suma de dinero. Con base en la suma que el banco retiene, este emitirá un documento en el que se precisarán las condiciones y los soportes que deberá acreditar el acreedor garantizado para reclamar el pago de los recursos retenidos por el banco. Adicionalmente, gracias a una serie de acuerdos interbancarios de carácter internacional, es usual que la suma reclamada

se pague directamente en Colombia a través de un banco local que puede operar como notificador, confirmante y pagador de la obligación.

La existencia de modelos internacionales diseñados por la Cámara de Comercio Internacional<sup>11</sup> (ICC, por su sigla en inglés), así como su empleo común en el comercio internacional hace que se trate de una herramienta cuyo uso como contragarantía derivada del contrato de seguro no genere mayores inconvenientes.

Esta alternativa será de utilidad para contratistas extranjeros, para sucursales y subsidiarias de compañías extranjeras que no cuenten con alto patrimonio en Colombia. Las principales ventajas asociadas al uso de este mecanismo es que con el mismo se evita la discusión sobre el carácter o no de título valor de la contragarantía de casa matriz,

<sup>11</sup> Uniform Customs & Practice for Documentary Credits (UCP 600).



derivada del uso de una legislación diferente. Adicionalmente, con este mecanismo se evitan las dificultades operativas relacionadas con el conflicto de jurisdicciones que puede originarse en la ejecución de la contragarantía.

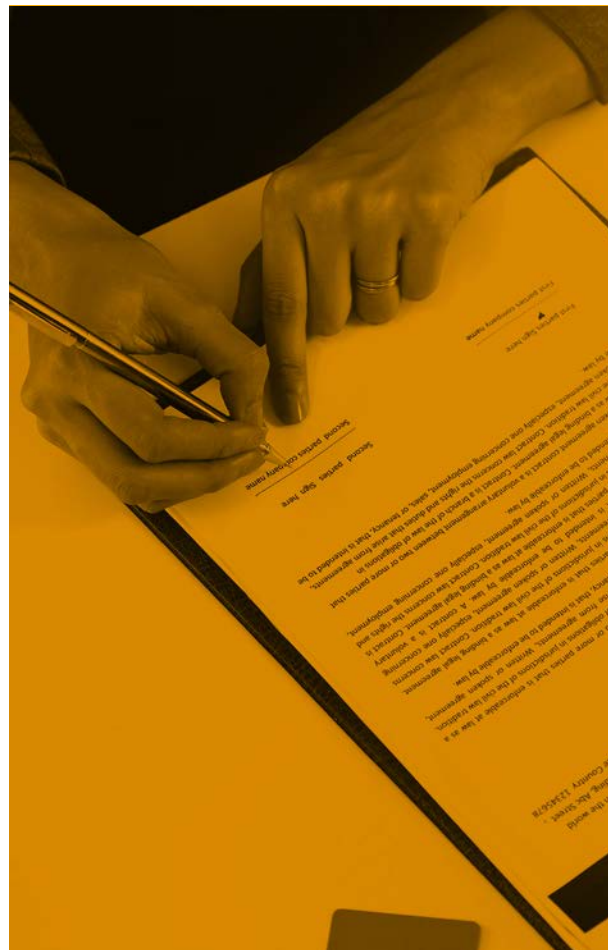
Bajo este sistema el único obligado por la contragarantía será el banco emisor, quien deberá pagar el valor indicado, bien sea directamente o a través de un banco local, comúnmente denominado banco pagador, sin poder oponerse a dicho pago presentando las excepciones que podrían ser propuestas por el deudor garantizado.

## 3.2. Garantías reales

### 3.2.1. Cesión en garantía de los derechos derivados del contrato asegurado

Una alternativa a la que podía recurrirse es la cesión de derechos derivados del contrato garantizado. Es importante resaltar que, conforme a las disposiciones de la Ley 1676 de 2013, la cesión de derechos en garantía es una especie de garantía mobiliaria, así lo establece el artículo 23 de la ley mencionada.

Esta cesión se puede hacer en dos momentos diferentes: i) desde la suscripción de la póliza puede realizarse una cesión de los derechos derivados del contrato asegurado, condicionada al incumplimiento del deudor



garantizado; a esta figura la denominaremos cesión condicionada, o ii) como es común que se utilice hoy en día, puede recurrirse a esta figura después de que la aseguradora ha pagado el siniestro, como mecanismo para recuperar los valores pagados. En este segundo tipo de contrato, al que podríamos llamar cesión simple, se corre el riesgo de que el deudor garantizado no quiera consentir la cesión, por este motivo, se recomienda que, de forma preferente, se recurra a cesión condicionada.

También es jurídicamente posible pactar una cesión de derechos que sea efectiva desde el momento de suscripción del contrato, sin sujetarla a ningún tipo de condición; esta figura termina siendo equivalente a la retención de sumas de dinero en garantía. En este evento, desde el inicio del contrato el asegurador retendría una suma líquida de dinero de los recursos que naturalmente el contratante le giraría al deudor garantizado, con el fin de que, de producirse un siniestro, pueda utilizar dichos recursos para pagar la indemnización o pueda reclamarlos muy rápidamente vía compensación de obligaciones. De no presentarse el incumplimiento, el asegurador reembolsaría las sumas retenidas al deudor garantizado. Sin embargo, es necesario reconocer que esta figura puede resultar excesivamente onerosa para el deudor garantizado, motivo por el cual se recomienda recurrir al modelo de cesión condicionada de derechos.

En la cesión condicionada, la condición que active la cesión debe redactarse en los términos más simples posibles para evitar discusiones con el contratante y con el contratista. En consecuencia, se sugiere que la activación de la cesión se condicione a que el asegurador realice el pago de algún siniestro con fundamento en la póliza de seguro; además, es importante resaltar que, para la seguridad del contratista y del asegurador, es recomendable que los derechos cedidos se limiten hasta el valor que sea necesario para cubrir el pago hecho por la aseguradora, debidamente actualizado.

De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1676 de 2013, las cesiones propuestas son válidas y surten efectos ante el deudor de la obligación cedida, esto es, frente al contratante, aun cuando se establezca una prohibición de cesión. Dicho artículo dispone:

*La garantía mobiliaria o cesión de un crédito en garantía surtirá efecto entre el garante o cedente y el cesionario o acreedor garantizado, así como frente al deudor del crédito, independientemente de la existencia de cualquier acuerdo mediante el cual se limite el derecho del garante o cedente a ceder, gravar o transferir el crédito.*

*Lo dispuesto en el presente artículo no exime de responsabilidad al cedente o garante para con el deudor del crédito, por los daños ocasionados por el incumplimiento de dicho acuerdo.*

*El cesionario o acreedor garantizado no incurrirá en responsabilidad alguna por el solo hecho de haber tenido conocimiento del mencionado acuerdo.*

En principio, y sin perjuicio del deber de registro de la garantía mobiliaria para hacerla oponible a terceros, estos tipos de contragarantías tienen como principal ventaja los bajos costos asociados a su suscripción; únicamente es necesario suscribir el contrato de garantía mobiliaria y cesión de créditos e informar el hecho al contratante cedido. Así mismo, para su ejecución, solo resulta necesario informar al deudor de su deber de realizar el pago al acreedor garantizado.

La cesión condicionada puede resultar útil cuando se aseguran contratos estatales de larga duración en los cuales es posible que se ordenen indemnizaciones derivadas de la imposición de multas o cláusulas penales al contratista, que deben ser pagadas por las compañías aseguradoras, sin que este solo hecho implique la terminación del contrato. Así, en estos casos, el asegurador podrá pagar la indemnización y recuperar lo pagado con las futuras facturas que presente el contratista al contratante. En el caso de la cesión simple previa a la suscripción de la póliza, el asegurador podría recurrir a los dineros retenidos para recuperar lo pagado.

En cualquier caso, debe tenerse mucho cuidado al momento de disponer la manera en que la cesión operaría, en la medida en que una excesiva carga para el afianzado puede redundar en que se dificulte el cumplimiento del contrato, lo que podría impedir que se recuperara la totalidad de los valores adeudados por el afianzado y, aún peor, generar un incumplimiento grave que podría traducirse en un nuevo siniestro cubierto por el seguro. En ese sentido, se insta a que la utilización de esta garantía no entorpezca la ejecución contractual.

En relación con la cesión condicionada, la principal desventaja de este tipo de operación es que puede no resultar eficaz en los incumplimientos graves, pues en estos casos

es usual que se produzca la terminación del contrato por incumplimiento o incluso que se caduque el contrato, si el Estatuto de Contratación Pública lo permite. En esos eventos las consecuencias económicas para el contratista pueden ser de tal naturaleza que es probable que no le queden saldos a favor que puedan ser reclamados por la compañía aseguradora de cumplimiento. Ahora bien, si tales saldos existen, el mecanismo mantiene su operatividad en relación con los derechos. Se anticipa desde ya que, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013, este tipo de contrato es calificado como una garantía mobiliaria, en consecuencia, para que se produzcan efectos frente a terceros, incluyendo la prelación de créditos y la posibilidad de excluir las sumas de la masa de liquidación del deudor garantizado, será necesario que el contrato sea inscrito como garantía mobiliaria.

Por último, una desventaja adicional de esta contragarantía es que, por su esencia, únicamente está llamada a operar antes de la liquidación del contrato o, para ser más precisos, siempre que se le adeuden sumas al deudor garantizado. En consecuencia, la contragarantía no es útil para respaldar los amparos poscontractuales o para proteger el patrimonio del asegurador cuando el reclamo derivado del amparo de cumplimiento se presenta con posterioridad a la liquidación del contrato.



### **3.2.2. Cesión condicionada de derechos económicos derivados de contratos diferentes al contrato asegurado**

Existe la posibilidad de que cuando se produzca el incumplimiento del contrato asegurado no existan saldos a favor del contratista, por esto es importante diseñar un esquema de contragarantías en el que se cedan los derechos económicos derivados de otros contratos en los que participe el deudor garantizado.

Desde el punto de vista jurídico, esta modalidad de contragarantía será idéntica a la cesión de derechos surgidos del contrato asegurado; sin embargo, desde el punto de vista práctico, se evita el riesgo de asociar la contragarantía a la existencia de saldos, presentes o futuros, a favor del contratista en un contrato que ha incumplido.

En este orden de ideas, el diseño de esta contragarantía permite al asegurador asumir la posición de acreedor en uno o varios contratos en los que el contratista posiblemente no haya incumplido.

Por oposición a la cesión condicionada de derechos del contrato asegurado, esta contragarantía puede ser útil para recuperar las indemnizaciones cuando los saldos adeudados al deudor garantizado sean insuficientes para que la aseguradora recupere lo pagado. Adicionalmente, esta contragarantía puede servir para recuperar valores pagados en relación con amparos poscontractuales, si el contrato a que se refiere la cesión va a terminar cierto tiempo después del contrato asegurado. Así, por ejemplo, en el caso de una empresa dedicada a la contratación estatal que tenga suscritos múltiples contratos con el Estado, la declaratoria de caducidad del contrato asegurado traerá como consecuencia la imposibilidad de continuar con la ejecución de todos los demás contratos estatales en los que posiblemente no haya incumplido y cuente con saldos a favor; en este caso, si los derechos económicos derivados de dichos contratos se encuentran cedidos en garantía, el asegurador podrá recuperar lo pagado, con los saldos a favor del contratista que subsistan al momento de la terminación o cesión de los demás contratos estatales.



### **3.2.3. Garantía mobiliaria abstracta sobre cuentas por cobrar**

De la mano de las dos anteriores alternativas, la Ley 1776 de 2013 permite, de forma abstracta, la cesión en garantía de cuentas por cobrar, sean presentes o futuras. En efecto, el segundo y tercer inciso del artículo 24 de la ley establecen lo siguiente:

*Será válida la garantía sobre créditos o cesión de varios créditos en garantía, créditos futuros, una parte de un crédito o un derecho indiviso sobre tal crédito, siempre y cuando estén descritos como créditos objeto de la garantía o de la cesión en garantía o sean identificables.*

*En el caso de créditos futuros, la identificación deberá realizarse en el momento de celebrarse el acuerdo en garantía o cesión en garantía.*

En este orden de ideas, es posible constituir una contragarantía más o menos abstracta en la que se cedan en garantía, en favor del asegurador, una parte o la totalidad de las cuentas por cobrar de las que sea titular el deudor garantizado.

La principal dificultad de esta contragarantía está asociada a la necesidad de identificar los créditos objeto de la garantía, particularmente al momento de la ejecución; sin embargo, pueden diseñarse mecanismos para facilitar el acceso a dicha información, como la presentación de estados financieros periódicos que permitan al asegurador hacerse una idea del estado de las cuentas por cobrar. Adicionalmente, en el evento en que, por la naturaleza de su actividad, el deudor garantizado celebre y mantenga múltiples contratos de ejecución sucesiva, pueden identificarse con facilidad las obligaciones, incluso desde la misma suscripción de la contragarantía.



### **3.2.4. Tráferencia de la nuda propiedad sobre determinados bienes bajo condición resolutoria**

Una alternativa que puede resultar altamente eficiente para proteger el patrimonio del asegurador es el traspaso o transferencia de la propiedad sobre determinados bienes bajo la condición resolutoria.

Bajo este sistema, el deudor garantizado, al momento de la suscripción de la póliza, transfiere el derecho de propiedad o la nuda propiedad de un determinado bien al asegurador, sin embargo, los efectos de dicha transferencia estarán llamados a retrotraerse en el evento en que al finalizar un periodo determinado no se produzcan reclamos; dicho término puede asociarse a la terminación del contrato asegurado o al cumplimiento del término de prescripción del contrato de seguro.

Ahora bien, reconociendo que no es el interés de las partes privar al deudor garantizado del uso del bien, particularmente cuando el mismo puede resultar necesario para la actividad económica de este, se propone que únicamente se transfiera la nuda propiedad sobre el bien, permaneciendo los derechos de uso y goce en cabeza del deudor garantizado. Como alternativa, también sería posible transferir la propiedad plena al asegurador y suscribir un contrato de comodato que faculte al deudor garantizado a utilizar dicho bien. La selección de la opción a implementar estará principalmente asociada a las consecuencias tributarias de su implementación.

Esta contragarantía es una medida que puede resultar particularmente onerosa para el asegurador, puesto que al tener la nuda propiedad o la propiedad plena del bien deberá asumir las cargas tributarias del mismo; no obstante, con la transferencia de la tenencia mediante el contrato de comodato o la transferencia de los derechos de uso y goce a través del usufructo se pueden disminuir las cargas tributarias y los gastos de conservación y mantenimiento del bien dado en garantía.

Ahora bien, de implementarse esta medida será necesario precisar que, en el evento en que el asegurador deba realizar un pago, para garantizar el respeto a las reglas de la subrogación, si la indemnización pagada por la aseguradora es inferior al valor del bien, será necesario que la aseguradora pague al deudor la diferencia; este pago puede realizarse, por ejemplo, una vez sea comercializado el bien como salvamento.

El hecho de que la titularidad de un bien permanezca en cabeza del asegurador lo pone al en una excelente posición para la negociación con el deudor garantizado. Adicionalmente, por haberse transferido de forma anticipada la propiedad sobre el bien, en el evento en que el deudor garantizado sea admitido en un proceso de reorganización empresarial o liquidación judicial, el bien entregado a título de contragarantía no podrá ser considerado

como parte del patrimonio del deudor y la aseguradora contará con la facultad de disponer de dicho bien con plena libertad.

Así mismo, en caso de que el asegurador sea obligado a pagar la indemnización y el deudor garantizado solicite que se le permita seguir usando el bien, será posible buscar acuerdo como la celebración de un contrato de arrendamiento en el cual el asegurador entienda que los cánones pagados por el deudor garantizado se imputan al proceso de recobro y que, una vez sean suficientes para reembolsar el valor de la indemnización pagada, el asegurador procederá a transferir nuevamente la propiedad.

### **3.2.5. Fiducia de administración, pagos y garantía**

Esta modalidad de contragarantía se basa en la estructura de las cuentas o contratos escrow utilizados comúnmente en el derecho corporativo.

Con fundamento en esta estructura es posible diseñar una fiducia de administración y garantía que se nutra de los recursos del contratista, bien sea con una parte de los derivados del contrato asegurado o de otros recursos que pueda entregar el contratista. Así, por ejemplo, puede establecerse que una porción determinada de los fondos recibidos al contratista, que a modo de ejemplo puede ser el 5 %, sea transferida directamente al patrimonio autónomo, para que sirva como



garantía de las obligaciones que la aseguradora pueda verse obligada a asumir. Sin duda, la principal desventaja de esta son los costos de operación y la posible renuencia del contratista a la implementación de un sistema que retrase la obtención de sus utilidades.

Por otra parte, si la fiducia se diseña para nutrirse exclusivamente con los recursos derivados del contrato afianzado, en el evento en que el incumplimiento se produzca en la etapa inicial del contrato es poco probable que el patrimonio autónomo cuente con recursos suficientes para que el asegurador pueda recobrar la totalidad de la suma pagada.

Es obvio que uno de los propósitos de la fiducia que se propone es que sirva como mecanismo para garantizar la recuperación de los valores que la aseguradora pueda llegar a pagar, sin embargo, nada impide que se establezcan propósitos adicionales, como la inversión de los recursos o el pago directo a los proveedores del contratista garantizado, por eso en ocasiones se permite que la fiducia se encargue de la administración de los recursos, y los invierta de acuerdo con las instrucciones generales provistas por la aseguradora y por el contratista, los rendimientos que se generen serían de propiedad del contratista. De establecerse estas posibilidades puede pactarse un límite al valor que se entiende como objeto de la garantía, para que de esta forma el contratista garantizado pueda disponer de los demás recursos libremente sin afectar la contragarantía.

Las disposiciones previstas en el numeral 4 del artículo 43 y el artículo 50 de la Ley 1116 suponen un gran riesgo para esta figura, en la medida en que dichos artículos establecen la suspensión de la fiducia en garantía durante el proceso de reorganización y su extinción durante el proceso de liquidación. Sin embargo, este riesgo puede ser mitigado siempre que la fiducia no se limite a servir como garantía y se incluyan objetivos adicionales como las funciones de inversión, administración y pagos. Sin embargo, pero no puede desconocerse el riesgo jurídico antes expuesto.

De otro lado, con el fin de disminuir los costos de la estructura propuesta, es viable que en los contratos estatales se emplee el mismo contrato de fiducia para el manejo del anticipo y para la administración, pagos y garantía de las demás operaciones contractuales. Esto es posible porque el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 no establece que el contrato de fiducia deba tener un único objeto. En este evento únicamente será relevante que se establezcan de forma clara e independiente las instrucciones aplicables a los recursos relacionados con el buen manejo y correcta inversión del anticipo y aquellas relacionadas con la administración, pago y garantía de los demás recursos. En otras palabras, el patrimonio puede tener varias subcuentas, cada una de ellas con un propósito específico, de manera que no se confundan recursos del anticipo con los que no tienen ese carácter, lo cual contravendría las disposiciones legales.



### **3.2.6. Prenda o garantía mobiliaria sobre acciones**

Una alternativa que puede resultar eficiente para los eventos en los que el deudor asegurado sea una sociedad que haga parte de un grupo corporativo es solicitar que la contragarantía se concrete en la prenda sobre acciones de una de las sociedades subsidiarias, la cual puede estar produciendo utilidades con independencia de los hechos que llevaron a otra sociedad a incumplir con sus obligaciones.

Si esta contragarantía es adecuadamente suscrita, se generará un incentivo para que la sociedad matriz, que en últimas sería la sociedad llamada a constituir la contragarantía, tome todas las medidas necesarias encaminadas a no perder el control de la sociedad cuyas acciones cedió en prenda. Además de lo anterior, el asegurador podrá vender dichas acciones a la casa matriz

o a un tercero con el fin de recuperar la suma pagada y, mientras se concreta la venta, podrá percibir las utilidades derivadas de la sociedad cuyas acciones fueron transferidas.

La adecuada suscripción de este tipo de contragarantía debe partir de un análisis detallado de la estructura del grupo corporativo, con el fin de evitar que se adopten decisiones que puedan afectar la solvencia de la subordinada.

Sin perjuicio de que se trata de una alternativa novedosa para proteger el patrimonio del asegurador, es de difícil implementación; en consecuencia, si bien es relevante esbozar sus características básicas, esta opción no se desarrollará en este documento.



### 3.2.7. Prenda o garantía mobiliaria sobre derechos de propiedad intelectual

Cada vez es más común que los derechos sobre bienes inmateriales, bien sea derechos de propiedad industrial (como el nombre comercial, la marca, los signos distintivos y las patentes o modelos de utilidad), o derechos económicos derivados de los derechos de autor (particularmente software, aplicaciones móviles, etc.) sean el activo más importante de una sociedad.

En estos casos puede resultar de utilidad suscribir un contrato de prenda o garantía mobiliaria sobre dicho bien. Una contragarantía sobre este tipo de activos puede servir como un excelente mecanismo para motivar al deudor garantizado a asumir directamente el pago de la obligación, puesto que el objeto de la garantía es uno de los activos más importantes para la operación de su negocio, aun cuando no necesariamente sea el más valioso desde el punto de vista estrictamente patrimonial. Al igual que otras alternativas, se trata de una opción de difícil implementación, por lo que tampoco se desarrollará a profundidad en el presente documento.

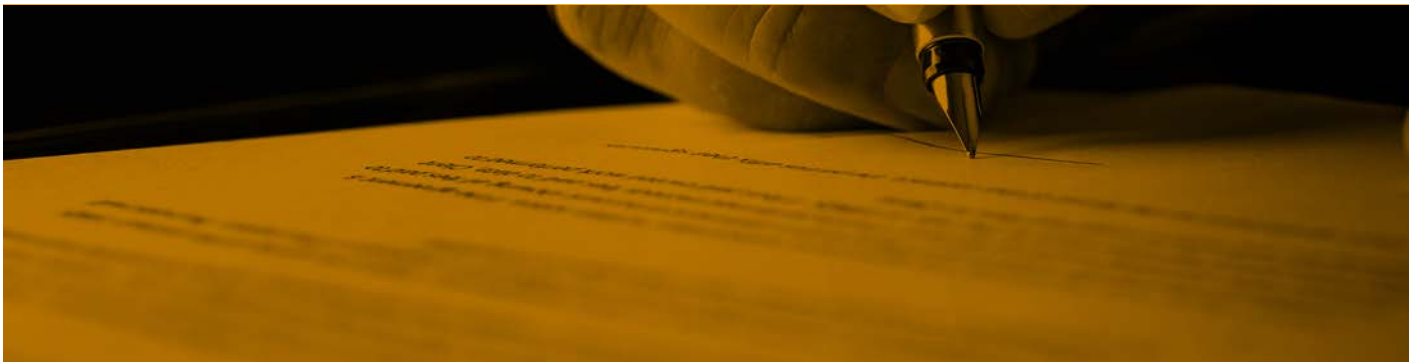
## 3.3. Cláusulas contractuales

Al margen de la constitución de contragarantías, la inclusión de una serie de disposiciones en las condiciones generales o particulares de los contratos de seguro puede llegar a facilitar el recobro de las sumas que la aseguradora se pueda ver obligada a pagar.

En tal sentido, en los contratos de seguro de cumplimiento entre particulares podrían incluirse algunas garantías, en los términos del artículo 1061 del Código de Comercio.

En principio, estas garantías no tendrían aplicación en la garantía única de cumplimiento, toda vez que el artículo 2.2.1.1.3.2.6. indica que:

*La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista.*



Sin perjuicio de su aplicación limitada en los seguros de cumplimiento que cubren la ejecución de contratos regidos por el Estatuto General de Contratación Pública, las cláusulas contractuales pueden resultar de utilidad en los contratos de seguros en favor de particulares, en los que su inclusión sí es posible.

### **3.3.1. Los subcontratos deben contar con sus propias pólizas cumplimiento**

Puede pactarse como garantía que el tomador y el asegurado tendrán el deber de exigir pólizas de cumplimiento a sus subcontratistas. Con la inclusión de esta disposición, de producirse un incumplimiento de un subcontratista que pueda implicar la afectación de la póliza del contratista, el asegurador podrá solicitar al contratista garantizado que afecte la póliza de cumplimiento tomada por el subcontratista.

### **3.3.2. Incluir cláusulas *back to back* de las sanciones que llegare a imponer la entidad contratante**

Este tipo de cláusula consiste, básicamente, en que los contratos que el contratista celebre con sus subcontratistas («subcontratos») dependan de la ejecución del contrato celebrado entre el contratista y la entidad («contrato principal»), sus términos contractuales y las situaciones que se presenten respecto de este<sup>12</sup>.

Se recomienda exigir que el contratista pacte en los subcontratos una cláusula *back to back*, la cual contenga las siguientes obligaciones:

- a. Si el contratante impone una sanción al contratista por los trabajos ejecutados por el subcontratista, este último deberá sufragar el valor de la sanción; suma que en todo caso podrá ser descontada de los montos que aquel adeude a este.
- b. Todas las obligaciones del contrato principal que se encuentren relacionadas con el subcontrato deberán ser ejecutadas en los mismos términos establecidos en el contrato principal.

<sup>12</sup> «[A] contracting party has to, in the anterior contract, assume responsibility not just for the losses identified with itself, but also for the losses of the parties below it on the chain. However, in the posterior contract, it will require to be indemnified and held harmless by its subcontractor in respect of all losses identified with the subcontractor, and any subcontractors lying down the chain at whatever level. Equally, in the posterior contract, the subcontractor will demand an indemnity and hold harmless clause from the contractor in respect not just of the contractor's losses, but also those of the parties lying above him in the chain.» En: Back to back indemnities: benefits and potential dangers, I.E.L.R. 2015, 6, 248-250, 249

- c. Toda suma que llegare a adeudar el contratista a la aseguradora, por virtud de la subrogación podrá ser cobrada directamente al subcontratista; siempre y cuando dicha sanción se haya impuesto con ocasión del incumplimiento de sus obligaciones.

La introducción de las cláusulas back to back, como especie de cláusula de indemnidad detallada y precisa, acompañada de la inclusión del deber de reembolso a la aseguradora del contratista, puede fomentar la efectividad de estas disposiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario recordar que, por regla general, los subcontratos son contratos suscritos entre particulares, motivo por el cual las controversias que puedan suscitarse con ocasión de estas cláusulas deberán ser resueltas judicialmente, en la medida en que el deudor garantizado no cuenta con las mismas facultades que puede tener el contratante original.

## 3.4. Comentarios adicionales del capítulo

En el presente capítulo se plantearon varias alternativas de contragarantías que tienen diversas probabilidades de éxito. La selección de una u otra deberá basarse en las características del deudor garantizado, el contrato asegurado, el apetito de riesgo del asegurador y sus políticas de suscripción.

Sin duda, ninguno de los sistemas propuestos está libre de críticas y, al ser varios de ellos claramente novedosos, no es posible anticipar la forma en que serán recibidos por los deudores garantizados, los asegurados (particularmente las entidades estatales) y la jurisdicción. Sin embargo, se reitera que las contragarantías que fueron propuestas procuran ante todo cumplir por lo menos una de las funciones primordiales de este tipo de instrumentos: una preventiva, otra resarcitoria.

En el siguiente capítulo se desarrollarán las particularidades de cada una de esas garantías, con las recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta durante su suscripción y ejecución.



# 4. Previsiones que se deben tener en cuenta en la implementación de las alternativas a las contragarantías tradicionales

---

En el capítulo anterior se plantearon algunas alternativas a las contragarantías usualmente empleadas por el mercado asegurador; se esbozaron las características básicas de estas alternativas y algunas ventajas o desventajas asociadas a cada uno de los tipos de garantía propuestos. En esta sección se escogieron aquellas alternativas que Fasecolda considera más eficaces. Para la selección de este grupo de contragarantías se tuvieron en cuenta, entre otros, los siguientes factores: la facilidad de su implementación, los costos asociados a su constitución y su facilidad de ejecución.

Así, el objeto del presente capítulo es ofrecer algunas recomendaciones para su suscripción y ejecución. En vista de que en el capítulo anterior se indicaron las características básicas y principales ventajas y desventajas de las alternativas que ahora se desarrollan, se retomará el análisis de las mismas, con enfoque en las recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta durante el proceso de suscripción y ejecución, dejando de lado las características de cada una de ellas.

## 4.1 Garantías personales

### 4.1.1 Pagaré suscrito o avalado por terceros distintos al deudor garantizado

En relación con esta contragarantía, es necesario diferenciar la suscripción de un pagaré con el aval de este. En la suscripción la alternativa propuesta consiste en sujetar la expedición de la póliza de cumplimiento a que una persona, ya sea un accionista o tercero, emita un pagaré autónomo e independiente a cualquier otra contragarantía que pueda ofrecer el deudor garantizado. En este evento el negocio causal que da origen a la emisión del

título valor continuará asociado a la expedición de la póliza en favor de un tercero y, en últimas, la suscripción de dicho pagaré implicará que el emisor se obliga solidariamente con el deudor garantizado a responder por las sumas de dinero que tengan como origen el derecho a la subrogación que le asiste al asegurador.

En relación con el aval, el artículo 633 del Código de Comercio establece que mediante esta figura «se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título-valor», de allí que pueda afirmarse que, mediante el aval, un tercero, denominado avalista, se obliga a responder, total o parcialmente, por el derecho contenido en un título valor emitido por un tercero. Es decir, que el aval siempre supone la existencia de un título valor preexistente. Ahora bien, el aval no supone que el avalista se obligue en los mismos términos que el deudor cambiario avalado. Los artículos 635 y 637 del Código de Comercio precisan que el avalista puede limitar su responsabilidad a la obligación de única persona o a una suma inferior a la indicada en el pagaré. Sin embargo, para que se presente cualquiera de estas limitaciones será necesario que así se indique expresamente en el aval, de lo contrario se entenderá que el avalista se obliga por todas las obligaciones de todos los deudores cambiarios que lo preceden en la cadena de endoso.

La selección entre la emisión de un pagaré autónomo por parte del socio o de un tercero o el aval dependerá de la política de suscripción del asegurador, las características del deudor garantizado y del tercero que suscribirá el pagaré u otorgará el aval. Las implicaciones de cada selección serán explicadas a lo largo de los numerales subsiguientes.



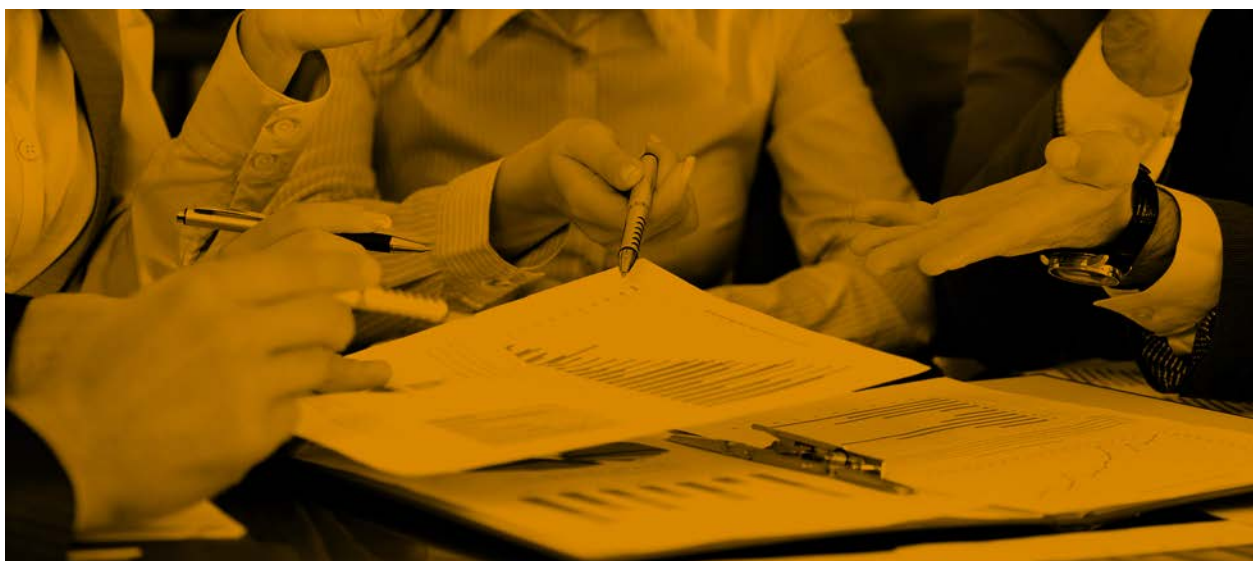


Ahora bien, con ocasión de la remisión preliminar de este documento, es preciso profundizar en las particularidades asociadas al tratamiento recomendado en aquellos casos en los que el deudor garantizado es una estructura plural, bien sea un consorcio o una unión temporal. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que «generalmente los asociados en una estructura plural sin personería (consorcios o UT) buscan limitar su participación no solo en el contrato, sino también en el eventual siniestro, al igual que sus casas matrices.»

En tal sentido, es necesario destacar que se considera una buena práctica en materia de contragarantías exigir que cuando se recurra al pagaré como modalidad de contragarantía, todos y cada uno de los integrantes de la estructura plural lo diligencien. El establecer o no una limitación de la responsabilidad en función del porcentaje de participación de los integrantes en la estructura plural corresponde a una decisión que debe adoptar

cada asegurador con base en sus políticas de suscripción. Sin embargo, es recomendable que la responsabilidad de los participantes de la estructura plural ante el asegurador se materialice en la misma forma que la responsabilidad de estos frente al contratante, es decir, aplicando plenamente la solidaridad ante los consorcios y replicando las reglas del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 en caso de las uniones temporales. De esta forma se maximiza la probabilidad de recuperación del dinero pagado por el asegurador y se evitan discusiones entre el deudor garantizado y el asegurador respecto de cuál o cuáles de los miembros de la estructura plural está obligado a responder ante el asegurador y cuáles no.

Adicionalmente, es preciso evaluar si existe la posibilidad de que, en términos generales, la participación de los integrantes de la estructura plural en el contrato garantizado sea automáticamente la misma de la contragarantía, para que cualquier cambio en la participación de los integrantes se refleje





en la contragarantía sin incurrir en costos administrativos. En relación con este punto, la única forma de lograr dicho objetivo es que el pagaré sea suscrito por el consorcio o la unión temporal y no por sus integrantes, de esta forma la cesión del contrato consorcial implicaría la cesión de la obligación derivada del pagaré. Sin embargo, no se recomienda recurrir a esta alternativa, ya que esta situación convierte al pagaré en un título ejecutivo complejo que requerirá acompañarse del acuerdo consorcial para ser considerado como un título ejecutivo y, adicionalmente, no puede perderse de vista que la estructura plural no cuenta con un patrimonio propio que pueda ser perseguido por el asegurador.

#### 4.1.1.1 Recomendaciones durante el proceso de suscripción

- **En el evento en que se decida suscribir un pagaré autónomo deberá precisarse cuál es la causa que da origen al título valor.**

Cuando el asegurador exija la suscripción de un título valor autónomo es recomendable que se indique expresamente, en un documento aparte o en la carta de instrucciones del pagaré, la causa que da origen al título valor. Así, es recomendable que se indique que el pagaré podrá ser diligenciado y cobrado en el evento en que el asegurador se vea obligado a pagar alguna suma de dinero

con ocasión de las pólizas de cumplimiento tomadas por el deudor garantizado, en la medida en que el emisor de este pagaré se obliga a responder de forma solidaria con dicho deudor por cualquier indemnización que el asegurador deba pagar con ocasión de la expedición de una o varias pólizas de cumplimiento tomadas por el deudor garantizado.

- **En el evento en que se decida recurrir al aval del título valor será necesario identificar plenamente el título valor que se está avalando**

De acuerdo con la legislación mercantil, el aval puede darse de dos formas, la primera de ellas consiste en que el avalista firma el título valor y mediante el uso de expresiones tales como «avaló», «por aval» o alguna similar indica expresamente su intención de avalar a uno o a varios de los obligados cambiarios. La segunda alternativa consiste en que, en un documento independiente, el avalista manifiesta expresamente su intención de avalar a un obligado cambiario en un título valor determinado. En efecto, el artículo 364 del Código de Comercio dispone:

*El aval podrá constar en el título mismo o en hoja adherida a él. Podrá, también, otorgarse por escrito separado en que se identifique plenamente el título cuyo pago total o parcial se garantiza. Se expresará con la fórmula “por aval” u otra equivalente y deberá llevar la firma de quien lo presta.*

*La sola firma puesta en el título, cuando no se le pueda atribuir otra significación se tendrá como firma de avalista. Cuando el aval se otorgue en documento separado del título, la negociación de éste implicará la transferencia de la garantía que surge de aquél.*

Para minimizar las discusiones al momento de la ejecución, se considera ideal que el aval se realice sobre el mismo título suscrito por el deudor garantizado, de esta forma no existirá ninguna duda respecto de cuál fue el título valor avalado. Sin embargo, siempre que en la hoja independiente se identifique plenamente el pagaré avalado, el asegurador podrá recurrir a cualquiera de los mecanismos previstos en la ley sin exponerse a un riesgo jurídico adicional.

### ● **La modificación de la participación accionaria no afecta la validez del pagaré o del aval**

Desde un punto de vista puramente práctico, lo más usual será que se recurra a esta alternativa con el fin de lograr que los socios o accionistas de una compañía respondan con su propio patrimonio por los pagos que, eventualmente, tenga que realizar el asegurador con ocasión del incumplimiento de las obligaciones por parte la sociedad que actúe como deudor-contratista.

Pues bien, una vez los socios avalen el pagaré o emitan el título valor, estos continuarán obligados por dicha operación aun cuando transfieran su participación en la sociedad que actuó como deudora-contratista. De

igual forma, cualquier socio que ingrese con posterioridad a la sociedad no podrá ser tenido como obligado cambiario o avalista sin que previamente suscriba un nuevo título o avale el preexistente.

En el evento en que un asegurador decida implementar esta especie de contragarantía, puede resultar útil establecer un protocolo y unos parámetros para la eventual sustitución de garantes, pues no resulta conveniente que la contragarantía se convierta en un obstáculo para evitar la transferencia de acciones. Es más, en muchos casos la sustitución de uno de los accionistas del deudor garantizado puede evitar que ocurra un siniestro por el cual el asegurador esté llamado a responder, ya que es posible que el nuevo socio inyecte nuevo capital a la sociedad afianzada o aporte conocimientos o tecnología que permitan cumplir de mejor manera con las obligaciones contractuales aseguradas. En esta medida, sería útil que se comuniqué al accionista original la posibilidad de devolverle el pagaré suscrito por él, una vez el nuevo accionista suscriba uno independiente o avale el pagaré original, ello en cualquier caso sujetando dicha posibilidad al análisis de la solvencia del nuevo accionista y al cumplimiento de una serie de requisitos adicionales que se establecerían en el protocolo propuesto.

Cuando esta contragarantía se constituye a través de la emisión de pagarés por parte de los terceros, será sencillo adelantar la sustitución de los socios: una vez el asegurador reciba el pagaré suscrito por el nuevo accionista devolverá al accionista

original el pagaré que él emitió. En el caso del aval no podrá adelantarse este procedimiento, el accionista permanecerá vinculado como avalista del deudor garantizado y será necesario estructurar acuerdos internos de indemnidad entre los accionistas para eliminar los riesgos que sufre el antiguo accionista.

● **Necesidad de verificar las facultades del signatario del pagaré u otorgante del aval**

Cuando quien suscribe el aval o emite el pagaré es una persona jurídica o un tercero actuando en calidad de mandatario, el asegurador debe revisar en detalle que dicho representante cuente con las facultades y la capacidad necesarias para realizar este tipo de negocios; es necesario que se verifique que no existan limitaciones relacionadas con el tipo de negocio o con la cuantía de la operación.

Es frecuente que los representantes legales de las sociedades tengan limitaciones para suscribir actos o contratos encaminados a garantizar obligaciones ajenas; en consecuencia, el asegurador deberá permanecer particularmente atento a este tipo de restricciones, con el fin de solicitar que la asamblea o la junta directiva autorice la suscripción de la contragarantía.

● **Aplicabilidad de las recomendaciones de los títulos valores electrónicos**

Es importante destacar que cualquiera de las operaciones aquí propuestas puede constituirse a través de un título valor

electrónico. Cuando se recurre al pagaré electrónico es necesario prestar particular atención al cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley 527 de 1999 sobre la firma electrónica.

En estos eventos, es relevante que a la hora de seleccionar una de las alternativas planteadas, bien sea un pagaré autónomo, un aval en mensaje de datos independiente o un aval sobre el pagaré suscrito por el deudor-contratista, será necesario evaluar y validar dicha decisión con un experto en tecnología que permita constituir dicho mecanismo cumpliendo con los requisitos previstos en la Ley 527 de 1999.

### 4.1.1.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución de la contragarantía

En el momento en que, con ocasión del incumplimiento del deudor garantizado, el asegurador se vea llamado a realizar el pago de la indemnización derivada del contrato de seguro y, en consecuencia, surja el derecho a subrogarse contra el contratista, es recomendable que se sigan las siguientes recomendaciones:

● **Deber de conservación**

Al pagaré le es aplicable el principio de incorporación; en consecuencia, el derecho consignado en el pagaré se entiende atado al documento físico o electrónico. La destrucción del documento implica la destrucción del derecho; de allí que las recomendaciones alusivas a la necesidad

de conservar el título valor dadas con anterioridad sean planamente aplicables a la contragarantía que ahora se expone.

En el mismo sentido, se reitera que si el asegurador delega o subcontrata la conservación y tenencia de las contragarantías o si el intermediario de la póliza es el llamado a recibir el título valor, deberán preverse cláusulas de indemnidad o estrictas políticas de cumplimiento que garanticen la adecuada conservación y entrega efectiva de la correspondiente contragarantía.

● **La demanda puede dirigirse únicamente contra el tercero o, eventualmente, contra el tercero y el deudor-contratista**

Cuando se recurre al título valor suscrito por un tercero, la contragarantía puede operar de forma autónoma. Esto quiere decir que pueden o no existir otras contragarantías suscritas por el deudor garantizado, así, por ejemplo, puede presentarse un caso donde exista un pagaré suscrito por el deudor garantizado y un pagaré independiente suscrito por los accionistas de la compañía. En estos eventos, las reglas generales de acumulación de pretensiones facultan al asegurador a iniciar un solo proceso contra ambos deudores o promover procesos independientes contra cada uno de ellos.

Cuando se recurre al aval, se entiende que el avalista se encuentra en la misma posición que el deudor cambiario avalado; por este motivo, el asegurador cuenta con la facultad de dirigir su demanda contra uno o ambos deudores (avalista y deudor cambiario). Sin embargo, en este caso, el principio de incorporación impide que se puedan presentar demandas por separado contra cada uno de los



deudores cambiarios, ello debido a que solo existe un título valor y será imposible que dicho documento sirva para la emisión de dos mandamientos ejecutivos independientes.

Como regla general, es recomendable promover una sola demanda ejecutiva contra todos los garantes frente a los que exista un título ejecutivo, bien sea un pagaré, un certificado de garantía mobiliaria o cualquier otro documento que preste mérito ejecutivo.

#### ● **Necesidad de adelantar un estudio de bienes**

Tan pronto se tenga conocimiento de un siniestro potencial es recomendable que se realice un estudio de los bienes que puedan encontrarse en cabeza del obligado cambiario y de sus avalistas, así como un análisis general de la situación patrimonial del deudor-contratista, con el fin de evaluar las diferentes alternativas con las que cuenta el asegurador.

#### ● **Los efectos del proceso de reorganización del deudor-contratista**

En el evento en que el deudor garantizado sea admitido a un proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006, el asegurador tendrá diversas alternativas, contará con la posibilidad de vincularse al acuerdo de reorganización con el fin de perseguir al deudor garantizado, pero también, de

forma concurrente, podrá continuar con los procesos ejecutivos promovidos contra los demás garantes o deudores solidarios; así lo establece el inciso primero del artículo 70 de la Ley 1116 de 2006:

*ARTÍCULO 70. CONTINUACIÓN DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS EN DONDE EXISTEN OTROS DEMANDADOS. En los procesos de ejecución en que sean demandados el deudor y los garantes o deudores solidarios, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, el juez de la ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación que le informe del inicio del proceso de insolvencia, mediante auto pondrá tal circunstancia en conocimiento del demandante, a fin que [sic] en el término de su ejecutoria, manifieste si prescinde de cobrar su crédito al garante o deudor solidario. Si guarda silencio, continuará la ejecución contra los garantes o deudores solidarios.*

Así, es claro que, de haberse promovido un proceso ejecutivo contra el deudor garantizado y sus garantes (incluidos aquí el avalista o el emisor del pagaré independiente bajo análisis), el asegurador podrá continuar proceso ejecutivo contra los demás individuos, es más, las medidas cautelares decretadas contra los bienes de terceros continuarán siendo válidas y no se verán afectadas por la exclusión del deudor garantizado.

Además de lo anterior, el párrafo del artículo 70 de la Ley 1116 de 2006 añade que la admisión del deudor garantizado al proceso de reorganización no afecta la posibilidad de iniciar procesos ejecutivos posteriores contra los garantes y deudores solidarios:

*PARÁGRAFO. Si al inicio del proceso de insolvencia un acreedor no hubiere iniciado proceso ejecutivo en contra del deudor, ello no le impide hacer efectivo su derecho contra los garantes o codeudores.*

Con base en estas disposiciones, puede concluirse que, aun cuando el deudor garantizado sea admitido a un proceso de reorganización, el asegurador podrá perseguir los patrimonios de los demás garantes.

### **4.1.2 Cartas de crédito stand-by o garantías a primera demanda para contratistas internacionales**

La existencia de modelos internacionales de cartas de crédito diseñados por la Cámara de Comercio Internacional<sup>13</sup> (ICC, por su sigla en inglés), así como su uso común en el comercio de mercaderías, hace que se trate de una herramienta cuyo uso como contragarantía derivada del contrato de seguro no genere mayores inconvenientes.

En tal sentido, es importante recordar que esta garantía se considera ideal para contratos de gran envergadura en los que el deudor garantizado sea una sucursal o una subsidiaria de una sociedad extranjera o una sociedad extranjera que pretende celebrar un negocio en Colombia. Bajo esta figura, el único obligado al pago de la suma consignada en la carta de crédito es el banco emisor. La relación entre el ordenante y el banco emisor, así como entre el banco emisor y los eventuales bancos corresponsales (sean pagadores, notificadores o confirmantes) serán inoponibles al asegurador en su carácter de beneficiario.

Dentro de las diversas modalidades de crédito documentario, y más concretamente de las cartas de crédito, la que mejor se ajusta al modelo de contragarantía es la denominada carta de crédito stand-by, la cual está expresamente consagrada en los acuerdos internacionales de créditos documentales (UCP 600).

Las cartas de crédito stand-by se consideran a mejor alternativa para el mercado asegurador, sus características pueden encontrarse en el documento *Users' Handbook for Documentary Credits under UCP 600*, preparado por la Cámara de Comercio Internacional. En uno de sus apartes se indica:

*Algunas veces, los comerciantes utilizan créditos stand-by, los cuales son créditos que no se espera sean utilizados por*

<sup>13</sup> Uniform Customs & Practice for Documentary Credits (UCP 600).

*el beneficiario. Normalmente, el uso del crédito comercial indica que la transacción se está desarrollando con normalidad. En algunos casos, aunque no siempre, la utilización de un crédito stand-by indica que algo ha salido mal en la transacción subyacente.<sup>14</sup>*

Por su parte, Sergio Rodríguez Azuero precisa:

*De suyo y esto es lo más importante, a través de su reconocimiento se aspira a contar con una garantía abstracta o de primer requerimiento, que faculta al beneficiario para exigir el pago sin que quepa al garante invocar argumentos exceptivos vinculados en la causa de la obligación principal o de la garantía.<sup>15</sup>*

Así pues, del extenso abanico de tipologías de cartas de crédito previstas en el mercado internacional, la modalidad *stand-by* es aquella que mejor se ajusta para la constitución de una contragarantía en el mercado asegurador.

Habiendo aclarado lo anterior, es fundamental recordar que el carácter internacional de este tipo de documentos implica que es posible que se generen conflictos de leyes respecto de los requisitos formales aplicables a estos. En esta medida, además de las recomendaciones generales que se presentan a continuación, será necesario realizar un análisis detallado de lo indicado en la carta de crédito, con el fin de identificar si dicho documento cumple o no con las políticas de suscripción del asegurador.

### **4.1.2.1 Recomendaciones durante el proceso de suscripción**

- **Se requiere una revisión detallada de los presupuestos que tienen que acreditarse para el pago que debe realizar el banco emisor.**

Una vez el banco emisor abra el crédito en favor del ordenante, esto es, la sociedad extranjera, dicho banco se encargará de remitir los documentos al beneficiario, es decir, al asegurador. Generalmente, la remisión se realiza a través de un banco local que actuará como banco corresponsal, el intermediario de la relación entre el banco emisor y los beneficiarios. En los documentos se identificarán con precisión los soportes que deben remitirse al banco emisor para que este realice u ordene el pago del crédito en el evento en que sea necesario ejecutar la garantía. De ser posible, deberá procurarse simplificar al máximo los documentos que deban presentarse para hacer efectiva la contragarantía.

Es más, es ideal que el único documento requerido sea la constancia de pago de la obligación indemnizatoria por parte del asegurador, dejándose de lado las consideraciones relativas al contrato de seguro.

<sup>14</sup> Traducción propia: «Sometimes commercial parties use standby credits, which are credits that they do not expect the beneficiary to draw on. Normally, draws on a commercial credit indicate that the transaction is proceeding normally. Sometimes, though not always, draws on a standby indicate that something has gone wrong in the underlying transaction.» Baker, Walter y Dolan, John F, Users' Handbook for Documentary Credits under UCP 600, 2008, International Chamber of Commerce.

<sup>15</sup> Rodríguez Azuero, Sergio, *Contratos Bancarios: su significación en América Latina*, 2002, 5 ed., Legis, p. 601.

● **Debe revisarse la vigencia de la carta de crédito**

Es usual que las cartas de crédito tengan una vigencia determinada, generalmente un año; en consecuencia, el asegurador debe cerciorarse de que la vigencia de la carta ofrecida sea lo suficientemente extensa, de acuerdo con sus políticas de suscripción. Con el fin de asegurar la efectividad de la contragarantía, la misma se debería extender por la vigencia de la póliza y el término de prescripción. En el evento en que el banco emisor no ofrezca una vigencia superior a un año, podría suscribirse un pacto entre el deudor garantizado y el asegurador, en el cual el deudor está obligado a presentar una nueva carta de crédito por lo menos diez días antes de la terminación de la vigencia de la carta de crédito inicial, so pena de que el asegurador haga efectiva la carta de crédito original y retenga en garantía dichos recursos a título de contragarantía líquida.

Sin embargo, en el marco de la negociación de la contragarantía pueden evaluarse acuerdos encaminados a modificar la naturaleza de la contragarantía una vez termine la vigencia de la póliza. Así, por ejemplo, puede determinarse que, con la acreditación de una serie de condiciones, como la presentación de una certificación emitida por el contratista en la que afirme que para una fecha determinada no tiene conocimiento de la ocurrencia de incumplimientos, se disminuya el valor de la carta de crédito o que esta sea reemplazada por una contragarantía menos onerosa.

● **Deben identificarse la totalidad de los intervinientes en la operación**

Si bien al asegurador no le serán oponibles las excepciones o discusiones que puedan surgir entre el ordenante, el banco emisor y sus eventuales corresponsales, es recomendable que desde el inicio el asegurador identifique a los que intervendrán en la operación y gestionarán asuntos tan esenciales como la recepción y remisión de los documentos asociados a la garantía, a quién debe presentarse la solicitud de pago y quién lo realizará.

#### 4.1.2.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución de la contragarantía

Una de las principales ventajas de esta contragarantía es su facilidad de ejecución. En principio, solo será necesario que el beneficiario, en este caso el asegurador, presente los documentos indicados en el crédito documentario ante el banco que se haya indicado, bien sea el banco emisor o su corresponsal en el país. Una vez se presenten estos documentos el banco verificará que se encuentren completos y ordenará el pago del crédito al asegurador.

En el evento en que la subordinada o la sucursal en Colombia sea admitida a un proceso de reorganización empresarial o que la misma sea disuelta y liquidada, la contragarantía no se verá afectada y podrá ser reclamada por el asegurador siguiendo el proceso previamente indicado.



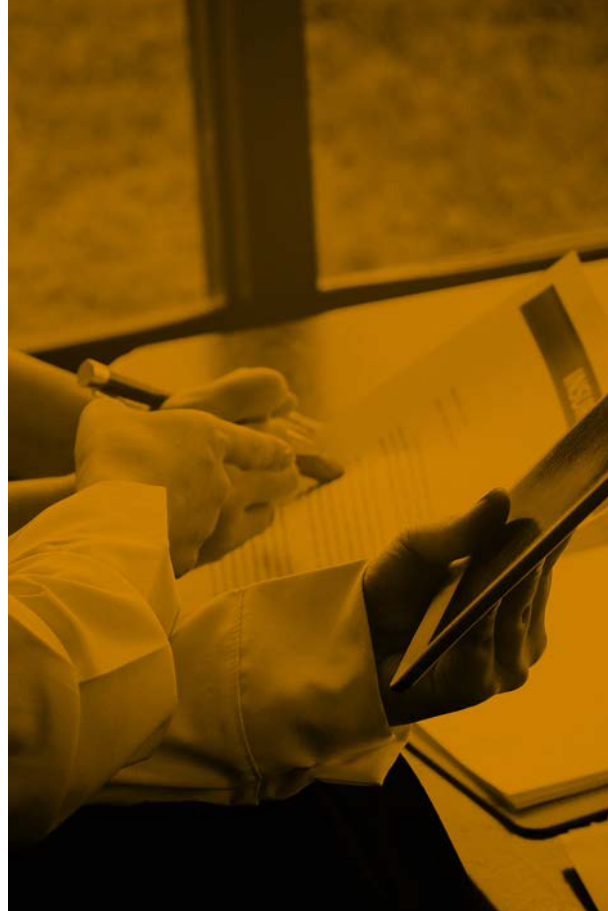
Como ventaja adicional, se tiene que estas contragarantías facilitan los trámites asociados al ingreso de los recursos pagados por la matriz al país, toda vez que el banco pagador y el banco emisor son los llamados a adelantar las operaciones cambiarias correspondientes.

## 4.2 Garantías reales

### 4.2.1 Cesión en garantía de los derechos derivados del contrato asegurado

La cesión en garantía de los derechos derivados del contrato asegurado puede clasificarse en dos grandes categorías, dependiendo del momento en que se celebre, i) la que se ha denominado cesión condicionada de derechos, la cual se celebra desde la suscripción de la póliza y está condicionada al incumplimiento del deudor garantizado y ii) la cesión simple, a la cual se recurre después de la ocurrencia del siniestro como mecanismo para recuperar los valores pagados con ocasión de este. Si bien las recomendaciones que aquí se exponen son aplicables a ambas modalidades, se hará particular referencia a la cesión condicionada de derechos, toda vez que se trata de la garantía más efectiva.

Ahora bien, es relevante destacar que la figura propuesta va mucho más allá y no puede ser confundida con una simple compensación de obligaciones, en la medida en que la cesión



se extiende a obligaciones futuras que, al no existir en la fecha en la que se produce el pago del siniestro, por su naturaleza, no podrían ser compensadas.

#### 4.2.1.1 Recomendaciones durante el proceso de suscripción

- **Debe realizarse un análisis detallado de la forma en que están previstos los pagos en el contrato cedido.**

El principal problema al que podrá enfrentarse el asegurador al recurrir a esta contragarantía es que para la fecha de ocurrencia del siniestro no existan saldos y, en general, obligaciones a favor del contratista, que sean objeto de cesión. En algunas ocasiones, por ejemplo, cuando el

deudor garantizado no ejecuta ninguna obligación del contrato asegurado, este hecho se torna inevitable; sin embargo, para decidir si esta contragarantía es o no apropiada para cada caso en particular es necesario realizar un análisis detallado de las características del contrato y, principalmente, de su forma de pago. Así, esta figura puede resultar particularmente útil en aquellos casos en los que los pagos a cargo del contratante se realicen de forma diferida o que el deudor garantizado perciba una parte de sus ingresos de forma constante, como sería en caso de una concesión vial durante la etapa operativa, momento en el cual una de las principales fuentes de financiación del contratista proviene de los peajes.

● **Se requiere un análisis del término del contrato y de la naturaleza de las obligaciones de las partes**

En sentido similar a la recomendación anterior, al recurrir a este tipo de contragarantía es de vital importancia analizar si los derechos cedidos provienen de un contrato de ejecución instantánea, un contrato de ejecución diferida o uno de ejecución sucesiva. Así, esta contragarantía no prestará mayor utilidad en aquellos casos en los cuales las obligaciones de las partes se cumplen en un solo momento, por ejemplo, un contrato de compraventa de un bien. Sin embargo, esta alternativa de contragarantía puede resultar útil en aquellos casos en los que se trata de prestaciones periódicas en los cuales el

eventual incumplimiento o cumplimiento imperfecto de una obligación del deudor garantizado no implica, necesariamente, un incumplimiento de las prestaciones futuras, como un contrato de suministro de gas o uno arrendamiento en el que se aseguren las obligaciones del arrendador. En estos últimos ejemplos es evidente que el hecho de que el contratista haya incumplido con su obligación en un mes determinado no implica que no vaya a cumplir con sus obligaciones en los meses subsiguientes; en esta medida, será posible activar la cesión de derechos para que el asegurador recupere de forma eficaz las sumas por él pagadas.

● **Es necesario notificar al contratante de la celebración del contrato de cesión**

El artículo 24 de la ley de garantías mobiliarias, Ley 1676 de 2013, establece que la cesión propuesta surte efectos entre el asegurador y el deudor garantizado desde la celebración del contrato. Si bien una lectura aislada del último inciso del artículo 28 de la misma ley permite afirmar que el deber de informar al contratante de la existencia del contrato de cesión únicamente debe cumplirse al momento de solicitar la efectividad de la garantía y el correspondiente pago al asegurador, para que la contragarantía surta todos sus efectos es recomendable que dicha notificación se realice tan pronto se celebre el contrato de cesión, de esta forma el contratante tendrá presente desde el inicio

la existencia del contrato de cesión y no se verá sorprendido cuando el asegurador solicite que se le pague una determinada suma de dinero.

El artículo 26 de la Ley 1676 de 2013 establece:

*La garantía mobiliaria o cesión de un crédito en garantía surtirá efecto entre el garante o cedente y el cesionario o acreedor garantizado, así como frente al deudor del crédito, independientemente de la existencia de cualquier acuerdo mediante el cual se limite el derecho del garante o cedente a ceder, gravar o transferir el crédito.*

Por lo anterior, la oposición o renuencia del contratante a la cesión no afectará su validez y, tras la solicitud de pago del asegurador, solo se considerará válido el pago realizado a este; si el contratante realiza el pago al deudor garantizado, no se liberará de su deber de pagar al asegurador la suma cedida (inc. 1 del art. 28 de Ley 1676 de 2013).

● **Se debe inscribir el contrato de cesión como garantía mobiliaria en el Registro Único de Garantías Mobiliarias**

La cesión de derechos es considerada como una garantía mobiliaria, según la Ley 1676 de 2013, motivo por el cual le son plenamente aplicables las reglas de oponibilidad previstas en dicha ley. Son

precisamente las reglas de oponibilidad las que permiten que se presente la prelación de créditos y la exclusión del crédito de la masa de liquidación en el marco de los procedimientos previstos en la Ley 1116 de 2006.

Por lo anterior, para que la garantía mobiliaria sea oponible a terceros será necesario que la misma sea inscrita en el Registro Único de Garantías Mobiliarias administrado por la Confederación de Cámaras de Comercio.

#### 4.2.1.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución de la contragarantía

● **Es necesario notificar por escrito al contratante del deber de pagar las sumas de dinero al asegurador.**

La ejecución de este tipo de contragarantía se encuentra regulada por el artículo 28 de la Ley 1767 de 2013, el cual indica:

*El deudor del crédito puede extinguir su obligación pagando al cedente o garante a menos que haya sido notificado, que deba realizar el pago al acreedor garantizado. Una vez recibida la notificación si el cedente recibe o acepta las prestaciones, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de la obligación que tiene el deudor del crédito en garantía o cedido de efectuar nuevamente el pago.*

*La notificación al deudor del crédito podrá realizarse por cualquier medio de comunicación escrito generalmente aceptado, incluyendo correo ordinario o certificado o correo electrónico.*

*Para que dicha notificación sea efectiva, deberá identificar el crédito respecto al cual se solicita el pago, e incluir instrucciones de pago suficientes para que el deudor del mismo pueda cumplir con la obligación.*

*Salvo pacto en contrario, el acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía entregará dicha notificación antes o después de que ocurra un incumplimiento de las obligaciones del garante o cedente que le autorice la ejecución de la garantía.*

*Si al momento de la notificación del acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía al deudor del crédito existiere un saldo a favor del garante o cedente, el pago de dicho saldo deberá efectuarse al acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía.*

Así, es evidente que, sin perjuicio del diligenciamiento del formulario registral de ejecución en el Registro de Garantías Mobiliarias, el primer paso que debe agotar el asegurador para cobrar la contragarantía será notificar al contratante (deudor del

crédito cedido) del deber de abstenerse de realizar los pagos al deudor garantizado (acreedor originario de la obligación cedida).

Con base en el primer inciso del artículo citado se concluye que, una vez realice esta notificación, cualquier pago realizado por el contratante al deudor-tomador se considerará un pago de lo debido y permanecerá obligado a pagar la suma cedida al asegurador.

● **Al momento de ejecutar la contragarantía es necesario tener en cuenta la situación financiera del deudor garantizado y su flujo de caja**

Un aspecto que no puede ser dejado de lado es que este tipo de contragarantías pueden hacerse efectivas cuando el contrato garantizado por la póliza de seguro permanece vigente. Este hecho trae consigo que el asegurador deba procurar evitar que la ejecución de la contragarantía afecte sustancialmente el flujo de caja del deudor, pues esto puede generar que se produzcan nuevos incumplimientos que afecten la póliza de cumplimiento.

En consecuencia, se sugiere que antes de hacer efectiva la contragarantía se discuta con el deudor su situación financiera y que, de ser posible, el asegurador se abstenga de ejecutar la totalidad de la contragarantía en un solo momento, siendo preferible que la ejecute de forma gradual, en diversos



porcentajes que podrán ser evaluados con el tomador y el asegurado. Ahora bien, esta recomendación busca evitar incumplimientos posteriores que puedan afectar nuevamente la póliza de seguros expedida por el asegurador. Si por las características propias del contrato esta situación no se presenta, nada impide al asegurador ejecutar la contragarantía en un solo momento.

### **4.2.2 Cesión condicionada de derechos económicos derivados de contratos diferentes al contrato asegurado**

De forma general, todas las recomendaciones dadas para la contragarantía de cesión en garantía de los derechos derivados del contrato asegurado, mencionadas en la sección 8.1, son plenamente aplicables a esta contragarantía.

Además de dichas recomendaciones, será necesario realizar un análisis detallado del contrato o los contratos cedidos, prestando particular atención a su vigencia, pues esta contragarantía está atada a la duración del contrato cedido; si este termina antes que el contrato asegurado, en el evento en que el incumplimiento del contrato afianzado se produzca con posterioridad a dicha terminación, es altamente probable que no existan saldos que puedan ser reclamados por el asegurador.



En esta medida, es necesario cerciorarse de que el contrato cedido tenga una duración superior al contrato asegurado o, en su defecto, que existan múltiples contratos cedidos que se extiendan durante la vigencia de los amparos ofrecidos por el asegurador.

Así mismo, como recomendación adicional durante la suscripción, es necesario destacar que, para cumplir con los requisitos previstos por los incisos segundo y tercero del artículo 24 de la Ley 1676 de 2013, en el contrato de cesión deberán identificarse con claridad los créditos cedidos.

### 4.2.3 Traslado de la nuda propiedad sobre determinados bienes bajo condición resolutoria

Como se mencionó, esta modalidad de garantía tiene como principal desventaja los altos costos en los que puede incurrir el asegurador a la hora de constituirla; sin embargo, esta alternativa ofrece un alto grado de seguridad ante el incumplimiento del deudor-contratista, motivo por el cual no se descarta que su implementación resulte de utilidad en algunos casos particulares.

Ahora bien, también es necesario reconocer que se trata de una contragarantía de difícil aceptación por parte del deudor garantizado, en la medida en que ceder la totalidad de la propiedad o la nuda propiedad sobre alguno de sus activos, aun cuando conserve la tenencia, puede generarle alguna reticencia.

Dejando de lado lo anterior, lo cierto es que esta contragarantía constituye un excelente mecanismo para que el asegurador pueda efectivamente recuperar el valor pagado a título de indemnización.

#### 4.2.3.1 Recomendaciones durante el proceso de suscripción

- **Es necesario tener presente que la contragarantía se estructura mediante dos actos jurídicos diferentes, pero interrelacionados.**

La contragarantía propuesta no tiene por objeto privar a deudor-contratista de los derechos de uso o disfrute del bien entregado en garantía; está diseñada para que únicamente se ceda la facultad de disponer del activo y que dicha facultad quede radicada en cabeza del asegurador.

En esta medida, la contragarantía puede constituirse de dos formas:

- Mediante la transferencia en garantía de la nuda propiedad del activo, caso en el cual el deudor-contratista conservará todo el tiempo el usufructo sobre el bien.
- Mediante la transferencia de la totalidad de la propiedad, acompañada de la suscripción de un contrato de comodato en virtud del cual el asegurador permite al deudor-contratista el uso del activo de forma gratuita.

En cualquier caso, la transferencia de la propiedad o de la nuda propiedad está sujeta a una condición resolutoria consistente en que el asegurador no se vea obligado a pagar una indemnización con ocasión de la póliza expedida por él. Esta misma condición debe ser pactada como causal de terminación del usufructo o de los contratos de comodato.

De esta forma, si en el término pactado el deudor-contratista no incumple con sus obligaciones contractuales, todas las operaciones se entenderán resueltas y la propiedad volverá a consolidarse en cabeza del deudor garantizado. Por el contrario, cuando el deudor garantizado incumple con sus obligaciones se entenderá que la condición resolutoria ha fallado y, en consecuencia, la propiedad sobre los bienes dados en garantía se consolidará en cabeza del asegurador y se extinguirán los derechos derivados del usufructo o del comodato.

- **Se debe realizar un estudio de los bienes dados en garantía**

Es fundamental que el asegurador, antes de celebrar el contrato, realice un estudio detallado de los bienes transferidos en garantía, puesto que, al convertirse en propietario de dichos bienes, cualquier hecho que los afecte implicará una afectación del patrimonio del asegurador.



En este orden de ideas, es recomendable realizar un estudio detallado del estado físico y jurídico del bien que será cedido en garantía; para esto se recomienda realizar una inspección del bien con un experto en la materia y, de tratarse de un bien sujeto a registro, realizar un estudio de títulos sobre el mismo.

● **Se deben asignar desde el inicio las responsabilidades frente a terceros por los daños que puedan causarse con el bien**

Si bien la posición jurisprudencial más reciente en materia de responsabilidad civil extracontractual entiende que al cederse la tenencia y control del bien dado en garantía el asegurador no puede ser hallado responsable por los daños que se causen con dicho bien, es prudente que contractualmente, bien sea en el contrato de comodato o en el de cesión de la nuda propiedad, según corresponda, se establezcan cláusulas de indemnidad que permitan al asegurador justificar su ausencia de responsabilidad frente a terceros y, en el peor de los casos, que pueda exigir al deudor garantizado que le reembolse cualquier indemnización que se vea obligado a pagar como consecuencia del uso que este le dio al bien transferido en garantía.

● **Deber de registrar los contratos como garantía mobiliaria**

Si bien podrían generarse discusiones sobre la naturaleza de la operación propuesta, la redacción del artículo 3 de la Ley 15676 de 2013 lleva a concluir que se está en presencia de una especie sui generis de garantía mobiliaria; en consecuencia, con el fin de facilitar los procesos de ejecución de la contragarantía, será necesario inscribirla en el Registro Único de Garantías Mobiliarias.

### 4.2.3.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución

Al haberse cedido la propiedad de los bienes dados en garantía desde antes del incumplimiento, no será necesario adelantar un complejo proceso para ejecutar la garantía.

Es ideal que desde la redacción de los contratos de cesión de la propiedad se establezca que la garantía se ejecutará mediante el sistema de pago directo previsto en la Ley 1676 de 2013; de esta forma, solo será necesario ajustar el avalúo de los bienes dados en garantía, con el fin de identificar si el bien entregado es más o menos costoso que la obligación pagada por el asegurador. Una vez precisado lo anterior, el asegurador podrá recurrir a la modalidad de pago directo, para que se le restituya la tenencia del bien, pues desde la celebración del contrato será considerado propietario.

## 4.2.4 Fiducia de administración, pagos y garantía

### 4.2.4.1 Recomendaciones durante el proceso de suscripción

- **Es fundamental determinar cómo se nutrirá el patrimonio autónomo**

Un aspecto fundamental para que esta modalidad de fiducia resulte de utilidad es la necesidad de que se determine con anterioridad la fuente de ingreso de los recursos al patrimonio autónomo. Así, en el evento en que se determine que provenirán de los pagos a cargo del contratista en el contrato asegurado, será de utilidad que entre el deudor garantizado y la fiduciaria, en su calidad de administradora del respectivo patrimonio, se celebre una cesión de derechos derivados de dicho contrato, de forma tal que el contratante, una vez sea enterado de dicha cesión, pueda realizar el pago del porcentaje correspondiente directamente al patrimonio autónomo. Realizar la operación de esta manera reducirá los efectos tributarios derivados de la realización de múltiples transferencias bancarias.

En el evento en que los ingresos del patrimonio autónomo provengan de otra fuente es indispensable que la misma quede plenamente fijada en el contrato de fiducia, con el objetivo de que, de ser necesario, la sociedad fiduciaria cuente con una acción que le permita perseguir dichos recursos.

- **Se debe establecer de forma clara y sencilla la condición que da lugar al pago a la aseguradora.**

Las condiciones a las que debe sujetarse el pago al asegurador deben estar redactadas en los términos más sencillos posibles, procurando que las mismas estén atadas únicamente a la instrucción del asegurador, sin que la sociedad fiduciaria esté llamada a realizar una valoración sobre la ocurrencia del siniestro o sobre la validez del pago realizado por el asegurador.



● **Al tratarse de una fiducia de administración y pagos, se deben establecer límites a la facultad de disposición que tiene el deudor-contratista como fideicomitente**

En la estructura usual de las fiducias de administración y pagos es el fideicomitente, en este caso el deudor garantizado, quien instruye libremente a la fiducia sobre cómo invertir los recursos depositados en el patrimonio autónomo, en consecuencia, los riesgos de mercado a los que se exponen los recursos depositados en el patrimonio autónomo son dictados y asumidos por el fideicomitente. La decisión sobre el nivel de riesgo al que se exponen los recursos está determinada por el apetito de riesgo del respectivo fideicomitente, por tanto, la sociedad fiduciaria no asume ninguna responsabilidad derivada de la pérdida de valor de las inversiones.

Sin embargo, la función de garantía que se propone introducir implica que no sea deseable exponer los recursos a riesgos altamente volátiles, de allí que sea prudente establecer una serie de restricciones a las inversiones permitidas, procurando que se trate de inversiones de bajo riesgo y alta facilidad de liquidación, de forma que se mitiguen los riesgos de mercado. El alcance de las limitaciones estará dado por las políticas de suscripción de la compañía y la confianza que la misma tenga en los mercados.

#### 4.2.4.2 Recomendaciones durante el proceso de ejecución

De haberse seguido las recomendaciones anteriores, en principio la ejecución de esta modalidad de contragarantía no genera mayores dificultades; la misma se concretará en una comunicación en la que el asegurador el informe a la sociedad fiduciaria del cumplimiento de la condición y le ordene liquidar las inversiones y realizar el pago correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que, por tratarse de una figura novedosa, no es posible determinar qué tratamiento daría la Superintendencia de Sociedades a esta figura en el marco de los procesos de reorganización y liquidación previstos en la Ley 1116 de 2006, motivo por el cual no es claro si subsistiría o no en el evento en que el deudor garantizado sea admitido a un proceso de reorganización o liquidación empresarial.

## 4.3 Cláusulas contractuales

Las cláusulas contractuales propuestas no ostentan el carácter de contragarantías, se trata de disposiciones que podrían incluirse en los contratos de seguro con el fin de fomentar que tanto el contratista como su asegurador cuenten con mayores alternativas de recobro en el evento en que el incumplimiento sea imputable a la conducta de sus eventuales subcontratistas.

Dentro de este marco conceptual se plantearon dos conductas que podrían exigirse, ya no al deudor garantizado, sino al contratante asegurado. Tales conductas se concretan en el deber de exigir al contratista, y cerciorarse de que así se cumpla, que en todos los subcontratos se exija la contratación de pólizas de cumplimiento y la inclusión de cláusulas back to back que faciliten los ejercicios de recobro a que haya lugar. La inclusión de cláusulas contractuales propuestas en los subcontratos podría realizarse mediante su consagración como garantía en las condiciones de la póliza de cumplimiento.

En principio, y con el fin de evitar discusiones, se sugiere que las cláusulas sean implementadas en los seguros de cumplimiento entre particulares y no en los suscritos con entidades públicas; esto debido a que los clausulados de los seguros de cumplimiento en favor de entidades públicas han sido refinados con base en un extenso y juicioso ejercicio de discusión que no vale la pena alterar sin un análisis y discusión más detallados.

La inclusión de cláusulas de garantías en la contratación de pólizas de cumplimiento no es novedosa. En algunos clausulados generales se establece que el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales se otorga bajo la garantía de que el asegurado ha realizado y realiza una inspección del pago de las obligaciones laborales en favor de los trabajadores del contratista; en consecuencia, no se trata de un asunto particularmente controversial.

Como es sabido, la posición jurisprudencial sobre las cláusulas de garantía no ha sido particularmente favorable al sector asegurador. Dadas las graves consecuencias que trae consigo el incumplimiento de una garantía, las cortes han sido particularmente estrictas en asegurarse de que se cumplan los requisitos previstos en el Código de Comercio para reconocer su eficacia. Con base en este contexto, se sugieren las siguientes recomendaciones, tanto para las cláusulas back to back como para las pólizas de los subcontratistas:

- **Las obligaciones o deberes de la garantía deben recaer sobre el asegurado y no sobre el deudor garantizado**

Dada la interpretación restrictiva que se ha dado al artículo 1061 del Código de Comercio, es necesario aclarar que el deber de cumplir con la garantía está en cabeza del contratista asegurado y no del deudor garantizado; en esa medida, será el contratante quien tendrá el deber de cerciorarse de que su contratista pacte las cláusulas contractuales indicadas.

- **Debe indicarse expresamente y con toda claridad que se trata de una garantía**

De la simple lectura del clausulado en el que se pacte la garantía debe entenderse que se está en presencia de una disposición de esta naturaleza; por esta razón, se recomienda que en las condiciones generales o en las particulares se incluya una cláusula denominada «garantías», en la que se establezcan estos deberes en cabeza del asegurado.

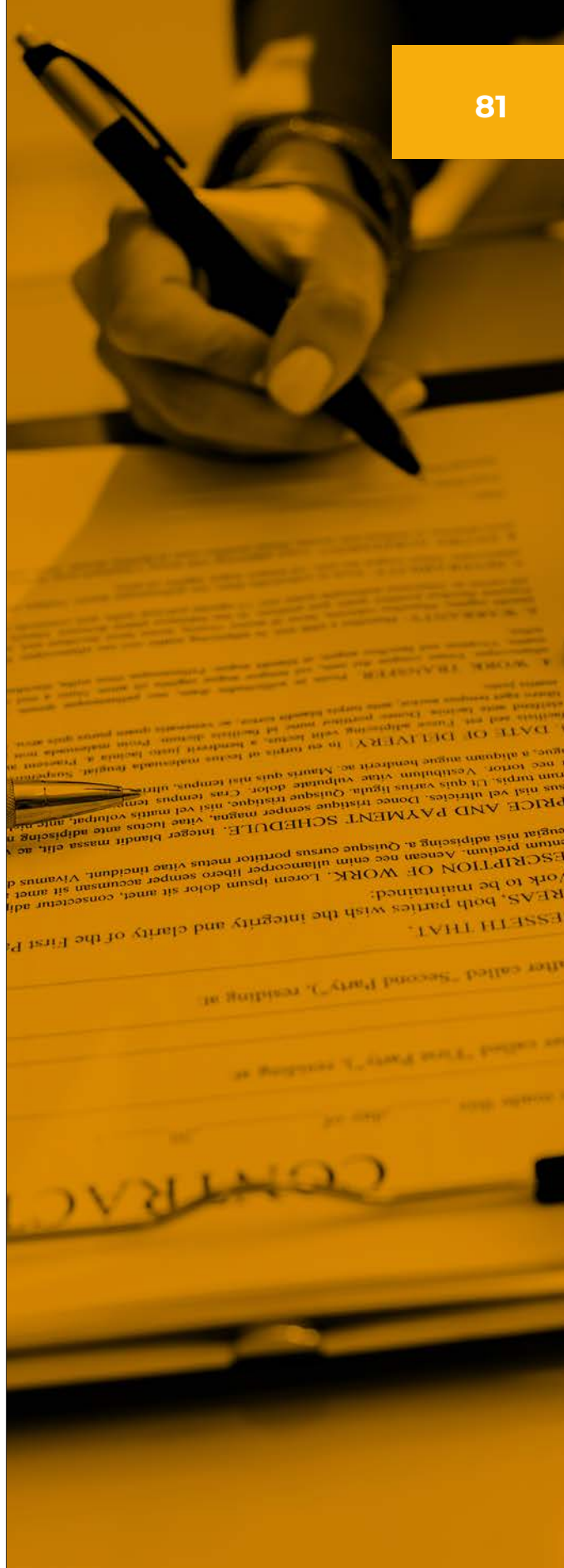
Es más, en la medida de lo posible, es útil hacer alusión expresa al artículo 1061 del Código de Comercio.

● **Es conveniente precisar en detalle las cláusulas que deberán incorporarse en los subcontratos**

Se recomienda establecer, con el mayor grado de detalle posible, la disposición que pretende introducirse a los subcontratos; así, en el caso de la inclusión de las cláusulas *back to back*, el asegurador podría precisar las características que desea que contenga la cláusula y, en las pólizas de cumplimiento tomadas por los subcontratistas, podrían indicarse las características que estas deben contemplar.

## 4.4 Comentarios finales del capítulo

En el presente capítulo se desarrollaron recomendaciones básicas para algunas de las nuevas alternativas de contragarantía, para complementarlas, a continuación se incluye un anexo que contiene los elementos jurídicos básicos que podrían servir para la estructuración de la contragarantía; los textos que se presentan podrán ser utilizados como guía para la elaboración de los modelos de cláusulas, contratos e instrumentos que cada compañía aseguradora desee implementar. Se aclara que en todos los casos se trata de modelos inconclusos que deberán ser perfeccionados y adecuados por las áreas jurídicas y de suscripción de cada aseguradora, con el fin de que el modelo cumpla con las expectativas previstas por cada compañía.





# 5. Anexo técnico



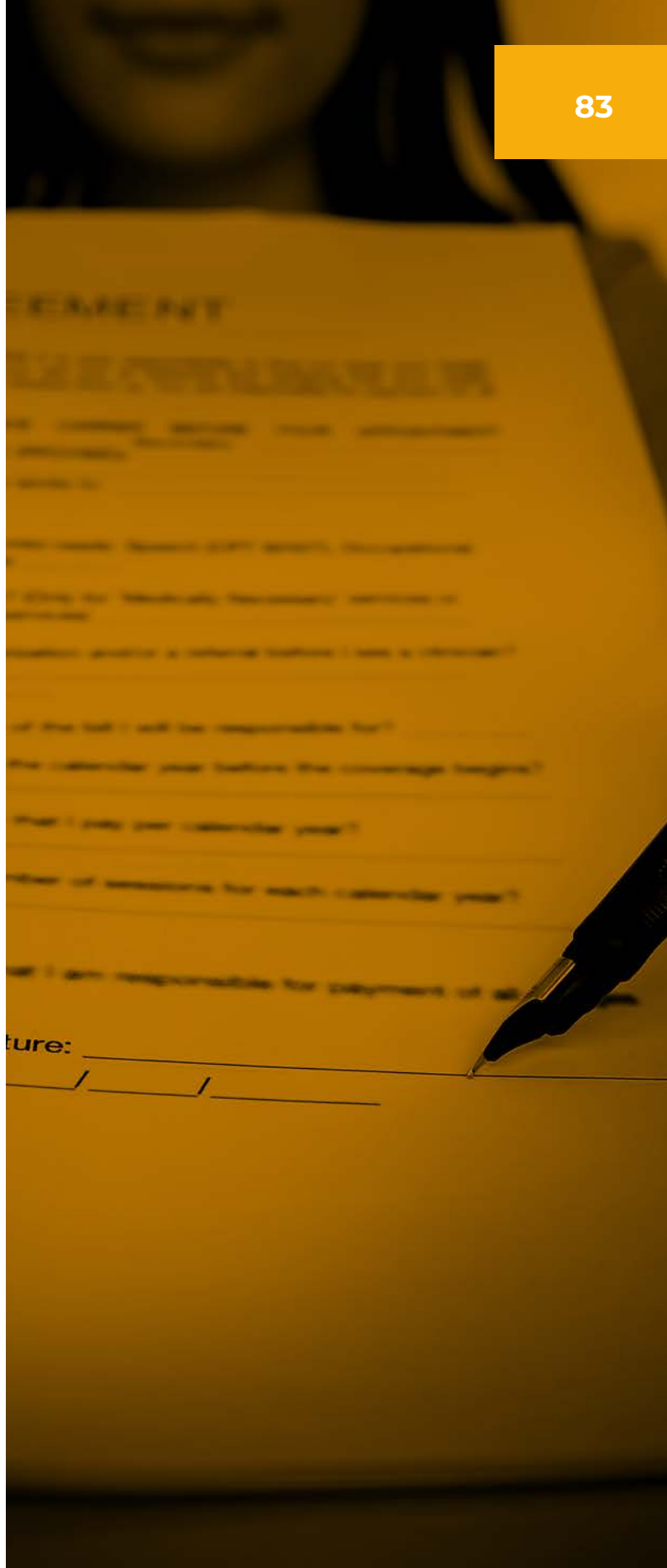
En este capítulo se sugerirán algunos modelos básicos que pueden servir como guía a la hora de constituir las contragarantías recomendadas en las secciones anteriores.

Como premisa básica, es preciso indicar que todos estos modelos deberán ajustarse con base en las particularidades de cada asegurador, su política de suscripción, las recomendaciones particulares dadas por las áreas legales de las compañías y las características del deudor-garantizado, entre otras. En esta medida, la redacción aquí utilizada debe ser comprendida como un punto de partida para la preparación de la contragarantía y no como un producto final.

En los eventos en que las circunstancias del mercado lleven a afirmar que será aplicado un contrato de condiciones uniformes predispuesto por un tercero, se realizará dicha precisión y se incluirán las sugerencias que se consideren relevantes, reconociendo que no será posible alterar las condiciones básicas del contrato suministrado por el predisponente.

## 5.1 Garantías personales

### 5.1.1 Pagaré suscrito o avalado por terceros distintos al deudor garantizado



- **Pagaré suscrito por el socio o accionista del deudor garantizado**
- **Pagaré abierto suscrito por un tercero**

Fecha: (1) \_\_\_\_\_ [MM] de \_\_\_\_\_ [DD] de \_\_\_\_\_ [AA]

PAGARÉ N.O \_\_\_\_\_

Quien suscribe, \_\_\_\_\_ mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía n.o \_\_\_\_\_, en calidad de representante legal de \_\_\_\_\_, con NIT. \_\_\_\_\_ y con domicilio en la ciudad de \_\_\_\_\_, tal como lo acredita el certificado de existencia y representación que se acompaña al presente pagaré, por medio de la presente nos obligamos:

En virtud de la(s) de póliza(s) expedida(s) por **[el asegurador]**, a pagarle incondicionalmente a esta o a quien represente sus derechos, las sumas de dinero que se enuncian a continuación, más los gastos que se generen por otros rubros, que haya sido obligada a pagar con ocasión de uno o varios siniestros que afecten la(s) póliza(s) N.o (2) \_\_\_\_\_ y sus anexos donde el tomador/afianzado sea **[la sociedad de la que es socio o accionista]**, el día siguiente del pago efectivo de la correspondiente indemnización, en sus oficinas de la ciudad de (3) \_\_\_\_\_ o en la cuenta de (4) \_\_\_\_\_ N.o (5) \_\_\_\_\_ del banco (6) \_\_\_\_\_.

1. Por concepto de capital, la suma de (7) \_\_\_\_\_ pesos moneda legal colombiana.

2. Por concepto de intereses moratorios, desde el momento en que se generaron hasta la fecha del pagaré, la suma de (8) \_\_\_\_\_ pesos moneda legal colombiana.

*Sin perjuicio de las demás acciones legales que se deriven del presente pagaré a favor del acreedor para el cobro judicial, sobre el capital referido en el numeral primero (1º) se causarán intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley sobre dicho valor desde el momento de vencimiento del pagaré hasta el momento en que se pague efectivamente la obligación contenida en el título.*

*Se deja expresa constancia de que el presente documento corresponde a un pagaré con espacios en blanco, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 622 del Código de Comercio, **[el asegurador]** o quien este designe queda expresa e irrevocablemente autorizado para llenar, sin previo aviso, los espacios en blanco que figuran en este documento pagaré, el cual podrá ser diligenciado con sujeción a las instrucciones contenidas en la carta de instrucciones del **[fecha de la carta de instrucciones]**.*

*Para constancia se firma en la ciudad de \_\_\_\_\_.*

**Obligado**

Firma: \_\_\_\_\_  
Nombre completo: \_\_\_\_\_  
C.C. N.º \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Teléfono: \_\_\_\_\_

Los espacios entre corchetes deben ser diligenciados por el emisor del título desde la suscripción del pagaré.



## 5.1.2 Carta de instrucciones

Señores

**[Nombre del asegurador]**

Ciudad

Ref. Carta de instrucciones para diligenciar el pagaré n.o **[identificar el número del pagaré]** otorgado por **[nombre del deudor]** a favor de **[nombre del asegurador]**.

Apreciados señores:

En la fecha he suscrito a su orden y entregado a ustedes el pagaré con espacios en blanco n.o **[identificar el número del pagaré]**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 622 del Código de Comercio.

En consecuencia, les autorizo expresa e irrevocablemente para llenar, sin previo aviso, los espacios en blanco que figuran en dicho pagaré, de acuerdo con las siguientes instrucciones:

1. Fecha de vencimiento: se debe colocar el día (en letras y números), el mes y el año correspondientes al día en que sea diligenciado el pagaré.
2. Se indicará(n) el(los) número(s) de la(las) pólizas tomadas por **[la sociedad de la que es socio o accionista]** que justifica(n) el diligenciamiento del pagaré.
3. Espacio para la ciudad en donde debe realizarse el pago, la cual será elegida por **[el asegurador]**.





4. Espacio para indicar el tipo de cuenta a la que se podrá realizar el pago, la cual será designada por **[el asegurador]**.

5. Espacio para indicar el número de cuenta a la que se podrá realizar el pago, la cual será designada por **[el asegurador]**.

6. Espacio para indicar la entidad financiera a la que se podrá realizar el pago, la cual será designada por **[el asegurador]**.

7. Espacio destinado a la cantidad adeudada: se debe anotar en letras y números la cantidad total adeudada a la fecha de vencimiento. Esta cuantía corresponderá al monto que **[el asegurador]** se vea obligado a pagar con ocasión de uno o varios siniestros que afecten la(s) póliza(s) expedida(s) por **[el asegurador]**, por cualquiera de sus coberturas en las que **[la sociedad de la que es socio o accionista]** aparezca como tomador o afianzado, teniendo en cuenta sus prórrogas, renovaciones y modificaciones.

8. Espacio destinado a los intereses moratorios: se debe anotar en letras y números los intereses que se hayan causado a partir del momento en que se generaron, esto es, desde el día siguiente al pago efectivo de la correspondiente indemnización hasta la fecha del pagaré. Esta cuantía se calculará sobre el monto que haya debido asumir **[el asegurador]** con ocasión de uno o varios siniestros que afecten la(s) póliza(s) expedida(s) por **[el asegurador]**, por cualquiera de sus coberturas en las que **[la sociedad de la que es socio o accionista]** aparezca como garantizado, teniendo en cuenta sus prórrogas, renovaciones y modificaciones.

Los espacios entre corchetes deben ser diligenciados por el emisor del título desde la suscripción de la carta de instrucciones.



### **5.1.3 Aval suscrito por el socio o accionista del deudor garantizado**

Como se precisó en el documento principal, el otorgamiento del aval se realiza mediante la firma del título emitido por un tercero agregando la expresión «por aval» o alguna equivalente.

En tal sentido, puede incluirse en el pagaré emitido por el deudor garantizado el siguiente espacio:

***Avala:***

*Firma:* \_\_\_\_\_  
*Nombre completo:* \_\_\_\_\_  
*C.C. N.o* \_\_\_\_\_ *de* \_\_\_\_\_  
*Dirección:* \_\_\_\_\_  
*Teléfono:* \_\_\_\_\_

### **5.1.4 Pagaré suscrito por el integrante de una estructura plural cuando esta actúa como deudor garantizado**

Se incluye un modelo de pagaré o aval para aquellos casos en los que el mismo es suscrito por un integrante de la estructura plural, bien sea un consorcio o una unión temporal, y este desea limitar la contragarantía a su participación en la estructura plural. Sobre el particular, es buena práctica que no se limite el valor de la contragarantía a la participación del integrante en la estructura plural, en la medida en que hay circunstancias en las que este hecho puede generar que la contragarantía sea insuficiente para el recobro de la indemnización pagada por el asegurador.

Fecha: (1) \_\_\_\_\_ [MM] de \_\_\_\_\_ [DD] de \_\_\_\_\_ [AA]

PAGARÉ N.o \_\_\_\_\_

Quien suscribe, \_\_\_\_\_ mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía N.o \_\_\_\_\_, en calidad de representante legal de \_\_\_\_\_, con NIT. \_\_\_\_\_ y con domicilio en la ciudad de \_\_\_\_\_, tal como lo acredita el certificado de existencia y representación que se acompaña al presente pagaré, por medio de la presente nos obligamos:

En virtud de la(s) de póliza(s) expedida(s) por **[el asegurador]**, a pagarle incondicionalmente a esta o a quien represente sus derechos, las sumas de dinero que se enuncian a continuación, más los gastos que se generen por otros rubros, que haya sido obligada a pagar con ocasión de uno o varios siniestros que afecten la(s) póliza(s) N.o (2) \_\_\_\_\_ y sus anexos donde el tomador/afianzado sea **[la estructura plural]**.

La promesa incondicional de pago aquí asumida se encuentra limitada al porcentaje de la indemnización pagada por el asegurador, que resulte equivalente al porcentaje de participación de **[nombre del integrante de la estructura plural que firma el pagaré]** en la **[nombre de la estructura plural]**.

El pago se realizará al día siguiente de la fecha del pago efectivo de la indemnización por parte de **[el asegurador]** con ocasión de uno o varios siniestros que afecten la(s) póliza(s) N.o (2) \_\_\_\_\_ y sus anexos donde el tomador /afianzado sea **[la estructura plural]**.

Dicho pago se realizará en sus oficinas de la ciudad de (3) \_\_\_\_\_ o en la cuenta de (4) \_\_\_\_\_ N.o (5) \_\_\_\_\_ del banco (6) \_\_\_\_\_.

1. Por concepto de capital, la suma de (7) \_\_\_\_\_ pesos moneda legal colombiana.

2. Por concepto de intereses moratorios, desde el momento en que se generaron hasta la fecha del pagaré, la suma de (8) \_\_\_\_\_ pesos moneda legal colombiana.

*Sin perjuicio de las demás acciones legales que se deriven del presente pagaré a favor del acreedor para el cobro judicial, sobre el capital referido en el numeral primero (1º) se causarán intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley sobre dicho valor, desde el momento de vencimiento del pagaré hasta el momento en que se pague efectivamente la obligación contenida en el título.*

*Se deja expresa constancia de que el presente documento corresponde a un pagaré con espacios en blanco, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 622 del Código de Comercio, **[el asegurador]** o quien este designe queda expresa e irrevocablemente autorizado para llenar, sin previo aviso, los espacios en blanco que figuran en este documento pagaré, el cual podrá ser diligenciado con sujeción a las instrucciones contenidas en la carta de instrucciones del **[fecha de la carta de instrucciones]**.*

*Para constancia se firma en la ciudad de \_\_\_\_\_.*

### **Obligado**

Firma: \_\_\_\_\_  
 Nombre completo: \_\_\_\_\_  
 C.C. N.o \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_  
 Dirección: \_\_\_\_\_  
 Teléfono: \_\_\_\_\_

En relación con los espacios en blanco, puede utilizarse el modelo de carta de instrucciones antes planteado.

Ahora bien, también es posible que el socio de uno de los integrantes de la estructura plural solo esté dispuesto a avalar a su subsidiaria y no a los demás integrantes de la estructura plural. Para estos casos se sugiere usar un modelo similar al siguiente:

**Avala pagaré N.o:** \_\_\_\_\_

**Firma:** \_\_\_\_\_

**Nombre completo:** \_\_\_\_\_

**C.C. N.o** \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**Dirección:** \_\_\_\_\_

**Teléfono:** \_\_\_\_\_

**Límites:** *El presente aval se limita a la obligación a cargo de **[nombre el integrante de la estructura plural]** avalado.*

También es posible recurrir a este formato para que cada uno de los accionistas de cada uno de los integrantes de la estructura plural avale el porcentaje de participación de su subordinada; es decir, pueden existir múltiples avales, cada uno cubriendo un porcentaje del pagaré.

### **5.1.5 Cartas de crédito *stand-by* o garantías a primera demanda para contratistas internacionales**

Como es natural, el carácter financiero de este tipo de garantía hace que suelen emplearse modelos predispuestos por el banco emisor. En este orden de ideas, se considera que plantear una redacción independiente puede generar una batalla de formas<sup>16</sup> que dificulte el proceso de suscripción.

Sin embargo, a modo de guía para efectos de familiarización con la figura, se ofrece el siguiente modelo de las condiciones básicas que deberían encontrarse en una carta de crédito:

<sup>16</sup> Aljure Salama, Antonio, *El contrato internacional*, Ed. Legis, p. 142 yss.



\_\_\_\_\_ [Denominación del banco emisor] (el «banco emisor»), emite la Carta de Crédito Standby Irrevocable N.o \_\_\_\_\_ (la «carta de crédito»), a favor de **[el asegurador]** (el «beneficiario»), por un importe de \_\_\_\_\_ (el «importe garantizado»). Esta carta de crédito es emitida para garantizar el recobro de las obligaciones que [el asegurador] deba asumir con ocasión de la póliza N.o [\_\_\_\_\_], así como sus futuras modificaciones, mediante la cual **[el asegurador]** aseguró el cumplimiento de las obligaciones asumidas por **[nombre del deudor garantizado]** con relación al contrato **[identificar el contrato asegurado]** celebrado entre **[el deudor garantizado]** y **[el contratante]**, así como sus futuras modificaciones, para **[objeto del contrato]**.

La presente carta de crédito standby será pagadera a la vista en [\_\_\_\_\_] mediante la presentación de los siguientes documentos:  
1. Requerimiento de pago en hoja membretada del beneficiario, según formato anexo, manifestando el incumplimiento por parte de **[el deudor garantizado]**. 2. Copia de carta de crédito standby y sus documentos modificatorios, si los hubiese.

Condiciones especiales:

1. Conforme a esta carta de crédito standby se permiten disposiciones parciales, pero en ningún caso el importe acumulado de los requerimientos de pago podrá exceder el importe total de esta carta de crédito standby.
2. Todas las comisiones y gastos derivados de esta carta de crédito standby son por cuenta del ordenante. (...)



## 5.2 Garantías reales

### 5.2.1 Cesión condicionada de los derechos derivados del contrato asegurado

En vista de que el propósito del presente anexo no es establecer una minuta rígida que se aplique a todos los contratos, sino, por el contrario, sugerir un esquema básico que sirva como orientación para el desarrollo de los modelos de cada asegurador, no se incluye una minuta integral del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se sugieren algunas cláusulas básicas que podrían incorporarse en esta modalidad de contrato.

OBJETO: en virtud del presente contrato, [el deudor garantizado] constituye(n) a favor de **[el asegurador]** garantía mobiliaria de cesión de los derechos económicos derivados del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_\_ entre **[el asegurado]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus contratos adicionales, prórrogas o modificaciones presentes o futuras hasta por la suma de \_\_\_\_\_ en respaldo de la obligación de reembolso que podría surgir en favor de **[el asegurador]** en el evento en que este se vea obligado a realizar algún pago con cargo a la póliza de cumplimiento N.º \_\_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre **[el asegurado]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus prórrogas o modificaciones.

CONDICIÓN: el presente contrato se encuentra sujeto a condición suspensiva, en consecuencia, **[el asegurador]** solo podrá exigir la retención o el pago de los derechos económicos objeto de la cesión una vez haya asumido algún pago con ocasión de la póliza de cumplimiento N.º \_\_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre **[el asegurado]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus prórrogas o modificaciones.

CUANTÍA: la cesión de derechos objeto del presente contrato se encuentra limitada al menor valor entre \_\_\_\_\_ y el valor que el asegurador se vea obligado a pagar como consecuencia de la ocurrencia de un siniestro amparado por la póliza de cumplimiento N.º \_\_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre **[el asegurado]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus prórrogas o modificaciones.

### **5.2.2 Cesión condicionada de derechos económicos derivados de contratos diferentes al contrato asegurado**

Desde el punto de vista del texto del contrato de cesión de derechos, no existen diferencias significativas entre la cesión de derechos económicos del contrato asegurado y la cesión de derechos económicos de otros contratos del deudor garantizado, por lo que la redacción propuesta únicamente contiene ligeros cambios relacionados con el contrato cedido.

*OBJETO: en virtud del presente contrato, [el deudor garantizado] constituye(n) a favor de [el asegurador] garantía mobiliaria de cesión de los derechos económicos derivados del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_\_ entre **[el contratante en el contrato cedido]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus contratos adicionales, prórrogas o modificaciones presentes o futuras hasta por la suma de \_\_\_\_\_ en respaldo de la obligación de reembolso que podría surgir en favor de **[el asegurador]** en el evento en que este se vea obligado a realizar algún pago con cargo a la póliza de cumplimiento N.º \_\_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre **[el asegurado]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus prórrogas o modificaciones.*

*CONDICIÓN: el presente contrato se encuentra sujeto a condición suspensiva, en consecuencia, [el asegurador] solo podrá exigir la retención o el pago de los derechos económicos objeto de la cesión una vez haya asumido algún pago con ocasión de la póliza de cumplimiento N.o \_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_ entre [el asegurado] y [el deudor asegurado], así como sus prórrogas o modificaciones.*

*CUANTÍA: la cesión de derechos objeto del presente contrato se encuentra limitada al menor valor entre \_\_\_\_\_ y el valor que el asegurador se vea obligado a pagar como consecuencia de ocurrencia de un siniestro amparado por la póliza de cumplimiento N.o \_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_ entre [el asegurado] y [el deudor asegurado], así como sus prórrogas o modificaciones.*

### **5.2.3 Tránsito de la nuda propiedad sobre determinados bienes bajo condición resolutoria**

Es fundamental recordar que bajo esta contragarantía es necesario celebrar uno o dos contratos, dependiendo de la forma de instrumentación de esta. En el evento en que se ceda en garantía la nuda propiedad del bien, únicamente será necesario suscribir un contrato y cuando se recurra a la cesión integral del derecho de propiedad sobre un bien acompañado de un contrato de comodato será necesario recurrir a dos contratos. La selección de cualquiera de estas alternativas depende de la política de suscripción de la compañía, así como de la identificación de las ventajas que, desde el punto de vista tributario, cada una de ellas pueda ofrecer. En cualquier caso, la cláusula más importante en todos estos contratos es la condición resolutoria a la que se sujeta la efectividad de estos; se sugiere la siguiente redacción:

*CONDICIÓN RESOLUTORIA: el presente contrato está sujeto a condición resolutoria, en consecuencia, todas las obligaciones derivadas del mismo se resolverán si, para el **[fecha de expiración de la contragarantía]** la aseguradora no ha recibido ningún reclamo judicial o extrajudicial o aviso de siniestro proveniente de **[el asegurado]** con ocasión de la expedición de la póliza de cumplimiento N.o tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre **[el asegurado]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus prórrogas o modificaciones.*

*En caso de que la condición anterior falle, el contrato se resolverá en el evento en que **[el asegurador]** no sea obligado a realizar el pago de la indemnización derivada de la póliza de cumplimiento N.o \_\_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre **[el asegurado]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus prórrogas o modificaciones.*

Quando se recurre a la figura de la cesión de la nuda propiedad con el usufructo del bien en cabeza del deudor garantizado es necesario incluir una condición opuesta, esto es, la terminación del usufructo en el evento en que se produzca el incumplimiento del contrato afianzado. En tal sentido, sería recomendable incluir una cláusula adicional del siguiente tenor:

*CONDICIÓN RESOLUTORIA DEL USUFRUCTO: el derecho real de usufructo que conserva **[el deudor garantizado]** se encuentra sujeto a la siguiente condición resolutoria, en consecuencia, dicho derecho real se extinguirá si **[el asegurador]** recibe algún reclamo judicial o extrajudicial o aviso de siniestro proveniente de **[el asegurado]** con ocasión de la expedición de la póliza de cumplimiento N.o. \_\_\_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre **[el asegurado]** y **[el deudor asegurado]**, así como sus prórrogas o modificaciones antes del **[fecha de expiración de la contragarantía]**.*



De igual forma, se podrá introducir una condición resolutoria similar al contrato de comodato, de forma tal que, una vez el asegurador pague la indemnización, pueda celebrarse un contrato de arrendamiento con el fin de imputar el pago de los cánones a la suma a recobrar y que, una vez se recobre la totalidad de las sumas pagadas por el asegurador, se restituya el bien al deudor garantizado.

## **5.2.4 Fiducia de administración, pagos y garantía**

Por regla general, las minutas de los contratos de fiducia son propuestas por las sociedades fiduciarias; sin embargo, ello no impide que, dependiendo del poder de negociación de las partes, se puedan introducir ciertas modificaciones al clausulado predispuesto. Además de lo anterior, por la misma naturaleza del negocio fiduciario, el fideicomitente cuenta con la posibilidad de establecer algunos puntos básicos del contenido del contrato, tales como las limitaciones a las que se encuentran sujeto el patrimonio autónomo y, en general, las instrucciones a las que deberá ceñirse la sociedad fiduciaria durante su administración.

En este contexto tampoco resulta prudente establecer una minuta integral que abarque todas cláusulas que pueden o deben incluirse en el contrato de fiducia, únicamente es necesario analizar las disposiciones de mayor relevancia para el asegurador. En tal sentido, a continuación se precisarán aquellas cláusulas sobre las que el asegurador debe centrar su atención:

*Es fundamental que en el contrato de fiducia se establezca con claridad la condición que dará lugar a que se realice el pago o se transfieran los activos al asegurador. En tal sentido, dentro de la cláusula de definiciones, o en una cláusula independiente, se sugiere incluir lo siguiente:*

*CONDICIÓN: es el requisito al que se somete la transferencia de los recursos o activos invertidos según la instrucción del [asegurador], que deberá acreditar según se indica a continuación:*

*[la sociedad fiduciaria], como vocera y administradora del patrimonio autónomo, para efectos de proceder a efectuar la transferencia de los recursos líquidos, los activos o inversiones efectuadas por el patrimonio autónomo en favor de [el asegurador], deberá recibir una instrucción irrevocable y por escrito por parte de [el asegurador], acompañada de la constancia de pago de una indemnización con ocasión de la expedición de la póliza de cumplimiento N.o.\_\_\_\_ tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre [el asegurado] y [el deudor asegurado], así como sus prórrogas o modificaciones antes del [fecha de expiración de la contragarantía].*

*Parágrafo: la sociedad fiduciaria no verificará y, en consecuencia, no será responsable de cualquier discusión que pueda surgir entre [el asegurador] y [el deudor garantizado] relacionada con la validez del pago efectuado por [el asegurador]; su gestión estará limitada a la verificación de la existencia de la constancia del pago de una indemnización con fundamento en la póliza de cumplimiento N.o tomada por \_\_\_\_\_, cuyo beneficiario es \_\_\_\_\_ y cuyo objeto es garantizar las obligaciones derivadas del contrato \_\_\_\_\_ suscrito el \_\_\_\_ entre [el asegurado] y [el deudor asegurado], así como sus prórrogas o modificaciones.*

En relación con el objeto del patrimonio autónomo, este debe orientarse a cumplir con dos funciones básicas:

*Mientras se acredita el cumplimiento de la CONDICIÓN, [la sociedad fiduciaria] realizará la inversión de los recursos de acuerdo con las instrucciones establecidas por el fideicomitente, conforme a lo establecido en este contrato, y cumplirá con las instrucciones de pago y demás actos de disposición con cargo a los mismos. Para todos los efectos, las definiciones de las inversiones que deba realizar la sociedad fiduciaria como vocera y administradora del patrimonio autónomo se encontrarán plasmadas en un plan de inversión previamente aprobado por [el asegurador], cualquier modificación o instrucción diferente a las plasmadas en dicho plan deberá contar con la aprobación previa y escrita de parte de [el asegurador].*

(...) Entregar a **[el asegurador]**, o a quien este indique, los recursos o activos depositados en el patrimonio autónomo una vez se acredite el cumplimiento de la **CONDICIÓN**. Dicho pago deberá realizarse en los \_\_\_ días siguientes a la fecha en la que el **[el asegurador]** radique la instrucción irrevocable acompañada de los documentos que acrediten su cumplimiento.

Por último, una cláusula esencial que debe ser incluida en esta contragarantía está dada por la imposición de un deber en cabeza de deudor garantizado de recomponer el patrimonio autónomo en el evento en que se produzca una disminución de su valor por debajo de la suma establecida como contragarantía; esta cláusula podría ser del siguiente tenor:

**OBLIGACIÓN DE RECOMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO.**  
En todo caso, **[el deudor garantizado]** garantizará que al momento de acaecer la **CONDICIÓN**, dentro de los recursos existentes en el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** se encuentre disponible el valor de la garantía acordada con **[el asegurador]**, esto es, la suma de \_\_\_\_\_. En caso de que los estados financieros mensuales del portafolio de inversiones arrojen un valor inferior a esta suma, **[el deudor garantizado]** se obliga a reponer ese valor al patrimonio autónomo, en un término de \_\_\_ días hábiles siguientes a la recepción de dicho informe mensual. La **[sociedad fiduciaria]** tendrá la obligación de velar por el cumplimiento de este deber, para tal efecto podrá adelantar todas las gestiones de cobro que resulten necesarias para lograr que se restablezca la suma mínima indicada en la presente cláusula.



## 5.3 Cláusulas contractuales

En relación con las cláusulas contractuales propuestas, se sugiere que se adopte una redacción extensa y explicativa que desarrolle en detalle el fundamento, alcance y consecuencias del incumplimiento de las garantías propuestas.

En vista de que el presente documento está dirigido a una audiencia especializada en materia de seguros, no se desarrollarán aspectos adicionales relacionados con una posible redacción de lo que podrían ser las garantías incluidas en las respectivas pólizas de seguro.

### **5.3.1 Garantía de exigencia de pólizas de cumplimiento a los subcontratistas**

*GARANTÍA: con fundamento en lo previsto en el artículo 1061 del Código de Comercio, el asegurado y el tomador de la póliza se obligan a establecer como requisito que para la celebración de cualquier subcontrato que tenga por objeto el cumplimiento total o parcial de alguna de las obligaciones derivadas del contrato afianzado será necesario que el subcontratista contrate una póliza de cumplimiento cuyo objeto sea garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho(s) subcontrato(s).*

*En los términos del inciso tercero del artículo 1061 del Código de Comercio, el incumplimiento de esta obligación genera la terminación automática del contrato de seguro.*

## **5.3.2 Garantía de inclusión de cláusulas *back to back***

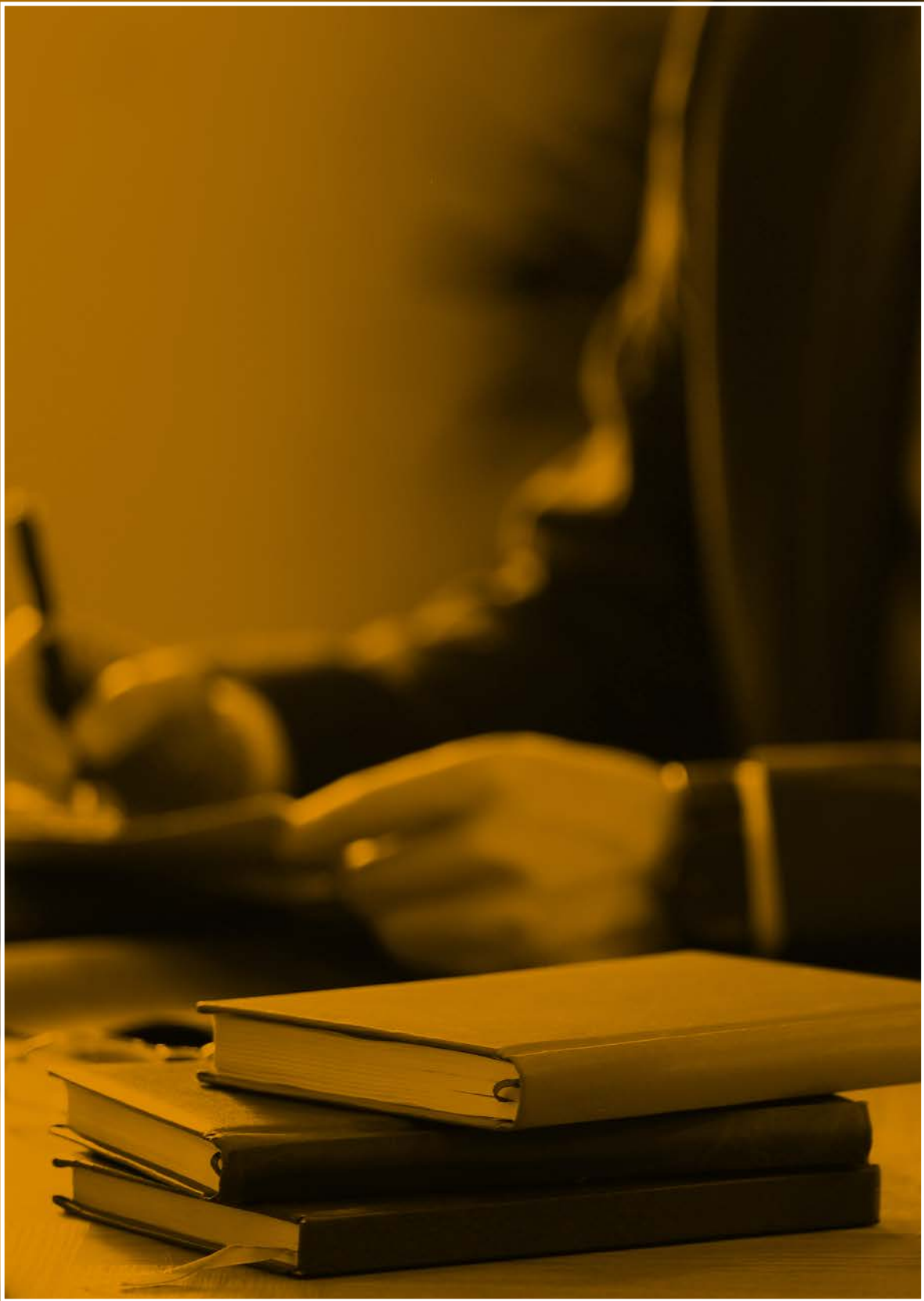
*GARANTÍA: con fundamento en lo previsto en el artículo 1061 del Código de Comercio, el asegurado y el tomador de la póliza se obligan a incorporar una cláusula de indemnidad en todos los subcontratos, que tenga por objeto el cumplimiento total o parcial de alguna de las obligaciones derivadas del contrato afianzado. Como mínimo, dicha cláusula deberá incorporar expresamente los siguientes elementos:*

- *Que el subcontratista será responsable y asumirá frente al contratista afianzado cualquier sanción que le sea impuesta a este como consecuencia de los trabajos ejecutados por el subcontratista y que dicha suma podrá ser descontada de las sumas que el contratista le adeude.*
- *Que todas las obligaciones del subcontrato que se encuentren relacionadas con la ejecución de una de las obligaciones del contrato principal deben ser cumplidas en los términos previstos por el contrato principal.*
- *Que toda suma que el contratista pueda llegar a deber al asegurador por virtud de la subrogación podrá ser cobrada al subcontratista, siempre que la indemnización o sanción pagada por la aseguradora tenga su origen en el incumplimiento de las obligaciones del subcontratista.*

*En los términos del inciso tercero del artículo 1061 del Código de Comercio, el incumplimiento de esta obligación genera la terminación automática del contrato de seguro.*

En relación con esta última cláusula, no es prudente que desde el condicionado de la póliza se redacte la cláusula *back to back* que debe ser incorporada en los subcontratos, dado que este hecho podría dar lugar a que la cláusula pueda ser calificada como abusiva. En consecuencia, se sugiere únicamente perfilar en la póliza las características que dicha cláusula debe contener y que sean el asegurado y el deudor afianzado los llamados a redactar la cláusula que pretenden incorporar.





# Bibliografía

Arévalo Barreto, N.S. (2007). La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. *Revista de Derecho Privado*, (57). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.17>

Baker, W., Dolan, J., Smith, D., e International Chamber of Commerce. (2008). *Users' handbook for documentary credits under UCP 600*. (International Chamber of Commerce, Ed.). Paris: ICC Services.

Baquero Herrera, M. (2017). La modificación del régimen de garantías en América Latina: ¿Un proceso de implementación uniforme de estándares internacionales relativos a las garantías mobiliarias? En Carmen Jerez Delgado (Ed.), *Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis* (199-223). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Collyer, G., Katz, R. e International Chamber of Commerce. (2012). *Collected DOCDEX decisions, 2009-2012 : decisions by ICC experts on documentary credits, collections and demand guarantees*. (Gary Collyer & Ron Katz, Eds.). Paris: International Chamber of Commerce (ICC).

Confederación de Cámaras de Comercio de Colombia. (2017). *Determinantes de la supervivencia empresarial en Colombia*. [https://www.confecamaras.org.co/phocadownload/Cuadernos\\_de\\_analisis\\_economico/Cuaderno\\_de\\_An%20%B0lisis\\_Economico\\_N\\_14.pdf](https://www.confecamaras.org.co/phocadownload/Cuadernos_de_analisis_economico/Cuaderno_de_An%20%B0lisis_Economico_N_14.pdf)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-145 de 2018 (5 de diciembre de 2018).

Fernández Masiá, E. (2014). Las garantías Bancarias en el comercio internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (139), 101-144. doi:10.1016/s0041-8633(14)70502-2

García Medina, J. (2009). *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (estudio sistemático y crítico)*. Madrid: La Ley.

Goode, R. (2013). *Goode on legal problems of credit and security*. (Louise Gullifer, Ed.) (5.a ed.). London: Thomson Reuters.

International Chamber of Commerce. (2007). *ICC uniform customs and practice for documentary credits*. ICC Services Pub.

Morán Bovio, D. (2020). *Ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias: su implementación*. (Marcial Pons, Ed.). Madrid: Marcial Pons.

Peña Nossa, L. (2016). *De los títulos valores*. (Andrés Delgado, Ed.) (10.a ed.). Bogotá: ECOE Ediciones.

Rodríguez Azuero, S. (2002). *Contratos bancarios: su significación en América Latina* (5.a ed.). Bogotá: Legis.

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. N.o 7050 (22 de octubre de 2001).

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC4659-2017 del 3 de abril de 2017 (4 de abril de 2017).

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC562-2021 del 1 de marzo de 2021 (1 de marzo de 2021).

Superintendencia Financiera de Colombia. (2006, agosto 29). Concepto N.o 2006033594-001 del 29 de agosto de 2006. Bogotá.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2008, julio 18). Concepto 2008037974-001 del 18 de julio de 2008. Bogotá.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2020, junio 14). Concepto N.o 2020086426 del 24 de junio de 2020. Bogotá.

Todd, Paul. (2007). *Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits* (7.a ed.). London: Informa.











**Año: 2023**

ISSN 2806-0199

# Cuadernos

**Académicos** No. 05

GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO EXPERTO

**GESTIÓN DE CONTRAGARANTÍAS  
EN EL RAMO DE CUMPLIMIENTO**

NUEVAS ALTERNATIVAS **PARA LA INDUSTRIA**

**fasecolda**  
Federación de Aseguradores Colombianos

Cra. 7 N° 26-20 Piso 11 y 12  
Bogotá, Colombia  
[www.fasecolda.com](http://www.fasecolda.com)