

## Las sanciones contractuales, el principio indemnizatorio y el seguro de cumplimiento: Una tensión aparente

Por: Diego Alexander Berbessi Fernández

### I. Planteamiento del problema

En el marco del derecho contractual, sea en el ámbito privado o en la contratación pública, existen algunas figuras de las cuales las partes pueden hacer uso con la finalidad sancionar a su par contractual tras un incumplimiento parcial o total de sus obligaciones. Tal es el caso de la cláusula penal y la multa, sanciones comunes a ambos regímenes de contratación.

En la contratación estatal, la administración cuenta con la potestad de declarar unilateralmente, vía acto administrativo debidamente motivado, el incumplimiento con el propósito de imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal. Además, siempre que se den los requisitos legales dispuestos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, puede declarar la caducidad del contrato, figura que además de implicar la efectividad de la respectiva cláusula penal o multa que se hubiere pactado, constituye el siniestro de incumplimiento para efectos de hacer efectiva la garantía existente<sup>1</sup>.

El seguro de cumplimiento no es otra cosa que una modalidad de aseguramiento que tiene por objeto servir de garantía a los acreedores respecto de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato o ley. Por medio de él, el asegurador, en contraprestación del pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones objeto de amparo por parte del deudor o afianzado<sup>2</sup>. Un principio que rige a tal contrato, como un tipo de seguro patrimonial que es<sup>3</sup>, es el principio indemnizatorio<sup>4</sup>, según el cual el asegurado únicamente puede obtener del contrato de seguro la reparación de daño que efectivamente ha sufrido y en la medida de tal, sin que le sea posible enriquecerse del mismo<sup>5</sup>, principio que tiene sustento en el artículo 1088 del Código de Comercio<sup>6</sup>.

Pues bien, la doctrina ha discutido ampliamente la viabilidad de cubrimiento en este tipo de pólizas a las sanciones -sea una multa o una cláusula penal- que las partes hubieren pactado y de las cuales sean acreedoras a recibir su pago. En efecto, la multa ostenta una naturaleza sancionatoria en tanto su imposición busca conminar al deudor al cumplimiento de sus obligaciones, mientras que la cláusula penal puede cumplir con varias funciones, como es la de

---

<sup>1</sup> Rodríguez Rodríguez, Libardo (2008). *Derecho administrativo general y colombiano*. (Bogotá: Editorial Temis.) p. 472.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de abril de 2017. SC4659-2017. M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

<sup>3</sup> Efrén Ossa establece que los seguros patrimoniales son aquellos que "protegen la integridad del patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda afectar desfavorablemente y que tanto puede originarse en una disminución del activo como en un aumento del pasivo." Ossa Gómez, J. Efrén (1984): *Teoría General del Seguro: El contrato*. (Bogotá, Editorial Temis). p. 57.

"Los seguros de responsabilidad civil y de cumplimiento pertenecen a los seguros patrimoniales." Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 2017. SC20950-2017. M.P: Ariel Salazar Ramírez.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, SC20950-2017: "El principio indemnizatorio rige tanto para seguros de daños como para seguros patrimoniales."

<sup>5</sup> Ordóñez Ordóñez, Andrés (2001): "El carácter indemnizatorio del seguro de daños.", *Revista de Derecho Privado* No. 7. Universidad Externado de Colombia. pp.3-34. p. 103.

<sup>6</sup> Este artículo dispone: "Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento." Además, cabe resaltar que tal artículo se ha considerado por la doctrina mayoritaria de la materia que tiene un carácter imperativo, a pesar de no encontrarse expresamente en la lista no taxativa del artículo 1162 del Código de Comercio. En este sentido: Ossa Gómez, J. Efrén. *Op. Cit.* pp.127 y 129.

fungir como una estimación anticipada de perjuicios hecha por las partes, la de servir de garantía al cumplimiento de las obligaciones o bien una función punitiva o sancionadora.

La tesis mayoritaria, apoyada por autores como Andrés Ordóñez, sostiene que cuando se haya de pagar una multa o bien cuando la cláusula penal se pacta como sanción pura, es decir, independientemente de la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento, es claro que puede generar una ventaja económica que puede resultar superior al perjuicio que efectivamente ha sufrido el acreedor. En este orden de ideas, cuando a través de una póliza de cumplimiento se cubre una multa o una cláusula penal en las condiciones anotadas -vista la cláusula penal desde su función punitiva-, el asegurador asumirá una prestación a favor del asegurado que va más allá del carácter indemnizatorio, por lo que se iría en contradicción de dicho principio que rige el seguro de daños y habría, por consiguiente, descartar tal tipo de estipulación<sup>7</sup>. Se argumenta de igual manera que diferente sería el caso si la cláusula penal no está estipulada como sanción sino como una estimación adelantada de perjuicios derivados del incumplimiento contractual, caso en el cual el asegurador tendrá que resarcir al acreedor el valor del daño o perjuicio derivado del incumplimiento del deudor anticipado mediante la cláusula penal, hasta concurrencia de la suma asegurada<sup>8</sup>, mientras que en el caso de la multa, al sólo cumplir con una función sancionatoria -y conminatoria-, nunca se podría amparar.

Valga mencionar que en la contratación pública poco se ha debatido sobre este punto, pues por disposición del artículo 128 del Decreto 1510 de 2013 (Posteriormente compilado por el Decreto 1082 de 2015), las garantías que el contratista presente para respaldar contrato – casi siempre un seguro de cumplimiento-, deben tener cobertura tanto para la multa como la cláusula penal que la administración en ejercicio de su potestad sancionatoria imponga, requiriendo para su pago tanto al contratista como al garante. Esto, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual en el marco de la contratación estatal el seguro de cumplimiento no se rige en su totalidad por las normas del Código de Comercio sino también por las del Estatuto de Contratación Pública, así como las normas que lo reglamenten y complementen<sup>9</sup>. Sin embargo, a nuestro parecer, ese solo hecho no resulta suficiente para descartar, por sí sola, la anterior discusión. Si así fuere, toda norma, cualquiera que fuere y por más arbitraria que fuere, no estaría abierta a discusión en su contenido.

---

<sup>7</sup> Ordóñez Ordóñez, Andrés (2001). *Op. Cit.* p. 103.

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de octubre de 2023. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp.54.709.

En este orden de ideas, se ha sostenido que la principal diferencia entre los contratos de seguros íntegramente regidos por el derecho privado y aquellos que son garantía de un contrato estatal está en la competencia que tiene la administración, mediante acto administrativo debidamente motivado, de declarar la ocurrencia del siniestro, que, como tal, ostenta la presunción de legalidad y es ejecutivo y ejecutorio. De la misma manera, la entidad estatal, al igual que sucede en el derecho ordinario, está en el deber de fundamentar y probar la existencia del siniestro y la cuantía de este. Pero mientras que en el seguro de cumplimiento regido por las normas del Código de Comercio la aseguradora puede objetar la reclamación de un particular, tratándose de un acto administrativo expedido por la administración este se debe impugnar administrativa y/o judicialmente. Véase al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. C.P: María Adriana Marín. Exp.36.600.

Es inevitable poner de presente que muchas son las críticas que existen respecto de esta modalidad de aseguramiento, pues el régimen jurídico que regula la relación entre la administración y la aseguradora es sustancialmente más gravoso al de la misma y sus contratistas, pero lo cierto es que el mismo se ha mantenido en vigor hasta nuestros días. Véase al respecto: Ordóñez Ordóñez, Andrés (2010): “Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, constituida a través de póliza de seguro de cumplimiento”, *Revista de Derecho Privado No. 19*. Universidad Externado de Colombia. p. 173.

## II. Análisis

La tesis anteriormente mencionada, además de carecer de aplicación práctica, debe ser analizada detenidamente para notar el yerro en que se incurre si se toma como correcta:

Cuando un asegurador paga una multa o una cláusula penal en favor del acreedor, indistintamente si está estipulada como sanción o como estimación anticipada de perjuicios, desde su punto de vista, en realidad no estaría pagando una sanción ni enriqueciéndolo, sino cubriendo las consecuencias del incumplimiento por el no pago de la cláusula penal o la multa por parte del deudor/afianzado.

No se puede perder de vista que el contenido de la prestación a cargo del asegurador para con el acreedor en virtud de un seguro de cumplimiento es la de ampararlo frente al incumplimiento contractual del deudor o afianzado. Así las cosas, si el deudor o afianzado no paga el valor de la multa o la cláusula penal, se estaría configurando el siniestro que ampara este tipo de póliza, esto es, un incumplimiento contractual. Entonces, cuando se paga una multa o una cláusula penal, se reitera, así esta esté estipulada como sanción, el asegurador no estará haciendo otra cosa sino cumpliendo con la obligación que contrajo en virtud de la póliza de seguro de cumplimiento, reparando el perjuicio que se le hubiere causado al acreedor/beneficiario por el no pago de la cláusula penal o la multa por parte del afianzado.

La anterior discusión no se presenta en el marco de un seguro de responsabilidad civil de carácter contractual, donde sin lugar a duda sería viable la cobertura de la multa y cláusula penal aún en su modalidad punitiva. En tal caso, el asegurador debe proceder al cubrimiento de esta, de cuyo pago su asegurado -en este caso el deudor- es responsable debido al incumplimiento contractual en que ha incurrido, pues sólo así se estaría resarcando efectivamente la deuda de responsabilidad en cabeza de su asegurado, por lo que no se iría en contradicción del principio indemnizatorio<sup>10</sup>.

Nótese que el seguro de responsabilidad civil impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con ocasión de esa responsabilidad<sup>11</sup> -en este caso, contractual- y no únicamente los perjuicios derivados del incumplimiento como en el caso de la póliza cumplimiento respecto del acreedor, por lo que su cubrimiento ampara, de manera más amplia si se quiere, el detrimento económico que surge para el asegurado dentro de la relación que nace en virtud del contrato de seguro<sup>12</sup> y no se presta para interpretar la póliza de tal manera que se deje desamparada la multa o la cláusula penal. Sin embargo, lo cierto es que este seguro no es de uso frecuente para amparar el cumplimiento de un contrato, tanto en el ámbito privado como en la contratación estatal, donde, como ya se indicó, el seguro por excelencia es el de cumplimiento.

Por último, hay que indicar que en los casos en que proceda el cubrimiento de la cláusula penal por medio de un contrato de seguros, la carga del beneficiario/acreedor, en el caso de la póliza de cumplimiento y en el caso de la póliza de responsabilidad civil contractual, de demostrar la

---

<sup>10</sup> Ordóñez Ordóñez, Andrés (2001). *Op. Cit.* P. 106.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, SC20950-2017. En soporte del artículo 1127 del Código de Comercio, el cual dispone: "El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055."

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, SC20950-2017.

cuantía de la pérdida por la ocurrencia del siniestro (Artículo 1077 Código de Comercio) en últimas se limitará a poner de presente que en la relación aseguradora medió una estipulación penal. Lo anterior, salvo que la pena se haya pactado independientemente de los perjuicios, caso en el cual el valor del siniestro no sólo estará compuesto por el valor de cláusula penal sino también por los perjuicios que debidamente se acrediten por parte del beneficiario. Por su parte, en el caso de la multa dicha carga se entenderá satisfecha poniendo de presente el acto mediante el cual se tasó el valor de la sanción, teniendo que probar, además, el valor de los perjuicios que se hubieren ocasionados debido al incumplimiento parcial.

### **III. Conclusión**

Un adecuado entendimiento de la prestación a cargo del asegurador que garantiza el cumplimiento del contrato hace denotar que, en realidad, no se estaría contrariando el principio indemnizatorio propio de los seguros patrimoniales cuando una póliza de cumplimiento cubre el valor que se le hubiere impuesto al contratista o afianzado por concepto de una multa o de una cláusula penal, vista esta última desde su función sancionatoria. Lo anterior, debido a que cuando así se hace, el asegurador no estará haciendo otra cosa que dar cumplimiento a la obligación que contrajo en virtud de del respectivo contrato de seguros.

### **Referencias**

- **Doctrina**

Ordóñez Ordóñez, Andrés (2001): "El carácter indemnizatorio del seguro de daños.", *Revista de Derecho Privado No. 7*. Universidad Externado de Colombia. pp.3-34.

Ordóñez Ordóñez, Andrés (2010): "Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, constituida a través de póliza de seguro de cumplimiento", *Revista de Derecho Privado No. 19*. Universidad Externado de Colombia. pp. 135-177.

Ossa Gómez, J. Efrén (1984): *Teoría General del Seguro: El contrato*. (Bogotá, Editorial Temis).

Rodríguez Rodríguez, Libardo (2008). *Derecho administrativo general y colombiano*. (Bogotá: Editorial Temis.)

- **Jurisprudencia**

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de octubre de 2023. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp.54.709.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. C.P: María Adriana Marín. Exp.36.600.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de abril de 2017. SC4659-2017. M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 2017. SC20950-2017. M.P: Ariel Salazar Ramírez.