

NULIDAD PROCESAL - Falta de jurisdicción / FALTA DE JURISDICCION - Nulidad procesal

La referida causal de nulidad procesal, consagrada de manera expresa en el estatuto de procedimiento civil corresponde, además, a aquellas que no son susceptibles de saneamiento, razón por la cual pueden y deben ser declaradas por el juez, en cualquier etapa del proceso, de conformidad con las previsiones del FF: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ARTICULOS 140, 145

CONTRATO ESTATAL - Evolución legal / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Clasificación. Decreto 222 de 1983 / CONTRATO ESTATAL - Definición legal. Ley 80 de 1993 / CONTRATO ESTATAL - Criterio subjetivo. Orgánico / CONTRATO ESTATAL - Ley 80 de 1993 / CONTRATOS ESTATALES ESPECIALES - Régimen legal / CONTRATO ESTATAL - Régimen legal

El legislador extraordinario, a través del Decreto-ley 222 de 1983, clasificó como administrativos los siguientes contratos: concesión de servicios públicos; obras públicas; prestación de servicios; suministro; interadministrativos internos que tengan los mismos objetos ya señalados; explotación de bienes del Estado; empréstito; créditos celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico - FOCINE-; conducción de correos y aquellos celebrados por entidades oficiales colombianas con instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, cuando no se les considerare como tratados o convenios internacionales. Ese mismo estatuto de contratación pública dispuso, como regla general, que los demás contratos se tendrían como de derecho privado de la Administración, en el entendido de que los mismos eran los que se regirían por las normas civiles, comerciales o laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad, dando cabida a una categoría intermedia consistente en los contratos de derecho privado de la Administración con cláusula de caducidad. A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual -al margen de los reparos que amerita la definición contenida en la parte inicial de su artículo 32-, se encuentra legalmente definido como aquel acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurre una de las entidades estatales que menciona el artículo 2º ibídem, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad como suele suceder con los que se clasifican como atípicos e innominados (artículo 32, Ley 80). Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal. Ahora bien, a propósito de la expresión "contratos estatales" (artículos 8-2, 11, 13, 27, 28, 32, 39, 40, 70, entre otros), que la propia Ley 80 asimila y equipara con las de "contratos del Estado" (artículos 41 y 44, entre otros) y "contratos de las entidades estatales" (artículos 1, 6, 8-1, 13, 32-1, 32-2, 32-3, 32-4, 39, 66, entre otros), la cual dio lugar al surgimiento de la clasificación que lleva su nombre, cabe señalar que por diversas razones -tales como su sentido natural y obvio, su amplia aceptación, su vasta comprensión, su permanente utilización-, tuvo una dinámica tal que incluso ha determinado su utilización por normas que en modo alguno la circunscriben a los específicos contratos de que se ocupa el estatuto de contratación estatal o a los cuales le sean aplicables, total o parcialmente, sus disposiciones, por manera que manteniendo el señalado criterio subjetivo u orgánico, las expresiones,

equivalentes entre sí, de “contratos estatales”, “contratos del Estado” o “contratos de las entidades estatales”, se han extendido a tal punto que en la actualidad integran un verdadero género que se encuentra conformado por todos aquellos contratos en los cuales interviene como parte una entidad pública o estatal, sin que dicha categoría pueda reducirse a los contratos de que se ocupa específicamente la Ley 80 (artículo 32) o en cuya celebración participa una de las entidades que ese estatuto contractual define como estatales (artículo 2), puesto que éstos últimos contratos -estatales propiamente dichos-, apenas si corresponden a una de las especies de ese género. También importa destacar que la clasificación de estatal, respecto de un determinado contrato, no determina, per se, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a la cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar - como ocurre con la generalidad de los casos-, que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado. Lo anterior resulta perfectamente válido en el marco de un Estado en proceso de modernización que debe cumplir con tareas que se concretan principalmente en la órbita del derecho privado y que exigen de sus instituciones u organismos respuestas ágiles, oportunas y eficaces, en cuanto el legislador determine que a las respectivas relaciones contractuales no deban aplicarse, total o parcialmente, las normas o los procedimientos propios del derecho público, circunstancia que no desconoce ni altera, en modo alguno, la naturaleza de estatal de los contratos que celebren las entidades de carácter oficial. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de agosto 20 de 1998. Radicación No. 14202. Actor: Universidad del Tolima. Magistrado Ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández; Sentencia de septiembre 23 de 1997. Expediente S-701-Contractual. Actor: Diego Giraldo Londoño. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; Concepto del 4 de abril de 1974. Anales del Consejo de Estado

FF: DERETO 222 DE 1983; LEY 80 DE 1993

CONTRATO DE SEGURO - Naturaleza. Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Contrato de seguro / CONTRATO DE SEGURO - Régimen legal mixto / PRINCIPIO DE ECONOMIA - Contrato de seguro / CONTRATO DE SEGURO - Cláusula exorbitante / DECLARATORIA DE CADUCIDAD - Siniestro de incumplimiento

Manteniendo la estructura de las reflexiones y la línea conceptual que en su oportunidad expuso la Sala para explicar la naturaleza administrativa que correspondió a los contratos de seguros que fueron celebrados para garantizar el cumplimiento de contratos de derecho público, pero efectuando las adaptaciones y adecuaciones que impone la vigencia del estatuto de contratación de la Administración contenido actualmente en la Ley 80, cabe sostener que los contratos de seguros que se celebran para respaldar o garantizar el cumplimiento de contratos estatales también participan de la naturaleza jurídica de éstos, de conformidad con las siguientes razones: A.- Porque los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, deben examinarse con la misma óptica conceptual con la que se ha diseñado el régimen legal especial de los contratos estatales que ellos garantizan, como quiera que ambos participan de una sola e idéntica finalidad, cual es la de servir a unos mismos intereses generales. B.- Porque el estatuto de contratación estatal también se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los

contratos estatales, de lo cual se deduce que los mismos se encuentran sometidos a las disposiciones contenidas en el estatuto de contratación estatal, normatividad especial que, al menos, da lugar a la configuración de un régimen legal de carácter mixto que en modo alguno puede tildarse como integrado exclusivamente por normas de derecho privado, tal como lo reflejan el contenido del numeral 4 del artículo 5, el inciso final del artículo 18, el numeral 19 del artículo 25, el inciso 2 del artículo 41 y el inciso final del artículo 60, todas esas disposiciones de la Ley 80, normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades estatales contratantes como para los contratistas particulares, quienes no podrán negociar sobre su contenido ni eludir su observancia. A lo anterior se agrega la consideración, no menos significativa, de que la regulación especial e imperativa, de orden público y de derecho público, que la Ley 80 consagra en su artículo 25-19 en relación con los aspectos básicos de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, forma parte esencial del principio de economía, el cual, a su turno, según los dictados de los artículos 1, 3, 23 y 25 del mismo estatuto de contratación estatal, es uno de los principios rectores que orientan e inspiran los contratos estatales, de lo cual fluye con claridad la integración e inescindibilidad que, por previsión legal, cabe predicar entre el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento y el contrato estatal garantizado. C.- Porque los efectos que se derivan de las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad y reversión, previstas, consagradas y reguladas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80, tan propias y específicas de determinados contratos estatales, gravitan permanentemente sobre los contratos de seguros que se celebren para garantizar su cumplimiento, al punto de que por expresa disposición legal, la declaratoria de caducidad administrativa de un contrato estatal "... será constitutiva del siniestro de incumplimiento" (artículo 18 Ley 80), efecto éste que naturalmente proyecta sus efectos sólo en relación con el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento. D.- Porque la estructura legal de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, impone concluir que aquellos son especiales y participan de la naturaleza de éstos, como quiera que resultan totalmente diferentes de los demás contratos normales o corrientes de seguros que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio. Nota de Relatoría: SOBRE PRINCIPIO DE ECONOMIA: sentencia de mayo 3 de 2001, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Expediente No. 12724. Actor Compañía Aseguradora de Fianzas y Pinski; TESIS EN VIGENCIA DEL ARTÍCULO 70 DEL DECRETO-LEY 222 DE 1983: Sección Tercera. Auto de marzo 9 de 1988. Expediente 4913. Magistrado Ponente, Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo FF: CODIGO DE COMERCIO ARTICULO 1037; DECRETO-LEY 222 DE 1983 ARTICULO 70; LEY 80 DE 1993 NUMERAL 4 DEL ARTICULO 5, 18, NUMERAL 19 DEL ARTICULO 25 , EL INCISO 2 DEL ARTICULO 4,. INCISO FINAL DEL ARTICULO 60

CONTRATO DE SEGURO - Diferente al de seguro de derecho privado

La estructura legal de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, impone concluir que aquellos son especiales y participan de la naturaleza de éstos, como quiera que resultan totalmente diferentes de los demás contratos normales o corrientes de seguros que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio, de conformidad con las siguientes anotaciones: a).- En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado ni aquella que prevé que en cuanto tal

objección sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; de ello se infiere, necesariamente, que en estos contratos especiales de seguros tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado o al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro, a la aseguradora, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer (artículo 1075 C. de Co.), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal. En el caso de los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales, la que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones -como ocurre en el derecho privado con la objeción con que se responde la reclamación del asegurado-, pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye a favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro (artículo 77 Ley 80; artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62, 63, 64, 66, 68 y demás concordantes C.C.A.). b).- Como ya se indicó, en los contratos especiales de seguros, el siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80). Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio, según la cual el sólo aspecto fáctico acerca de la realización del riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, resultará suficiente para la configuración del siniestro; ello sin perjuicio de añadir para estos casos, como lo ha precisado la Jurisprudencia, que en cuanto esta clase de seguros de cumplimiento tienen un propósito eminentemente indemnizatorio (artículo 1089 C. de Co.), para que resulten viables las pretensiones del asegurado y se concrete la obligación a cargo de la compañía aseguradora, será necesario, en los términos del artículo 1077 del estatuto mercantil, que el asegurado, además del incumplimiento del contratista afianzado (siniestro), demuestre también los perjuicios que tal incumplimiento le hubiere ocasionado (cuantía de la pérdida). c).- El riesgo que debe amparar el contrato de seguro lo determina la entidad estatal contratante, de manera unilateral, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia, sin que su alcance pueda ser libre y voluntariamente convenido entre el contratista particular y la correspondiente aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80). d).- El término de vigencia del respectivo contrato de seguro, así como el de sus diferentes amparos, también obedece a decisiones que adopta de manera unilateral la entidad estatal contratante, sin que ese aspecto pueda ser definido de manera libre y voluntaria entre el contratista particular y la compañía aseguradora. (Artículo 25-19, Ley 80). e).- La cuantía de cada amparo es impuesta unilateralmente por la entidad estatal contratante, sin que su monto pueda responder al libre y voluntario convenio entre el contratista particular y la aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80). f).- Aquellas características o cláusulas que deba contener la respectiva póliza y que la entidad estatal contratante hubiere señalado o exigido como obligatorias en el pliego de condiciones o términos de referencia, en modo alguno podrán ser variadas, discutidas o negociadas por el contratista particular o por la aseguradora. (Artículo 30-6, Ley 80). g).- El correspondiente contrato de seguro se celebra de manera obligatoria, por mandato de la ley, en los términos que

establezca la respectiva entidad estatal contratante, sin que el contratista particular o la aseguradora tengan la opción de discutir o negociar si hay lugar, o no, a su celebración o a la expedición de la respectiva póliza. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80). h).- La ejecución de los contratos estatales se encuentra supeditada, por expreso mandato legal, a la previa aprobación que la entidad estatal contratante debe impartir respecto del correspondiente contrato de seguro mediante el cual se garantice el cumplimiento de aquellos. (Artículo 41, Ley 80). Ese mismo mandato legal impone el requisito consistente en que el contrato de seguro deba someterse a la revisión y aprobación expresa de la entidad estatal contratante, acerca de cuyos efectos se realizará un desarrollo específico más adelante. i).- En cuanto el objetivo del contrato de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que ambos contratos participan de una misma y común finalidad, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales. Nota de Relatoría: Ver Exp. 19929. Auto de noviembre 20 de 2003. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra; de la Corte Suprema de Justicia expediente No. 5065, con ponencia del Magistrado Nicolás Bechara Simancas

CONTRATO DE SEGURO - Estipulación a favor de tercero / CONTRATO DE SEGURO - Aceptación del beneficiario / CONTRATO DE SEGURO - Ratificación. Efecto retroactivo / CONTRATO DE SEGURO - Teoría del tomador provisional / TEORIA DEL TOMADOR PROVISIONAL - Contrato de seguro

Para la Sala resulta válido sostener que en los contratos de seguros que se celebran con el fin de garantizar el cumplimiento de contratos estatales, las entidades contratantes sí toman parte. El anterior aserto se explica con toda naturalidad en cuanto la relación contractual en estudio se examine a la luz de la institución de la estipulación a favor de otro, en virtud de la cual la ley autoriza a cualquier persona para que convenga a favor de un tercero, sin contar con derecho alguno para representarlo, en el entendido de que sólo ese tercero podrá exigir lo estipulado una vez acepte, de manera expresa o tácita, la respectiva convención. Después de examinar el alcance de la norma legal que en el derecho común regula, de manera general, la institución de la estipulación a favor de un tercero, contenida en el artículo 1506 del Código Civil, se evidencia que la aceptación que el tercero manifiesta respecto de la estipulación que se ha efectuado a su favor genera efectos retroactivos al momento de la celebración de la convención entre estipulante y prometiende, al tiempo que determina el surgimiento de una relación contractual entre el beneficiario y el prometiende, en virtud de la cual, precisamente, aquél en condición de acreedor podrá exigirle al prometiende el cumplimiento de su obligación. Y se entiende con facilidad que la obligación que el prometiende asume para con el beneficiario y que sólo éste puede exigirle, también encuentra sustrato en la relación contractual que se concluye entre dichos prometiende y beneficiario, como quiera que la manifestación de voluntad que realiza tal prometiende en acuerdo con el estipulante, en el sentido de obligarse a favor del beneficiario, encuentra como respuesta la aceptación incondicional de éste; ¿Y qué tipo de relación jurídica existe acaso entre dos partes, cuando las mismas concluyen un acuerdo de voluntades que genera obligaciones, si no es una relación de índole contractual?. Si bien resulta cierto que la figura de la estipulación a favor de un tercero, a partir

de su regulación general, aporta elementos trascendentes para dilucidar la problemática relacionada con la naturaleza jurídica de los contratos de seguro de cumplimiento de contratos estatales, no es menos cierto que ante la existencia de una norma legal especial que consagra y disciplina esa misma institución para el caso del contrato de seguro, se impone la aplicación preferente de dicha disposición especial a cuyo amparo deberá adelantarse el estudio de la materia en cuestión. Esa regla especial, para los contratos de seguros, se encuentra contenida en el artículo 1038 del Código de Comercio. Para la Sala, la hipótesis fáctica prevista en la norma legal que acaba de transcribirse es, precisamente, la que se configura en el caso de los contratos de seguro que se vienen mencionando, como quiera que el contratista particular, sin contar con poder alguno o con facultad para representar y menos para vincular u obligar a la entidad estatal contratante, procede a estipular, junto con la compañía aseguradora, los términos del contrato de seguro de cumplimiento a favor de la aludida entidad estatal contratante a la cual le corresponde la condición de asegurada. En ese sentido cabe señalar entonces que cuando la entidad estatal contratante, en su condición de asegurada, aprueba los términos del contrato de seguros que se ha estipulado a su favor sin que mediere poder para representarla y que ha sido sometido a su revisión, naturalmente está manifestando su aceptación o consentimiento en relación con dicha estipulación y, por tanto, a partir de ese momento sólo esa entidad estatal podrá demandar o exigir el cumplimiento del mismo. En la medida en que la norma mercantil determina que la aceptación del contrato por el asegurado en cuyo nombre un tercero, sin poder para representarlo, ha estipulado el seguro, corresponde a la ratificación del respectivo contrato, hay lugar a concluir sin ambages que tal aceptación produce efectos que se retrotraen al momento mismo de celebración del aludido contrato de seguro, por manera que ha de tenerse a ese asegurado como parte del contrato, ello en consideración a que los efectos de la ratificación, por parte del asegurado, se han de regir por lo previsto en el artículo 844 del mismo Código de Comercio. Puesto que la celebración del contrato de seguro no exige formalidad especial alguna, en cuanto el artículo 1036 del estatuto de los comerciantes determina que ese tipo de contratos es consensual, esto es que se perfeccionan por el solo consentimiento (artículo 1500 C.C.), hay lugar a precisar entonces que para que esos contratos de seguro de cumplimiento se tengan como estatales solo será necesario que consten por escrito, dado que esa es la formalidad exigida en la Ley 80 (artículos 39 y 41) para esa clase de vínculos contractuales, requisito de común observancia en la práctica en cuanto las compañías aseguradoras expiden por escrito las pólizas que contiene las condiciones básicas de los contratos de seguro y también por escrito las entidades estatales le imparten su aprobación, la cual, oportuno es reiterarlo, constituye entonces la manifestación de voluntad de la entidad contratante por cuya virtud acepta los términos del contrato que inicialmente se estipuló a su favor pero sin facultades para representarla y a partir de ese momento, con efectos retroactivos, se vincula como parte del respectivo contrato de seguro. Incluso para explicar la vinculación directa que al contrato de seguro se da, en condición de parte, respecto del asegurado que en principio no ha actuado como tomador en la definición de los términos del contrato pero que aprueba, acepta o ratifica la estipulación que se ha hecho a su favor y procurando entonces respetar el alcance de la norma legal (artículo 1037 C. de Co.), a cuyas voces únicamente la aseguradora y el tomador son las partes del contrato de seguro, se ha construido la teoría del tomador provisional. De esta manera, se tiene entonces que en los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de otros contratos estatales, en cuanto medie la aprobación que la entidad estatal contratante haya impartido a los términos de la póliza expedida por la compañía aseguradora -aprobación que constituye requisito legal para que pueda darse inicio a la ejecución del contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo

41, Ley 80)-, en modo alguno puede admitirse que a la respectiva entidad estatal contratante se la califique como un tercero, ajeno por completo al referido contrato de seguro de cumplimiento, puesto que queda visto que con ocasión de la aceptación o ratificación que ella imparte a la estipulación que la aseguradora ha realizado en su favor, i) aquella asume directamente la condición de parte dentro del correspondiente contrato de seguro; ii) porque de todas maneras resulta claro que la entidad estatal contratante es la verdadera titular del riesgo asegurable y, por ende, le corresponde la posición del asegurado y, además, iii) porque en todo caso se tiene que la aceptación o ratificación que la entidad estatal contratante imparte a la estipulación de la aseguradora configura una relación contractual que erige a aquella en la única legitimada para exigirle a la aseguradora el pago de las obligaciones indemnizatorias, en los eventos en que acaezca el respectivo siniestro. Como se puede apreciar, cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (artículo 1058 C. de Co.), pagar la prima (artículo 1066 C. de Co.), mantener el estado del riesgo (artículo 1060 C. de Co.), notificar sobre circunstancias sobrevivientes que agraven o varíen el riesgo (artículo 1066 C. de Co.), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (artículo 1075 C. de Co.), etc., como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (artículo 1071 C. de Co.).

FF: CODIGO CIVIL ARTICULO 1506; CODIGO DE COMERCIO ARTICULOS 1038, 1119

JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Proceso ejecutivo derivado del contrato de seguro / CONTRATO DE SEGURO - Proceso ejecutivo - Jurisdicción contenciosa administrativa / PROCESO EJECUTIVO - Contrato de seguro. Jurisdicción contenciosa administrativa

En cuanto ha quedado establecido que los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades estatales también pertenecen a la misma categoría de los contratos estatales, se impone concluir entonces que la competencia para conocer tanto de las controversias que se deriven de los mismos como de los procesos de ejecución que en ellos se originen, se encuentra legalmente asignada a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de conformidad con los dictados del inciso 1º del artículo 75 de la Ley 80. Nota de Relatoría: Ver Exp. S-414, auto del 29 de noviembre de 1994. M.P.: Guillermo Chain Lizcano

FF: LEY 80 DE 1993 ARTICULO 75 INCISO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867)

Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ECOPETROL

Demandado: ASEGURADORA COLSEGUROS S. A.

Referencia: PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL

Resuelve la Sala los recursos ordinarios de súplica interpuestos por el Ministerio Público y por Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, contra el auto proferido el 9 de junio de 2006 por la Consejera Sustanciadora del proceso de la referencia, Dra. Ruth Stella Correa Palacio, mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- La demanda.

El 15 de abril de 2005, la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL presentó demanda ejecutiva contra la Aseguradora Colseguros S.A., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“2.1. Que se libre MANDAMIENTO DE PAGO en contra de la aseguradora demandada, por la suma de setecientos cuarenta y cinco millones doscientos setenta y cuatro mil noventa y seis (\$ 745'274.096) pesos moneda legal, haciendo exigible a la compañía de seguros la Garantía Única de cumplimiento número 1924004272 con su respectivo certificado de modificación No. 324006981 (1924004272), expedida por la compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. a favor de ECOPETROL, según el contenido del Acto Administrativo de LIQUIDACION FINAL DEL CONTRATO VEP-002-GSU-98, del 10 de diciembre de 2002.

2.2. Que se condene a los demandados al pago de los intereses moratorios sobre la cantidad anterior, a la tasa legal más alta, desde el 17 de febrero de 2001 - fecha en que fue declarado el incumplimiento del contrato o en su defecto desde el 21 de mayo de 2001 fecha en que fue declarada la caducidad del contrato - o desde que se hayan hecho exigibles, hasta el momento en que efectivamente se realice el pago.

2.3. *Que se condene a los demandados a pagar las costas del proceso*" (Folios 2 a 17, cuaderno 1).

Como hechos de la demanda se expusieron, en síntesis, los siguientes:

El 5 de noviembre de 1998, ECOPETROL y la Unión Temporal Convicol & Asociados suscribieron el contrato VEP-002-GSU-98, cuyo objeto lo constituyó el *"Mantenimiento de Vías y alquiler de Maquinaria para Reparaciones Puntuales, Transporte de Materiales y Equipos en la Gerencia Sur de ECOPETROL"*, por valor de \$ 5.084'009.498 y un plazo de ejecución de 27 meses.

Para garantizar las obligaciones del contrato, el contratista constituyó la garantía única de cumplimiento número 1924004272 y la modificación número 6539369 - 324006981 expedida por la aseguradora Colseguros S.A.

Dado que el contratista suspendió la ejecución de las obras contratadas, la entidad contratante declaró el incumplimiento del contrato y dispuso hacer efectiva la garantía de cumplimiento, mediante la resolución 001 del 17 de abril de 2001. El contratista y la aseguradora Colseguros S.A., interpusieron recurso de reposición contra la decisión anterior, el cual fue resuelto mediante las resoluciones 002 y 003 de 2001 a través de las cuales se confirmó el acto recurrido.

Mediante resolución 001 del 21 de mayo de 2001, confirmada por la resolución 002 del 8 de agosto de 2001, ECOPETROL declaró la caducidad del contrato VEP-002-GSU-98 y ordenó, nuevamente, hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Manifiesta la demandante que los actos administrativos citados se notificaron en debida forma, tanto al contratista como a la aseguradora.

1.2.- El trámite procesal.

El Tribunal Administrativo de Nariño, en providencia del 24 de febrero de 2006, se abstuvo de librar mandamiento de pago contra la aseguradora Colseguros S.A., porque, a su juicio, el título ejecutivo que se pretende ejecutar es de aquellos denominados complejos, compuesto por el contrato de obra, la garantía, el acto de aprobación de la póliza y las decisiones administrativas que declararon la ocurrencia del siniestro, con constancia de notificación y dado que no se aportó el

acto mediante el cual se aprobó la garantía de cumplimiento, concluyó que no se configuró el título ejecutivo (Fls. 197 - 207 c. ppal).

La entidad demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, el 7 de marzo de 2006 (Fl. 208 c. ppal).

1.3.- El auto suplicado.

Al momento de entrar a decidir sobre la admisión del recurso de apelación, la Consejera que sustancia el proceso en segunda instancia, Dra. **Ruth Stella Correa Palacio**, declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción mediante providencia fechada en junio 9 de 2006.

Sostuvo que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de los procesos de ejecución derivados de contratos estatales, pero la ejecución que se pretende no proviene de un contrato estatal puesto que el contrato de seguro no fue suscrito por una entidad pública *“y el que su objeto lo sea la garantía de calidad de los bienes objeto de un contrato estatal, no le otorga tal calidad, dada la autonomía de que gozan uno y otro negocio jurídico”*.

Agregó que *“[a]dmitir que corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de éstos procesos ejecutivos, constituye una arrogación de competencias que no han sido atribuidas a esta jurisdicción, con evidente trasgresión del artículo 121 de la Constitución Nacional”*. (Fls. 219 - 222 c. ppal).

1.4.- El recurso ordinario de súplica.

El 14 de julio de 2006, la entidad demandante interpuso recurso ordinario de súplica.

ECOPETROL sostuvo que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es competente para conocer los procesos ejecutivos derivados de contratos de seguro suscritos con ocasión de un contrato estatal, pues así lo reconoció la Sección en providencia del 20 de noviembre de 2003, expediente 19929. Para fundamentar el recurso transcribió la citada providencia (Fls. 223 - 232 c. ppal).

Por su parte, el Ministerio Público advirtió que la tesis jurídica expuesta en el auto recurrido no ha sido adoptada por mayoría en la Sala, que en sentido contrario ha manifestado que ésta es la jurisdicción competente para conocer de las acciones ejecutivas relacionadas con obligaciones que se derivan de los contratos de seguro suscritos entre dos particulares en beneficio de un ente estatal (Fls. 233-236 c. ppal).

2.- CONSIDERACIONES:

En este orden de ideas, corresponde decidir los recursos interpuestos por el Ministerio Público y por la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL contra la providencia del 9 de junio de 2006. Para el efecto se analizará el carácter de la nulidad declarada y la naturaleza del contrato de seguro, para finalmente definir si esta es la jurisdicción competente para conocer del asunto.

2.1.- La falta de jurisdicción como causal de nulidad.

El artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos que se tramiten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, establece que el proceso es nulo en todo o en parte, entre otras, por la siguiente causal:

“1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción. (...)”.

La referida causal de nulidad procesal, consagrada de manera expresa en el estatuto de procedimiento civil corresponde, además, a aquellas que no son susceptibles de saneamiento, razón por la cual pueden y deben ser declaradas por el juez, en cualquier etapa del proceso, de conformidad con las previsiones del artículo 145 del mismo C. de P. C.

Corresponde entonces a la Sala establecer si ésta causal se configuró en el sub lite.

2.2.- La clasificación de los contratos de la Administración Pública.

Para determinar si los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales pertenecen también, o no, a esa categoría, resulta indispensable precisar cuándo un contrato debe tenerse como estatal.

Al respecto resulta pertinente mencionar que en su momento la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido el 4 de abril de 1974¹ -aunque en vigencia de un ordenamiento legal totalmente diferente al que se encuentra vigente en la actualidad y que de manera principal recoge hoy la Ley 80 de 1993, pero de gran importancia para la ilustración de la materia-, a propósito de la clasificación de los contratos de la Administración Pública aplicable para esa época, realizó las consideraciones que se transcriben a continuación acerca de los elementos o criterios que permitirían identificar un contrato como administrativo, así:

“a) Su origen o iniciativa, que debe ser una autorización legal, general o específica, háyase dado ella antes de su celebración o en forma posterior, a manera de aprobación o ratificación, condición ésta que no es particular del contrato administrativo propiamente dicho aunque sí de todos los contratos de la administración, y que no es otra cosa que aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez;

“b) La naturaleza de las partes contratantes o de una de ellas, esto es, el de que en todo contrato administrativo una al menos de las partes es un organismo estatal; en el primer caso, el contrato, en principio, será administrativo sin excluir la posibilidad de que pueda ser de derecho privado; en el segundo, esa circunstancia no es determinante, puesto que es posible que sea de derecho privado;

“c) Por los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja la formación del contrato o solemnizarlo, distinción externa que sólo adicionalmente puede ayudar a la distinción de los contratos administrativos;

“d) La inclusión concurrente de estipulaciones o cláusulas que podemos llamar forzosas en tanto es exigida por la ley, lo que indica que el régimen legal del contrato es de derecho público total o parcialmente, como las referentes a garantías, condicionamiento de los suficientes, reserva presupuestal, multas, renuncia a reclamación diplomática, cláusula penal pecuniaria, caducidad administrativa, término máximo de duración, campos en los cuales no existe libertad de contratación;

“e) La estipulación que incorpora expresamente al contrato como cláusulas del mismo prescripciones legales o todo un estatuto que rige incondicionalmente el contrato, sin que las estipulaciones especiales del convenio puedan modificarlas, resultando todo su contenido de derecho público, como en los contratos de concesión de derechos de exploración y explotación de petróleos;

“f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos (sic) que contiene una serie de condiciones inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consciente el particular

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de abril de 1974. Anales del Consejo de Estado, páginas 22 y siguientes.

contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste;

“g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el empleo de estipulaciones no usuales ni admisibles en los contratos privados por razón del interés público envuelto en el contrato, como cuando se conviene la caducidad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, sin indemnización y a favor del Estado el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes;

“h) La calificación que la propia ley le da al contrato como administrativo, en forma directa o indirecta, como cuando exige la incorporación de la cláusula de caducidad administrativa en los de obras, servicios y explotación de bienes del Estado, o al asignar como jurisdicción para sus controversias los tribunales contencioso - administrativos, casos en que se trata de contratos administrativos por definición legal;

“i) El objeto del contrato, como en los casos citados en letra anterior.

“j) La vinculación del contrato a un fin de interés público, o sea, a un servicio público, circunstancia no relevante, puesto que, siempre, todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales, por lo cual este criterio se ha precisado diciendo que esa vinculación ha de ser un fin inmediato de servicio público”.

Posteriormente el legislador extraordinario, a través del Decreto-ley 222 de 1983, clasificó como administrativos los siguientes contratos: concesión de servicios públicos; obras públicas; prestación de servicios; suministro; interadministrativos internos que tengan los mismos objetos ya señalados; explotación de bienes del Estado; empréstito; créditos celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-; conducción de correos y aquellos celebrados por entidades oficiales colombianas con instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, cuando no se les considerare como tratados o convenios internacionales.

Ese mismo estatuto de contratación pública dispuso, como regla general, que los demás contratos se tendrían como de derecho privado de la Administración, en el entendido de que los mismos eran los que se regirían por las normas civiles, comerciales o laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad, dando cabida a una categoría intermedia consistente en los contratos de derecho privado de la Administración con cláusula de caducidad.

A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual -al margen de los reparos que amerita la definición contenida en la parte inicial de su artículo 32-, se encuentra legalmente definido como aquel acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurre una de las entidades estatales que menciona el artículo 2º *ibídem*², independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad como suele suceder con los que se clasifican como atípicos e innominados (artículo 32, Ley 80).

Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal.

Ahora bien, a propósito de la expresión **“contratos estatales”** (artículos 8-2, 11, 13, 27, 28, 32, 39, 40, 70, entre otros), que la propia Ley 80 asimila y equipara con las de **“contratos del Estado”** (artículos 41 y 44, entre otros) y **“contratos de las entidades estatales”** (artículos 1, 6, 8-1, 13, 32-1, 32-2, 32-3, 32-4, 39, 66, entre otros), la cual dio lugar al surgimiento de la clasificación que lleva su nombre, cabe señalar que por diversas razones -tales como su sentido natural y obvio, su amplia aceptación, su vasta comprensión, su permanente utilización-, tuvo una dinámica tal que incluso ha determinado su utilización por normas que en modo alguno la circunscriben a los específicos contratos de que se ocupa el estatuto de

² Así reza el artículo 2º de la Ley 80:

“Artículo 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.(...)”.

contratación estatal³ o a los cuales le sean aplicables, total o parcialmente, sus disposiciones, por manera que manteniendo el señalado criterio subjetivo u orgánico, las expresiones, equivalentes entre sí, de “contratos estatales”, “contratos del Estado” o “contratos de las entidades estatales”, se han extendido a tal punto que en la actualidad integran un verdadero género que se encuentra conformado por todos aquellos contratos en los cuales interviene como parte una entidad pública o estatal, sin que dicha categoría pueda reducirse a los contratos de que se ocupa específicamente la Ley 80 (artículo 32) o en cuya celebración participa una de las entidades que ese estatuto contractual define como estatales (artículo 2), puesto que éstos últimos contratos -estatales propiamente dichos-, apenas si corresponden a una de las especies de ese género.

Así lo ha señalado la Sala en diversos pronunciamientos anteriores, dentro de los cuales destaca la Sentencia pronunciada en agosto 20 de 1998, en la cual se precisó:

“... .. el legislador decidió crear una única categoría que comprenda a todos los negocios jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, los cuales deben ser regulados y regidos por la autonomía de la voluntad como principio rector, por la protección del interés público y por el estricto manejo y vigilancia de los recursos fiscales que se comprometen en su celebración.

“Coherente desde el punto de vista de semántica jurídica con el órgano público contratante, se acuñó la categoría “contratos estatales”, los cuales, de conformidad con el art. 32 de la ley 80 de 1993, son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales que el mismo ordenamiento enumera.

“.....

“4.1.3. A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

“1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

³ Precisamente en ese sentido amplio cabe entender la expresión “contrato estatal” que utiliza el artículo 32 de la Ley 446, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A., al igual que la expresión “contratos de las entidades estatales” que aparece en el numeral 5 del artículo 132 del mismo C.C.A., modificado por el artículo 40 de la citada Ley 446.

“2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.

“De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

“1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.

“2º Contratos estatales especiales”⁴.

También importa destacar que la clasificación de estatal, respecto de un determinado contrato, no determina, *per se*, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a la cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar -como ocurre con la generalidad de los casos-, que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado⁵.

Lo anterior resulta perfectamente válido en el marco de un Estado en proceso de modernización que debe cumplir con tareas que se concretan principalmente en la órbita del derecho privado y que exigen de sus instituciones u organismos respuestas ágiles, oportunas y eficaces, en cuanto el legislador determine que a las respectivas relaciones contractuales no deban aplicarse, total o parcialmente, las normas o los procedimientos propios del derecho público, circunstancia que no desconoce ni altera, en modo alguno, la naturaleza de estatal de los contratos que celebren las entidades de carácter oficial.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 20 de 1998. Radicación No. 14202. Actor: Universidad del Tolima. Magistrado Ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

⁵ Cf. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de septiembre 23 de 1997. Expediente S-701-Contractual. Actor: Diego Giraldo Londoño. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

2.3.- Naturaleza de los contratos de seguro que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales.

En el caso de los contratos de seguro a cuya celebración se procede con el objeto de garantizar el cumplimiento de contratos estatales previamente celebrados entre entidades públicas y contratistas particulares, se alega que aquellos no pueden pertenecer a la referida categoría de los contratos estatales, máxime si el criterio determinante de éstos es el subjetivo u orgánico, por la sencilla razón de que en ninguno de los extremos del vínculo contractual se ubica la entidad pública beneficiaria del seguro, puesto que el contrato en cuestión sería celebrado exclusivamente entre dos particulares, esto es entre el contratista particular en su condición de tomador y la respectiva aseguradora, quienes, por tanto, en los términos del artículo 1037⁶ del Código de Comercio, son los únicos que pueden considerarse como partes dentro de esa clase de contratos.

No sobra destacar que el cuestionamiento aludido no reviste novedad alguna, como quiera que el mismo fue formulado desde mucho antes de que entrara en vigencia el actual estatuto de contratación estatal contenido en la Ley 80 y, por tanto, mucho antes también de que el ordenamiento positivo colombiano adoptara la mencionada clasificación de los contratos estatales, como quiera que respecto de la categoría de los contratos administrativos resultaba igualmente problemático aceptar, sin una explicación plausible y suficiente, que pudiera tenerse como administrativo un contrato de seguro que aparentemente sería celebrado, de manera exclusiva, entre dos particulares sin que del mismo formare parte entidad pública alguna, a lo cual se agregaba la dificultad adicional de que la clasificación de los contratos administrativos respondía a un criterio eminentemente legal y entre el listado correspondiente las normas no incluyeron los mencionados contratos de seguros.

Esa polémica fue zanjada por la jurisprudencia de la Sección Tercera, en cuanto la Corporación concluyó, incluso durante la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, que tales contratos de seguro, celebrados para garantizar el cumplimiento de otros contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, también

⁶ El siguiente es el texto del artículo 1037 del Código de Comercio:

“Artículo 1037.- Son partes del contrato de seguro:

“1º) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y

“2º) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos”.

participaban de la naturaleza propia de los referidos contratos administrativos, de conformidad con las argumentaciones que, por su claridad y contundencia, se transcriben *in extenso* a continuación:

“Como quiera que el punto central de la controversia planteada por el repugnante en la segunda instancia y que sirvió de razón al Tribunal para rechazar la reconvención, gira en torno a la naturaleza jurídica del contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de uno administrativo, en cuanto a su condición de ser de derecho privado o de derecho público, la Sala procede a dirimir el punto en cuestión;

“.....

“C) Para elucidar el tema de la ubicación de los contratos en el campo del derecho privado o en el del derecho público, conviene recordar que esa diferenciación no ha sido el resultado de un capricho ni de un ejercicio meramente académico. Tal clasificación es el resultado de la necesidad, recogida por el legislador, de dar a los contratos que la administración celebra, un tratamiento legal diferente en algunos aspectos al que le da a los que celebran los particulares, cuando la regulación establecida para la contratación entre estos últimos resulta inconveniente o insuficiente para atender los supremos intereses del Estado, que se identifican con los de la comunidad en general.

“Dicho de otro modo: Cuando el legislador comprendió que el derecho común, diseñado desde el antiguo derecho romano con el criterio de regular los negocios entre particulares, en todos los casos no se acomodaba suficientemente a las necesidades de contratación de los entes públicos, decidió someter ciertos contratos a normas especiales con el objeto de satisfacer esas necesidades. Así nació el concepto diferenciador entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, regido este último por algunas normas especiales de derecho público, en la medida en que esas regulaciones especiales eran necesarias para atender aspectos de interés general y, por lo tanto, esas normas especiales no podían ser desconocidas por los particulares en una relación contractual con el Estado, ni mucho menos por los encargados de administrar la cosa pública.

“Esa evolución explica que los contratos que celebra la administración estén, al menos en principio, regulados por aquellas normas del derecho común elaboradas para regular la contratación entre particulares, porque así lo han sido tradicionalmente, y además pero de manera especial, por las normas de contratación administrativa que creó el legislador específicamente para ese tipo de contratos, con el fin de sustraerlos total o parcialmente a la aplicación de ese régimen ordinario.

“Esa misma evolución explica la aparición de figuras tan propias de la contratación pública, como la terminación anticipada y unilateral del contrato o la caducidad administrativa, nacida en principio como sanción de la administración al contratista incumplido, carácter que aún conserva, pero ahora extendida además a otras situaciones que no constituyen reproche para el contratista particular; como la facultad

de dirección y control de la administración sobre la ejecución del contrato; como el poder de modificación unilateral, o "jus variandi", del objeto del contrato; como el poder sancionador de la administración, para apremiar al contratista; como el poder de liquidar y cobrar directamente al contratista, sin acudir a los Jueces, los perjuicios derivados de su incumplimiento; etcétera. A estas facultades se les denomina "cláusulas exorbitantes".

"Y, como compensación, también aparecieron otras figuras destinadas a defender al contratista particular de los posibles abusos de la administración, como el principio de la ecuación financiera, según el cual al contratista se le debe reconocer el valor real de su prestación, incluida una justa utilidad, cuando hechos sobrevinientes, no imputables a él, varíen en su contra el costo de ejecución del contrato. Este principio es desarrollo del concepto según el cual en la contratación pública el contratista particular es un "colaborador" de la administración y no su "contraparte", como suele ocurrir en los contratos de contraprestación entre particulares;

"D) Por las anteriores razones se comprende que los contratos administrativos celebrados por la administración puedan estar también en algunos aspectos regulados por el Código Civil o por el Código de Comercio, o por cualquiera otro según su naturaleza, respetando desde luego las disposiciones especiales que se hayan dictado para cada tipo de negocio, y sin que por tal circunstancia se afecte el carácter de contrato administrativo. Se podría decir que hay contratos administrativos civiles, si están regulados de modo general por el Código Civil y de modo especial por las normas de derecho público que se hayan dictado para ese tipo de contratos; contratos administrativos comerciales si están regulados por el Código de Comercio y además por las disposiciones especiales expedidas sobre ese particular. Esto es así, porque las normas especiales dictadas para los contratos administrativos unas veces los sustraen totalmente de las regulaciones del derecho común y, otras veces, tan sólo los afectan parcialmente.

"En conclusión: Los contratos que celebra la administración unas veces son exclusivamente de derecho privado, porque el legislador no ha querido variar su régimen legal y autoriza que la administración concurre al contrato como cualquier particular; pero otras veces son de derecho público porque el legislador ha querido que el ente público concurre al contrato de un modo diferente a como concurriría cualquier particular;

"E) Pero, en el derecho colombiano, a partir del Decreto 222 de 1983, se adoptó como sistema de clasificación de los contratos, el del criterio legal, según el cual sólo son administrativos los que la ley califique expresamente de tales; los demás "son contratos de derecho privado de la administración" (art. 16 del Decreto 222 de 1983).

"En cuanto concierne al contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de uno administrativo, para esta Sala también es administrativo, aunque no aparezca en la enumeración del artículo 16 precitado, porque así lo dijo la ley, según se deduce de las siguientes razones:

- “1. Porque expresamente el artículo 70 del mencionado estatuto contractual, dispuso que los contratos de garantía forman parte integrante de aquél que garantizan, lo que significa que el contrato administrativo y el de seguro otorgado para garantizar su cumplimiento forman un mismo cuerpo jurídico, inescindible como tal porque se violaría la norma que se acaba de mencionar, y el principio de lógica conforme al cual "la causa de la causa es causa de lo causado". De donde fluye que de un mismo todo jurídico sólo se puede predicar una sola naturaleza administrativa, como lo ordenó la ley y resulta inadmisibles por tanto, la interpretación contraria, es decir la que pretende que sea factible afirmar que el contrato administrativo y el de seguro que - por mandato del legislador se le ha incorporado, tienen dos naturalezas legales diferentes que podrían resultar eventualmente contradictorias.*
- “2. Porque los contratos de seguro deben mirarse con la misma postura conceptual con la que se ha diseñado el régimen especial de los contratos administrativos que garantizan, ya que su integración legal tiene como finalidad la de servir a unos mismos intereses generales.*
- “3. Porque el estatuto de los contratos administrativos también reguló a los contratos de seguro que los garantizan, en cuanto el legislador consideró necesario, para darles un carácter especial, no de derecho privado, sino público, según se deduce del examen contextual de los artículos 37, 481 601 677 687 69 y 70 del Decreto 222 de 1983, normas de obligatorio cumplimiento para la administración y para los particulares, quienes no pueden negociar sobre tales aspectos para eludir lo dispuesto en tales mandatos.*
- “4. Porque los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, tan definitorios de la contratación pública, gravitan permanentemente alrededor de los mencionados contratos de seguro, en razón de la incorporación ordenada en el precitado artículo 70 y además por lo ordenado en el artículo 60 de la misma reglamentación legal.*
- “5. Porque la interpretación sistemática del Decreto 222 de 1983, lleva a la conclusión de que la única naturaleza que se conforma con la estructura legal de los citados contratos de seguro, es la de que son administrativos. En efecto:*
- “a) En esos contratos de seguro no existe, en rigor jurídico, el fenómeno de la objeción del asegurador contra la reclamación del asegurado, pues prima sobre aquél la regulación legal conocida como la vía gubernativa, institución eminentemente administrativa, como que se trata de una "decisión previa", revestida de los privilegios de la ejecutoriedad y de la ejecución oficiosa;*
- “b) Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro que se le incorpora, el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su*

ocurrencia; el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración;

- “c) El riesgo asegurable lo fija unilateralmente la administración y no es el que voluntariamente quiera amparar el tomador (arts. 48 y 67 del Decreto 222 de 1983);*
- “d) El plazo del amparo no depende de la libre voluntad del tomador (arts. 48 y 69 del Decreto 222 de 1983);*
- “e) Se contrata por una cuantía que la administración impone unilateralmente, sobre la que el contratista tampoco puede negociar (arts. 48 y 69 ibídem);*
- “f) Diversas cláusulas de la póliza son impuestas por la administración, sin que el tomador tenga opción de variarlas, ni discutir las (art. 48 y 70, inciso final cae] Decreto 222 de 1983);*
- “g) El tomador celebra el contrato de seguro obligatorio, pues el contratista no tiene la opción de negociar con la administración si lo celebra o no (arts. 48, 601 67 y 68 del Decreto 222 de 1983);*
- “h) Ante el silencio de la administración y del contratista, por mandato legal se consideran incorporadas al contrato principal las cláusulas que obligan al contratista a constituir las garantías respectivas (art. 68 del Decreto 222 de 1983);*
- “i) La finalidad de la celebración del contrato de seguro es garantizar las prestaciones del contratista, que emanan de un contrato administrativo, por lo que uno y otro apuntan a un mismo propósito administrativo.*

“En consecuencia, el contrato de seguro otorgado para garantizar un contrato administrativo, tiene el mismo carácter jurídico de éste, de donde se deduce que las controversias que se originen en él son de competencia de la jurisdicción contencioso - administrativa.

“Por lo demás, esta Corporación se ha pronunciado sobre el particular en sentencias que, si bien fueron proferidas antes de la vigencia del Decreto 222 de 1983, en nada se alteran sus reflexiones frente a las nuevas disposiciones. Se ha dicho:

"El contrato de seguros que se controvierte en este proceso, aunque aparentemente celebrado entre dos particulares, Colseguros S. A. y Vías, Canales y Puertos Ltda., por acceder a un contrato administrativo de construcción de obras (accessorius sequitur principale) y constituir precisamente el afianzamiento o aseguramiento del cumplimiento de dicho contrato principal, constituye a la Administración INCORA, en beneficiario de dicho contrato de seguros, somete su vigencia y eficacia a su aceptación, la que, por lo demás, condiciona la vigencia del contrato principal y convierte por otra parte, a Colseguros, por la naturaleza del riesgo asegurado, en parte del contrato principal, como solidaria con el contratista en cuanto a la obligación de cumplimiento.

"Así, pues, el asegurador no sólo no es extraño al contrato principal, sino que es parte obligada en el mismo, conjunta y solidariamente con la firma contratista, y la Administración, INCORA, en este caso, no es extraña al contrato accesorio de seguros, del cual es beneficiario y cuya aceptación condiciona la vigencia del seguro e impone, inclusive, la forma y contenido de dicho contrato, como que la póliza respectiva tiene que sujetarse al modelo señalado por la Contraloría General de la República.

"Así, pues, el contrato accesorio, goza de la naturaleza del contrato principal y aunque, por su naturaleza de derecho privado, por sus fines, los riesgos asegurados y la forma y contenido reglados por el Estado devanen en contrato administrativo de seguros y, por lo mismo, cualquier controversia relativa a dicho contrato, en que sea parte la Administración, compete a la jurisdicción contencioso - administrativa sin perjuicio de que la jurisdicción ordinaria conozca de los litigios que se presenten, originados en el mismo convenio, pero exclusivamente entre asegurados y contratista" (Sentencia Sección Tercera de 23 de noviembre de 1977. Juicios acumulados números 1427 y 1428. Actores: Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda. y Sociedad Aseguradora Colseguros S. A. Anales Segundo Semestre 19771 pág. 547).

"Y en el fallo de 15 de marzo de 1979. Expedientes acumulados números 1731, 1733 y 1986. Actores: Pavimentaciones Asfálticas y Aseguradora Colseguros S. A. Tomo Copiador número 29, páginas 1 a 39:

"La demanda habla de que el contrato de seguros está impugnado, por nulidad ante los' Jueces civiles, sin que se explique como puede discutirse ante la justicia ordinaria la validez de un contrato administrativo de seguros, celebrado por procedimientos de Derecho Público, con modelo señalado por acto administrativo, con cláusulas unilateralmente impuestas y como accesorio de un contrato administrativo de obra"; (... ..)"⁷.

Como lo evidencia la transcripción que acaba de realizarse, la conclusión que en su momento adoptó la Sala para efectos de determinar que la naturaleza jurídica de los contratos de seguros que se celebraban para garantizar el cumplimiento de contratos administrativos también era administrativa, es una conclusión que encuentra fundamento en muchas, muy importantes y muy sólidas razones de orden jurídico, sin que pueda sostenerse entonces, en modo alguno, que el único o fundamental motivo que le hubiere servido de soporte era la existencia del

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de marzo 9 de 1988. Expediente 4913. Magistrado Ponente, Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

artículo 70 del Decreto-ley 222 de 1983, mediante el cual se disponía que “[l]os respectivos contratos de garantía forman parte integrante del aquel que se garantiza”, por manera que la sola derogatoria de esa disposición legal, que evidentemente se invocó como uno más de los diversos argumentos sobre los cuales se edificó la tesis expuesta, no tiene la virtualidad suficiente para dejarla sin piso y mucho menos para tener que variarla.

Naturalmente la modificación que se produjo respecto del régimen legal aplicable a los contratos de la Administración Pública, en cuanto se surtió la sustitución del Decreto-ley 222 de 1983 por la actualmente vigente Ley 80, obliga a actualizar o a adecuar algunos de los argumentos y razonamientos que fueron consignados en la aludida providencia de marzo 9 de 1988 -incluso en cuestiones terminológicas relacionadas con la clasificación entonces vigente de los contratos de derecho público-, pero sin que ello determine una modificación en la conclusión de fondo.

Así entonces, manteniendo la estructura de las reflexiones y la línea conceptual que en su oportunidad expuso la Sala para explicar la naturaleza administrativa que correspondió a los contratos de seguros que fueron celebrados para garantizar el cumplimiento de contratos de derecho público, pero efectuando las adaptaciones y adecuaciones que impone la vigencia del estatuto de contratación de la Administración contenido actualmente en la Ley 80, cabe sostener que los contratos de seguros que se celebran para respaldar o garantizar el cumplimiento de contratos estatales también participan de la naturaleza jurídica de éstos, de conformidad con las siguientes razones:

A.- Porque los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, deben examinarse con la misma óptica conceptual con la que se ha diseñado el régimen legal especial de los contratos estatales que ellos garantizan, como quiera que ambos participan de una sola e idéntica finalidad, cual es la de servir a unos mismos intereses generales.

B.- Porque el estatuto de contratación estatal también se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, de lo cual se deduce que los mismos se encuentran sometidos a las disposiciones contenidas en el estatuto de contratación estatal, normatividad especial que, al

menos, da lugar a la configuración de un régimen legal de carácter mixto que en modo alguno puede tildarse como integrado exclusivamente por normas de derecho privado, tal como lo reflejan el contenido del numeral 4⁸ del artículo 5, el inciso final del artículo 18⁹, el numeral 19¹⁰ del artículo 25, el inciso 2 del artículo 41¹¹ y el inciso final del artículo 60¹², todas esas disposiciones de la Ley 80, normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades estatales contratantes como para los contratistas particulares, quienes no podrán negociar sobre su contenido ni eludir su observancia.

A lo anterior se agrega la consideración, no menos significativa, de que la regulación especial e imperativa, de orden público y de derecho público, que la Ley 80 consagra en su artículo 25-19 en relación con los aspectos básicos de

⁸ Según el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 80:

“Artículo 5.- DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas:

“.....

“4º. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello”.

⁹ El tenor literal del inciso final del artículo 18 de la Ley 80 es el siguiente:

“Artículo 18.- DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. (... ..).

“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

¹⁰ El siguiente es el texto del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80:

“Artículo 25.- DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

“.....

“19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

“La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

“Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

“Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada”.

¹¹ Según el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80: *“Para la ejecución [de los contratos del Estado] se requerirá de la aprobación de la garantía ...”.*

¹² A continuación se transcribe el texto del inciso final del artículo 60 de la Ley 80:

“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, forma parte esencial del principio de economía¹³, el cual, a su turno, según los dictados de los artículos 1, 3, 23 y 25 del mismo estatuto de contratación estatal, es uno de los principios rectores que orientan e inspiran los *contratos estatales*, de lo cual fluye con claridad la integración e inescindibilidad que, por previsión legal, cabe predicar entre el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento y el contrato estatal garantizado.

C.- Porque los efectos que se derivan de las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad y reversión, previstas, consagradas y reguladas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80, tan propias y específicas de determinados contratos estatales, gravitan permanentemente sobre los contratos de seguros que se celebren para garantizar su cumplimiento, al punto de que por expresa disposición legal, la declaratoria de caducidad administrativa de un contrato estatal “... *será constitutiva del siniestro de incumplimiento*” (artículo 18 Ley 80), efecto éste que naturalmente proyecta sus efectos sólo en relación con el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento.

D.- Porque la estructura legal de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, impone concluir que aquellos son especiales y participan de la naturaleza de éstos, como quiera que resultan totalmente diferentes de los demás contratos normales o corrientes de seguros que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio, de conformidad con las siguientes anotaciones:

a).- En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; de ello se infiere, necesariamente, que en estos contratos especiales de seguros tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado o al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro, a la aseguradora, dentro de los tres

¹³ Como ya se indicó, el transcrito numeral 19 forma parte del artículo 25 de la Ley 80 mediante el cual se consagra y desarrolla, precisamente, el “... *PRINCIPIO DE ECONOMIA*”.

(3) días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer (artículo 1075 C. de Co.), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal¹⁴.

En el caso de los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales, la que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones -como ocurre en el derecho privado con la objeción con que se responde la reclamación del asegurado-, pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye a favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro (artículo 77 Ley 80; artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62, 63, 64, 66, 68 y demás concordantes C.C.A.).

b).- Como ya se indicó, en los contratos especiales de seguros, el siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80).

Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio, según la cual el sólo aspecto fáctico acerca de la realización del riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, resultará suficiente para la configuración del siniestro; ello sin perjuicio de añadir para estos casos, como lo ha precisado la Jurisprudencia, que en cuanto esta clase de seguros de cumplimiento tienen un propósito eminentemente indemnizatorio (artículo 1089 C. de Co.), para que resulten

¹⁴ Al respecto se pueden consultar las precisiones efectuadas en la sentencia de mayo 3 de 2001, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Expediente No. 12724. Actor Compañía Aseguradora de Fianzas y Pinski.

viables las pretensiones del asegurado y se concrete la obligación a cargo de la compañía aseguradora, será necesario, en los términos del artículo 1077 del estatuto mercantil, que el asegurado, además del incumplimiento del contratista afianzado (siniestro), demuestre también los perjuicios que tal incumplimiento le hubiere ocasionado (cuantía de la pérdida)¹⁵.

c).- El riesgo que debe amparar el contrato de seguro lo determina la entidad estatal contratante, de manera unilateral, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia, sin que su alcance pueda ser libre y voluntariamente convenido entre el contratista particular y la correspondiente aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).

d).- El término de vigencia del respectivo contrato de seguro, así como el de sus diferentes amparos, también obedece a decisiones que adopta de manera unilateral la entidad estatal contratante, sin que ese aspecto pueda ser definido de manera libre y voluntaria entre el contratista particular y la compañía aseguradora. (Artículo 25-19, Ley 80).

¹⁵ Así lo precisó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de julio 22 de 1999, expediente No. 5065, con ponencia del Magistrado Nicolás Bechara Simancas:

“El contrato de seguro de daños, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro.

“El artículo 1088 del Código de Comercio estatuye que “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”. Por tanto, en los seguros de daños el pago de la prestación asegurada consiste en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro.

“Los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita.

“Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de stirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa.

“De consiguiente, mal podría entonces en el presente caso afirmarse que se configuró el siniestro en el seguro de cumplimiento contratado en su oportunidad, por la simple y escueta ausencia de la constitución de hipoteca, como quiera que dicha inacción, per se, es inane para atribuirle responsabilidad al asegurador, pues como ya se acotó en los seguros de daños se requiere para que prospere la reclamación formulada por el asegurado, la presencia de un daño o perjuicio de naturaleza patrimonial, que debe acreditar éste en la forma debida”.

- e).**- La cuantía de cada amparo es impuesta unilateralmente por la entidad estatal contratante, sin que su monto pueda responder al libre y voluntario convenio entre el contratista particular y la aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).
- f).**- Aquellas características o cláusulas que deba contener la respectiva póliza y que la entidad estatal contratante hubiere señalado o exigido como obligatorias en el pliego de condiciones o términos de referencia, en modo alguno podrán ser variadas, discutidas o negociadas por el contratista particular o por la aseguradora. (Artículo 30-6, Ley 80).
- g).**- El correspondiente contrato de seguro se celebra de manera obligatoria, por mandato de la ley, en los términos que establezca la respectiva entidad estatal contratante, sin que el contratista particular o la aseguradora tengan la opción de discutir o negociar si hay lugar, o no, a su celebración o a la expedición de la respectiva póliza. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).
- h).**- La ejecución de los contratos estatales se encuentra supeditada, por expreso mandato legal, a la previa aprobación que la entidad estatal contratante debe impartir respecto del correspondiente contrato de seguro mediante el cual se garantice el cumplimiento de aquellos. (Artículo 41, Ley 80).
- Ese mismo mandato legal impone el requisito consistente en que el contrato de seguro deba someterse a la revisión y aprobación expresa de la entidad estatal contratante, acerca de cuyos efectos se realizará un desarrollo específico más adelante.
- i).**- En cuanto el objetivo del contrato de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que ambos contratos participan de una misma y común finalidad, la cual se encuentra directa e inmediatamente

relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales.

Si una de las principales razones que a lo largo del tiempo han justificado la existencia misma de la clasificación de los contratos estatales y su sometimiento a un régimen legal especial -por lo general mixto o de derecho público-, radica en el hecho de que los contratos del Estado conllevan la satisfacción del interés general y constituyen una herramienta eficiente e idónea para asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales -a diferencia de lo que ocurre con los contratos celebrados entre particulares, los cuales, en principio y sin perjuicio de la función social que le corresponde a la propiedad privada ¹⁶, encuentran como móvil fundamental la consecución de fines puramente individuales y por ello están sometidos en su totalidad a las normas del derecho privado-, al momento de definir la naturaleza jurídica de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, no puede pasar inadvertido el hecho de que esos contratos también participen del mismo fin, consistente en asegurar la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales.

En ese mismo sentido, a partir del análisis de la normatividad consagrada en la Ley 80, la Sala ha sostenido:

“Si bien, en el estatuto contractual, el contrato de seguro no contiene regulación normativa, como ocurría bajo el régimen del Decreto 222 de 1983, en el cual se entendía que dicho contrato gozaba de la misma naturaleza de aquél que garantizaba, y en ese sentido el artículo 70 del Decreto 222 de 1983, dispuso: “Los respectivos contratos de garantía forman parte integrante de aquél que se garantiza”. Esto no significa que bajo el régimen actual el contrato de seguro celebrado para garantizar el cumplimiento de un contrato estatal sea autónomo y no dependa de aquel que le sirvió de fundamento para su celebración.

“Bajo este orden de ideas, independientemente de que la Ley 80 de 1993, guarde silencio frente al contrato de seguro, como no ocurría en la legislación anterior y que dicha figura se someta fundamentalmente a las reglas de derecho privado; también lo es que su fin último es garantizar el cumplimiento de un contrato principal celebrado entre una entidad pública y un particular y, desde

¹⁶ Según los dictados del inciso 2 del artículo 58 de la Carta Política: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

este punto de vista no hay duda que sigue la suerte del contrato garantizado”.

“.....

“La cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público y le confiere al contrato de seguro un elemento diferencial de aquellos contratos suscritos en interés particular, pues constituye un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal como es la satisfacción del interés general, fin que tiene como una de sus facetas la protección del patrimonio público.

“El contrato de seguro constituye un contrato que colabora en el desempeño de la función pública, primero porque asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y segundo, porque protege el patrimonio estatal del daño derivado de un cumplimiento tardío o de un incumplimiento definitivo por parte del contratista.

“.....

“Además, resulta claro que el contrato de seguro tiene su origen en el contrato estatal y se encuentra sustancialmente unido a la suerte de éste, goza de las mismas características del contrato accesorio al que garantiza, de tal manera que encaja dentro de la previsión contenida en el artículo 1499 del Código Civil, “el contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”

“De este modo, el contrato de seguro no puede valorarse separadamente de aquel cuya ejecución garantiza, ni es válido predicar del mismo su plena autonomía para someter la ejecución a la jurisdicción ordinaria, ya que se rompería la continencia de la causa y se desconocería la circunstancia que da origen a la ejecución de la póliza de seguro, que no es otra cosa que el incumplimiento del contrato estatal por parte del contratista”¹⁷.

Ahora bien, aunque las argumentaciones expuestas resultan suficientes para concluir acerca de la naturaleza estatal que cabe predicar respecto de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de otros contratos estatales, existe una razón adicional que impone esa respuesta en la medida en que no puede afirmarse y menos de manera categórica y absoluta, que las entidades estatales contratantes resulten ajenas, por completo, a los referidos contratos de seguro de cumplimiento, sobre la muy endeble base de considerar que tales entidades contratantes no son parte en el contrato por cuanto no tendrían la condición del tomador.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 19929. Auto de noviembre 20 de 2003. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

Para la Sala resulta válido sostener que en los contratos de seguros que se celebran con el fin de garantizar el cumplimiento de contratos estatales, las entidades contratantes sí toman parte.

El anterior aserto se explica con toda naturalidad en cuanto la relación contractual en estudio se examine a la luz de la institución de la estipulación a favor de otro, en virtud de la cual la ley autoriza a cualquier persona para que convenga a favor de un tercero, sin contar con derecho alguno para representarlo, en el entendido de que sólo ese tercero podrá exigir lo estipulado una vez acepte, de manera expresa o tácita, la respectiva convención.

Después de examinar el alcance de la norma legal que en el derecho común regula, de manera general, la institución de la estipulación a favor de un tercero, contenida en el artículo 1506¹⁸ del Código Civil, se evidencia que la aceptación que el tercero manifiesta respecto de la estipulación que se ha efectuado a su favor genera efectos retroactivos al momento de la celebración de la convención entre estipulante y prometiende, al tiempo que determina el surgimiento de una relación contractual entre el beneficiario y el prometiende, en virtud de la cual, precisamente, aquél en condición de acreedor podrá exigirle al prometiende el cumplimiento de su obligación.

Y se entiende con facilidad que la obligación que el prometiende asume para con el beneficiario y que sólo éste puede exigirle, también encuentra sustrato en la relación contractual que se concluye entre dichos prometiende y beneficiario, como quiera que la manifestación de voluntad que realiza tal prometiende en acuerdo con el estipulante, en el sentido de obligarse a favor del beneficiario, encuentra como respuesta la aceptación incondicional de éste; ¿Y qué tipo de relación jurídica existe acaso entre dos partes, cuando las mismas concluyen un acuerdo de voluntades que genera obligaciones, si no es una relación de índole contractual?

¹⁸ Así reza el artículo 1506 del Código Civil:

“Artículo 1506.- Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

“Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

A propósito del efecto retroactivo que cabe predicar respecto de la aceptación del beneficiario frente a la obligación que el promitente asume y del contrato que a partir de tal aceptación se forma, la doctrina autorizada ha señalado:

“... Por el motivo que sea, el delegado promete a favor de un tercero, el delegatario, o sea que asume frente a él la obligación ajena (del delegante). Y queda a la entera discreción de dicho tercero aceptar o no tal promesa, en los términos en que se le ofrece, que no está al arbitrio suyo modificar. Su derecho a la promesa es directo e inmediato, y mientras no haya manifestado su aceptación o conformidad, estipulante y promitente pueden variar los términos del acuerdo y de la promesa y retractarse. Ese es asunto de ellos y que se definirá entre ellos. Pero, una vez que el tercero-delegatario-acreedor acepta, la promesa, revocable o no, da paso a un contrato en razón del cual el delegado queda comprometido definitivamente para con él, y con efecto retroactivo”¹⁹.

Incluso quienes de manera seria y razonada critican algunos de los aspectos en los cuales la legislación nacional consagra la figura de la *estipulación para otro*, la describen así:

“d) El derecho colombiano. Al tenor del ya transcrito art. 1506 de nuestro Código Civil, la estipulación para otro ha sido acogida en la forma más amplia y compatible con las necesidades del comercio, apartándose así dicha obra de los prejuicios restrictivos de sus modelos romano, francés y español: “cualquier persona, aunque no tenga derecho para representar a un tercero, puede, sin embargo, estipular a favor de este una obligación a cargo del otro contratante”. De esta suerte queda abierto ancho campo a esta institución de creciente importancia práctica en materia de seguros, de transportes, de títulos valores, etc., en los cuales es indispensable admitir la existencia de un derecho, siquiera condicionado, a favor del tercero beneficiario y a cargo del contratante promitente, desde el momento mismo de la celebración del contrato entre este y el estipulante. Igualmente, el citado art. 1506 precisa, según lo veremos con más amplitud, los efectos de la estipulación, tanto entre los contratantes, a quienes se les reconoce el derecho de revocarla antes de la aceptación del beneficiario, como respecto de este, quien adquiere, desde la celebración del contrato, el derecho correlativo al compromiso unipersonal o unilateral que contrae el promitente en su favor”²⁰.

La formación de un negocio jurídico, a partir de la aceptación que manifiesta el tercero beneficiario, al cual quedan vinculados el promitente y el acreedor en cuyo favor se ha extendido la estipulación, se evidencia con claridad en las líneas

¹⁹ HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las obligaciones – concepto, estructura, vicisitudes”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D. C. Marzo de 2002. Primera edición.

²⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. OSPINA ACOSTA, Eduardo. “TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DE LOS DEMÁS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS”. Cuarta edición actualizada. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1994.

que al tema dedica el profesor Claro Solar al examinar el artículo 1499 del Código Civil chileno, cuyo texto corresponde, en su totalidad, al del artículo 1506 del Código Civil patrio:

“El art. 1499 supone que quien estipula lo hace en su propio nombre, pero a favor de una tercera persona a quien no representa. Como el estipulante no estipula para sí, sino para esa tercera persona, debe ésta aceptar o no lo estipulado y sólo ella puede demandar lo estipulado.

“La eficacia del contrato depende, pues, de esta aprobación del tercero. Si no la acepta, el contrato no produce efecto. Si lo acepta, el contrato queda firme; y los contratantes no pueden dejarlo sin efecto, sin la voluntad de esa persona a favor de la cual se ha estipulado.

*“Al decir la ley que “solo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado”, da por establecida su aprobación, la cual si no se hubiera dado antes de la demanda, quedaría dada en la demanda misma. Esta aceptación es indispensable para que el provisor quede obligado, porque **la obligación resulta del consentimiento del acreedor y del deudor**; y como el acreedor no es el estipulante, sino la tercera persona a cuyo favor estipula, es indispensable que éste acepte ese carácter y consienta en la promisión a que la otra parte se obligó. Antes de esta aceptación hay solo un proyecto de obligación subordinada a ella, desde que nadie puede adquirir un derecho sin la voluntad de adquirirlo”²¹. (Se ha destacado).*

Si bien resulta cierto que la figura de la estipulación a favor de un tercero, a partir de su regulación general, aporta elementos trascendentes para dilucidar la problemática relacionada con la naturaleza jurídica de los contratos de seguro de cumplimiento de contratos estatales, no es menos cierto que ante la existencia de una norma legal especial que consagra y disciplina esa misma institución para el caso del contrato de seguro, se impone la aplicación preferente de dicha disposición especial a cuyo amparo deberá adelantarse el estudio de la materia en cuestión.

Esa regla especial, para los contratos de seguros, se encuentra contenida en el artículo 1038 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

“Artículo 1038.- Si el tomador estipula el seguro en nombre de un tercero sin poder para representarlo, el asegurado puede ratificar el contrato aún después de ocurrido el siniestro. El tomador está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, hasta el momento en que el asegurador haya tenido la noticia de la ratificación o del rechazo de dicho contrato por el asegurado

²¹ CLARO SOLAR, Luis. EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO. Volumen V. Tomo Undécimo – De Las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis. Bogotá, 1988.

“Desde el momento en que el asegurador haya recibido la noticia de rechazo, cesarán los riesgos a su cargo y el tomador quedará liberado de sus obligaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119²²”.

Para la Sala, la hipótesis fáctica prevista en la norma legal que acaba de transcribirse es, precisamente, la que se configura en el caso de los contratos de seguro que se vienen mencionando, como quiera que el contratista particular, sin contar con poder alguno o con facultad para representar y menos para vincular u obligar a la entidad estatal contratante, procede a estipular, junto con la compañía aseguradora, los términos del contrato de seguro de cumplimiento a favor de la aludida entidad estatal contratante a la cual le corresponde la condición de asegurada.

Acerca del carácter de asegurado que en los seguros de cumplimiento le corresponde al contratante que, a su turno, es el acreedor del contratista afianzado, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido consistente, según lo evidencian los pronunciamientos que parcialmente se consignan a continuación.

En la sentencia de noviembre 15 de 2005, esa Corporación sostuvo:

*“De las diferentes especies que participan de la noción de seguros de daños, el de cumplimiento es precisamente una de ellas, si se toma en consideración que, dada su particular naturaleza, a través de un negocio tal **la compañía aseguradora se compromete a pagarle al asegurado los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador** nacidas de leyes y contratos, cual lo prevé la ley 225 de 1938, o, como lo dijo la Sala en otra ocasión, aquel “en el que un acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia” (sentencia 078 de 2 de mayo de 2002, exp. # 6785); (...)”²³.* (Se ha de resaltar).

De la misma manera se destaca, sobre la materia, la sentencia de julio 24 de 2006, en la cual se lee:

²² El artículo 1119 del Código de Comercio dispone:

“Artículo 1119.- El asegurador ganará irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta”.

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 15 de 2005. Expediente 11001-31-03-024-1993-7143-01. Magistrado Ponente, Dr. César Julio Valencia Copete.

“1. En las varias ocasiones en que la Corte se ha ocupado del seguro de cumplimiento, ha precisado que este fue expresamente reconocido en el plano legal por la ley 225 de 1938, cuyo art. 2° estableció que su objeto sería el de amparar el “... cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos” (se subraya) y, adicionalmente, que tal figura negocial es mencionada explícitamente por el art. 1099 del estatuto mercantil, en prueba fehaciente de su disciplina y referencia legislativa.

“Según hubo de explicarlo la Sala en cas. civ. de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785, la referida ley se encuentra vigente “...porque es el propio código de comercio de 1971 el que da cuenta de su existencia cuando a él hace expresa alusión en el artículo 1099; alusión que, por lo demás, es la respuesta consciente a la idea que siempre acompañó a los autores de la codificación quienes jamás perdieron de mira esa tipología de contrato, cual lo revelan sin ambages las correspondientes actas de la comisión revisora, cumplidamente en los pasajes que fueron dedicados a auscultar las secuelas que se desgajan cuando el tomador del seguro es un tercero”.

De conformidad con lo establecido en el citado texto legal, mediante esta modalidad contractual, que es una variante o especie de los seguros de daños -conforme lo ha expresado repetidamente esta Sala (Vid: cas. civ. 22 de junio de 1999, Exp. 5065; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942 y 7 de mayo de 2002, Exp. 6181), se puede garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en un contrato o en la ley.

“Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor -llamado tradicionalmente “afianzado”-, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor -o en general de una causa extraña-, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.

“Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura “...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil” (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670).

“En el seguro de cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, “...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico” (art. 1083 C.C.), [cas. civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo “consiste en el no cumplimiento -o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’ (cas. civ. 15 de marzo de 1983” (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias

veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se itera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles”²⁴. (Las subrayas pertenecen al texto original).

En ese sentido cabe señalar entonces que cuando la entidad estatal contratante, en su condición de asegurada, aprueba los términos del contrato de seguros que se ha estipulado a su favor sin que mediere poder para representarla y que ha sido sometido a su revisión, naturalmente está manifestando su aceptación o consentimiento en relación con dicha estipulación y, por tanto, a partir de ese momento sólo esa entidad estatal podrá demandar o exigir el cumplimiento del mismo.

En la medida en que la norma mercantil determina que la aceptación del contrato por el asegurado en cuyo nombre un tercero, sin poder para representarlo, ha estipulado el seguro, corresponde a la ratificación del respectivo contrato, hay lugar a concluir sin ambages que tal aceptación produce efectos que se retrotraen al momento mismo de celebración del aludido contrato de seguro, por manera que ha de tenerse a ese asegurado como parte del contrato, ello en consideración a que los efectos de la ratificación, por parte del asegurado, se han de regir por lo previsto en el artículo 844 del mismo Código de Comercio, según el cual:

“Artículo 844.- La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros”.

Puesto que la celebración del contrato de seguro no exige formalidad especial alguna, en cuanto el artículo 1036 del estatuto de los comerciantes determina que ese tipo de contratos es consensual, esto es que se perfeccionan por el solo consentimiento (artículo 1500 C.C.), hay lugar a precisar entonces que para que esos contratos de seguro de cumplimiento se tengan como estatales solo será necesario que consten por escrito, dado que esa es la formalidad exigida en la Ley 80 (artículos 39 y 41) para esa clase de vínculos contractuales, requisito de común observancia en la práctica en cuanto las compañías aseguradoras expiden por escrito las pólizas que contiene las condiciones básicas de los contratos de seguro

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 24 de julio de 2006. Expediente No. 00191. Magistrado Ponente, Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

y también por escrito las entidades estatales le imparten su aprobación, la cual, oportuno es reiterarlo, constituye entonces la manifestación de voluntad de la entidad contratante por cuya virtud acepta los términos del contrato que inicialmente se estipuló a su favor pero sin facultades para representarla y a partir de ese momento, con efectos retroactivos, se vincula como parte del respectivo contrato de seguro.

En esa misma línea de pensamiento la doctrina especializada ha efectuado importantes desarrollos, como los que se señalan a continuación:

“C) Obrando a nombre de un tercero sin representación

“(…) En estos casos el asegurado sólo queda circulando jurídicamente cuando ratifica el contrato, aun después de ocurrido el siniestro (Código de Comercio, art. 1038), en cuyo caso, en cabeza de él se radican todas las obligaciones y derechos. Si, por el contrario, el asegurado no ratifica el contrato, competirá el cumplimiento de las obligaciones al tomador-solicitante, hasta cuando la compañía tenga conocimiento del rechazo: pero ésta devengará la prima proporcional al riesgo cubierto, valor que deberá pagarlo el tomador-solicitante, y si se rechaza su pago, consideramos que podrá hacerse efectiva la obligación por medio del juicio ejecutivo (...)”²⁵. (Se ha resaltado).

Incluso para explicar la vinculación directa que al contrato de seguro se da, en condición de parte, respecto del asegurado que en principio no ha actuado como tomador en la definición de los términos del contrato pero que aprueba, acepta o ratifica la estipulación que se ha hecho a su favor y procurando entonces respetar el alcance de la norma legal (artículo 1037 C. de Co.), a cuyas voces únicamente la aseguradora y el tomador son las partes del contrato de seguro, se ha construido la teoría del *tomador provisional*, en el siguiente contexto:

“Tomador provisional. El tomador puede estipular el seguro “en nombre de un tercero sin poder para representarlo” (art. 1038). El tomador, según lo expuesto, obra en nombre propio y “por cuenta propia o ajena”. Y de este modo es parte en el contrato, en su formación y en el transcurso de su vigencia. Es un supuesto excepcional el que consigna la ley en el citado art. 1038 del Código de Comercio. Porque nos coloca en presencia de un “tomador” (así denominado textualmente) que estipula “en nombre de un tercero”, solo que desprovisto de poder para representarlo. Y naturalmente, por cuenta del mismo, para proteger su interés como “asegurado”. Un “tomador” de carácter precario, llamado a ostentar esa calidad mientras el tercero en cuyo

²⁵ FLOREZ ENCISO, Saúl. “Estudios de Derecho Comercial EL CONTRATO DE SEGURO”. Editorial Derecho y Ley Ltda. Bogotá, D. E. 1982.

nombre “estipula” define su posición en el contrato. Sea porque lo ratifique, lo que puede hacer “aun después de ocurrido el siniestro”. A fortiori, durante el término que antecede a este evento y sucede a la celebración del seguro. O porque lo rechace. Lo cierto es que “está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, hasta el momento en que el asegurador haya tenido noticia de la ratificación o del rechazo de dicho contrato por el asegurado”, como “el tomador” strictu sensu, solo que, producida la ratificación, el asegurado (el tercero) asume la calidad de “tomador” ex tunc (art. 844) y, con ella, las obligaciones derivadas del contrato, el pago de la prima entre ellas si aún no ha sido satisfecho por el “tomador” original. Y recibida por el asegurador “la noticia de rechazo”, cesan los riesgos a su cargo, lo que vale tanto como decir que termina o se extingue el contrato, quedando “el tomador” inicial “liberado de sus obligaciones” ex nunc, hay que entenderlo, porque hasta entonces hubo interés, riesgo, prima, obligación condicional, hubo “seguro” y, por tanto, el asegurador ha debido devengar la parte correlativa de la prima”²⁶.

De esta manera, se tiene entonces que en los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de otros contratos estatales, en cuanto medie la aprobación que la entidad estatal contratante haya impartido a los términos de la póliza expedida por la compañía aseguradora -aprobación que constituye requisito legal para que pueda darse inicio a la ejecución del contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 41, Ley 80)-, en modo alguno puede admitirse que a la respectiva entidad estatal contratante se la califique como un tercero, ajeno por completo al referido contrato de seguro de cumplimiento, puesto que queda visto que con ocasión de la aceptación o ratificación que ella imparte a la estipulación que la aseguradora ha realizado en su favor, *i)* aquella asume directamente la condición de parte dentro del correspondiente contrato de seguro; *ii)* porque de todas maneras resulta claro que la entidad estatal contratante es la verdadera titular del riesgo asegurable y, por ende, le corresponde la posición del asegurado y, además, *iii)* porque en todo caso se tiene que la aceptación o ratificación que la entidad estatal contratante imparte a la estipulación de la aseguradora configura una relación contractual que erige a aquella en la única legitimada para exigirle a la aseguradora el pago de las obligaciones indemnizatorias, en los eventos en que acaezca el respectivo siniestro.

Como se puede apreciar, cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de

²⁶ OSSA G. Efrén. TEORÍA GENERAL DEL SEGURO – EL CONTRATO. Editorial Temis. Bogotá. 1991.

conformidad con las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (artículo 1058 C. de Co.), pagar la prima (artículo 1066 C. de Co.), mantener el estado del riesgo (artículo 1060 C. de Co.), notificar sobre circunstancias sobrevivientes que agraven o varíen el riesgo (artículo 1066 C. de Co.), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (artículo 1075 C. de Co.), etc., como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (artículo 1071 C. de Co.).

2.4.- Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de procesos ejecutivos derivados de los contratos de seguro de cumplimiento de contratos estatales.

En cuanto ha quedado establecido que los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades estatales también pertenecen a la misma categoría de los contratos estatales, se impone concluir entonces que la competencia para conocer tanto de las controversias que se deriven de los mismos como de los procesos de ejecución que en ellos se originen, se encuentra legalmente asignada a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de conformidad con los dictados del inciso 1º del artículo 75 de la Ley 80, cuyo texto determina:

“Artículo 75. DEL JUEZ COMPETENTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

Para ilustrar el sentido de esta disposición legal, resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento que realizó la Sala Plena de la Corporación, en auto del 22 de noviembre de 1994²⁷:

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena. S-414, auto del 29 de noviembre de 1994. M.P.: Guillermo Chain Lizcano

“(...) Estima la Corporación que de la norma transcrita claramente se infiere que la ley 80 adscribió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, entendiéndose que se trata de éste último caso, de procesos de ejecución respecto de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial.

“Observa que la ley 80 de 1993 aplica un principio según el cual el juez de la acción debe ser el mismo juez de ejecución, recogiendo lo que ha sido la tendencia dominante en el derecho moderno, de trasladar asuntos que eran del resorte de la jurisdicción ordinaria por razón de la materia, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, buscando criterios de continuidad y unidad en el juez, posición que si bien no es compartida por todos los jueces, si es una tendencia legislativa.”

Como lógica y necesaria consecuencia de todo lo anterior, en cuanto se concluye que a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le compete el conocimiento del presente juicio ejecutivo, se revocará la providencia suplicada, la cual fue proferida por la señora Magistrada Sustanciadora y se dispondrá que regrese a ese Despacho para que continúe su trámite, en cuanto se refiere al estudio y decisión que deba adoptarse en relación con el correspondiente recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el auto proferido en junio 9 de 2006 por la señora Magistrada Sustanciadora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Una vez notificado el presente auto devuélvase el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA