

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL SEGURO DEL CUMPLIMIENTO EN  
COLOMBIA EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN DE PÓLIZAS DE  
DISPOSICIONES LEGALES DE IMPORTACIÓN TEMPORAL A LARGO PLAZO,  
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA, Y LA VINCULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS  
DE SEGUROS DENTRO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

**MARY MUÑOZ MESA  
LINA MARCELA BETANCUR BETANCUR**

Director de la Especialización:  
BERNARDO BOTERO MORALES

Trabajo de Grado para optar al título de Especialista en Derecho de Seguros

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
MEDELLÍN  
2014**

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	6
1. ANÁLISIS SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. CONSEJERO PONENTE: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. FECHA: BOGOTÁ 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012. RADICADO: N. 76001-23-31-000-2004-05565-01. DEMANDANTE: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A. DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN.....	9
1.1 RESEÑA.....	9
1.1.1 Relación de los hechos.....	9
1.1.2 Planteamiento del Problema .....	10
1.1.3 Reseña de las Decisiones de Instancia .....	10
1.1.3.1 Sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca Mediante sentencia fechada del 19 de octubre de 2009, resolvió en forma adversa las pretensiones de la demanda. ....	10
1.1.3.2 Sentencia del Consejo de Estado .....	10
1.1.4 Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia .....	11
1.1.5 Recurso contra el fallo de Segunda Instancia.....	11
1.1.6 Consideraciones del Consejo de Estado .....	11
1.2 EVALUACIÓN CRÍTICA.....	12
1.2.1 Sobre la Prescripción.....	13
1.2.2.1 Análisis de la sentencia en vigencia del Decreto 2685 de 1999.....	13
1.2.2.1.2 Análisis de la sentencia en vigencia del Decreto 4136 de 2004 y sus normas complementarias .....	19
1.2.2 Violación al Derecho de Defensa de la Aseguradora y la Agravación del Riesgo por la falta de notificación a la actora del incumplimiento del importador.....	22
2. ANÁLISIS SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: DR. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. FECHA: BOGOTÁ 09 DE FEBRERO DE 2011.	

RADICADO: N. 73-001-23-31-000-1998-06662 01. DEMANDANTE: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. DEMANDADO: FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA.....	24
2.1 RESEÑA.....	24
2.1.1 Relación de los hechos.....	24
2.1.2. Planteamiento del Problema .....	25
2.1.3 Reseña de los fallos de instancia.....	25
2.1.3.1 Sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca.....	25
2.1.3.2 Sentencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera-subsección A.....	25
2.1.4 Fundamentos del fallo del Tribunal Administrativo de Tolima .....	26
2.1.5 Recurso de Apelación.....	26
2.1.6 Consideraciones del Consejo de Estado .....	26
2.1.6.1 <u>Competencia del Consejo de Estado</u> .....	27
2.1.6.3 La solicitud de nulidad formulada por la demandada .....	28
2.1.6.4 El valor probatorio de los documentos aportados al proceso.....	28
2.1.6.5 <u>Régimen jurídico del contrato</u> .....	28
2.1.6.6 Facultad oficiosa del juez para examinar la falta de competencia .....	29
2.1.6.7 La legalidad de los actos administrativos demandados .....	30
2.2 EVALUACIÓN CRÍTICA.....	33
2.2.1 El contrato de seguro de cumplimiento a la luz del decreto 222 de 1983.....	35
2.2.2 El contrato de seguro de cumplimiento a la luz de la ley 80 de 1993 .....	37
3. ANÁLISIS AUTO DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. FECHA: BOGOTÁ 30 DE ENERO DE 2008. RADICADO: N° 520012331000200500512-01. DEMANDANTE: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROL. DEMANDADO: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.....	45
3.1 RESEÑA.....	45
3.1.1 Relación de los hechos.....	45
3.1.2 Planteamiento del Problema .....	45
3.1.3 Reseña de las decisiones de instancia .....	46
3.1.3.1 Auto del Tribunal Administrativo de Nariño – Primera instancia.....	46
3.1.3.2 Decisión del Consejo de Estado al resolver el recurso de Apelación contra el auto	

que negó librar el mandamiento de pago.....	46
3.1.4 Recursos de Súplica presentados contra la decisión que resuelve el recurso de apelación.....	46
3.1.5 Decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, al resolver el recurso de súplica.....	47
3.1.6 Consideraciones del Consejo de Estado para al resolver el recurso de súplica .....	47
3.1.7 Fundamentos de las aclaraciones y el salvamento de voto frente a la providencia que resolvió el recurso de súplica .....	48
3.2 EVALUACIÓN CRÍTICA.....	50
4. ANÁLISIS SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. CONSEJERO PONENTE: DR. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. FECHA: BOGOTA 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011. RADICADO: N.07001-23-31-000-1998-00875-01. DEMANDANTE: SEGUROS TEQUENDAMA DEMANDADO: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE ARAUCA .....	62
4.1 RESEÑA.....	62
4.1.1 Relación de los hechos.....	62
4.1.2 Planteamiento del problema.....	62
4.1.3 Reseña de los fallos de instancia .....	63
4.1.3.1 Sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca.....	63
4.1.3.2 Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera .....	63
4.1.4 Fundamentos del fallo del Tribunal Administrativo de Arauca .....	63
4.1.5 Recurso contra el fallo del Tribunal .....	64
4.1.6 Consideraciones del Consejo de Estado .....	65
4.2 EVALUACIÓN CRÍTICA .....	66
5. ANÁLISIS AUTO DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERA PONENTE: RUTH STELLA CORREA PALACIO. FECHA: PRIMERO (1) DE JULIO DE 2005. RADICADO N. 73001-23-31-000-2004-00987-01. DEMANDANTE: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA DE IBAGUÉ. DEMANDADO: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS, CONFIANZA.....	75
5.1 RESEÑA.....	75

5.1.1	Relación de los hechos.....	75
5.1.2	Planteamiento del problema.....	75
5.1.3	Reseña de las decisiones de instancia .....	76
5.1.3.1	Sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima .....	76
5.1.3.2	Auto del Consejo de Estado .....	76
5.1.4	Fundamentos del auto del Consejo de Estado .....	76
5.2	EVALUACIÓN CRÍTICA.....	76
	CONCLUSIONES .....	84
	BIBLIOGRAFÍA .....	86

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el seguro de Cumplimiento, ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario, lo cual consideramos bastante afortunado, debido al impacto social y económico que en ocasiones este seguro conlleva en un país con una economía creciente como la de Colombia.

En nuestra legislación, el derecho de fianza nació en 1938, con la ley 225, y desde sus inicios, ya se suscitaban grandes discusiones en cuanto a su naturaleza, pues dadas sus especialísimas condiciones no se sentaba postura si se trataba de una fianza (art 2361 código civil<sup>1\*</sup>) o de un seguro (art. 1036 y ss. Código de Comercio). Hoy esta discusión se mantiene vigente, pues entenderlo como uno o como otro marca amplias diferencias desde el punto de vista técnico y jurídico.

En materia de contratación estatal, surge la constitución de este tipo de garantías como una respuesta a la necesidad de asegurar los dineros públicos, lo que explica las diferencias por expresa disposición normativa con las pólizas de cumplimiento entre particulares, entre ellas, que no terminen por mora en el pago de la prima, cubren multas, cláusula penal pecuniaria y la responsabilidad fiscal, el siniestro es declarado mediante acto administrativo proferido por la entidad estatal en uso de las facultades exorbitantes que le son conferidas, además se exige para las pólizas de Disposiciones Legales por ejemplo que la Compañía de Seguros renuncie al beneficio de excusión, entre otras.

Con este estudio, pretendemos abordar fundamentalmente tres temas: la prescripción en las pólizas de Disposiciones Legales de importación temporal a largo plazo, la vinculación de la Compañía de Seguros dentro del proceso de responsabilidad fiscal, y la jurisdicción y competencia, realizando un estudio general sobre la postura Jurisprudencial y doctrinaria.

La elección del tema para el análisis jurisprudencial se hizo entre otros aspectos, por la importancia que reviste la garantía de cumplimiento en el campo de la contratación estatal como uno de los vehículos de inversión y desarrollo social

---

<sup>1</sup>TAFUR GONZÁLEZ, Álvaro. Código Civil Colombiano Anotado. 22 ed. Bogotá: Leyer, 2006.

\* ARTICULO 2361. <CONCEPTO DE FIANZA>. La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

más dinámicos con los que cuenta el Estado, y por ello con los procesos que adelanta a través de la contratación le permite cumplir con los fines señalados en el artículo 3 de la ley 80 de 1993, que le impone a los servidores públicos que "...tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines....", de allí que nada más acertado para proteger y garantizar el cumplimiento de dicho cometido que el amparo obtenido a través del seguro de cumplimiento.

Así las cosas, la contratación estatal puede llegar a cumplir sus fines y cometidos de desarrollo social, si se le provee de los instrumentos necesarios para ello, uno de los cuales, es sin duda, la garantía única que protege los intereses patrimoniales de las entidades públicas frente a los eventuales incumplimientos de índole contractual de parte de quienes contratan con el Estado.

No obstante, la administración se enfrentaba con un reto de gran magnitud cuando se trata de hacer efectivas las garantías constituidas para proteger el contrato estatal, y era determinar ante que jurisdicción ejecutar a la compañía aseguradora, teniendo en cuenta que la entidad pública no celebró ningún contrato de seguro para proteger el contrato estatal; y decimos que se enfrentaba toda vez que este escollo fue resultado y superado con la ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que en el artículo 297, precisa cuales documentos prestan mérito ejecutivo, y se pueden hacer valer ante la jurisdicción contenciosa, incluyendo expresamente aquellos donde consten las garantías; al respecto se lee en la disposición:

Título Ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo: ...3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.

Nótese que se hace claridad en el mismo texto legal que se consagraron unas prerrogativas de cobro coactivo, procedimiento descrito en el título IV de la misma

ley, sin embargo en el artículo 98 se trae como una mera facultas, al consagrar: “Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el párrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.”

A pesar de lo que se viene de señalar, este análisis jurisprudencia se torna importante porque se trata de establecer como ha sido el manejo del tema de la jurisdicción y competencia por parte del máximo órgano de la Jurisdicción contenciosa administrativa.

**1. ANÁLISIS SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. CONSEJERO PONENTE: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. FECHA: BOGOTÁ 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012. RADICADO: N. 76001-23-31-000-2004-05565-01. DEMANDANTE: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A. DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**

## **1.1. RESEÑA**

### **1.1.1 Relación de los hechos**

A. La Empresa de teléfonos de Jamundí S.A E.S.P, realizó la importación temporal a largo plazo de una unidad funcional de telefonía, autorizada por la DIAN mediante Resolución N. 09 del 30 de agosto de 1998.

B. Para dicha importación se estipuló el pago de los tributos aduaneros en 10 cuotas semestrales, pagaderas con 15 días de anticipación y que al cabo del quinto año se debería haber cancelado el 100% de dichos tributos.

C. La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA, aseguró el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de una importación temporal a largo plazo por parte de la Empresa de Teléfonos de Jamundí S.A. E.S.P

D. La póliza amparaba la finalización del régimen de importación temporal a cinco años y por lo tanto su vigencia se extendía como mínimo hasta la fecha de pago prevista y tres meses más, esto es hasta el 17 de agosto de 2004.

E. El único pago oportuno fue el de la cuota quinta (5).

F. La Administración Local de Aduanas de Cali, expidió la resolución N. 0260 de 21 de mayo de 2004, a través de la cual declaró incumplida la obligación de pagar los tributos aduaneros, la cual fue confirmada por las resoluciones 012 del 07 de septiembre de 2004 y 0353 del 11 de octubre de 2004.

## **1.1.2 Planteamiento del Problema**

En el caso encontramos dos aspectos fundamentales, que determinan los aspectos a estudiar. A saber:

A. ¿Desde cuándo empieza a contar el término de prescripción, tratándose de obligaciones relacionadas con el pago de los tributos aduaneros en una importación temporal a largo plazo; esto es, desde el primer incumplimiento en el pago de la respectiva cuota o canon de los tributos aduaneros o si al vencimiento de la vigencia de la póliza?

B. ¿Constituye agravación del riesgo la falta de notificación a la aseguradora por parte de los funcionarios de la DIAN, del incumplimiento en el pago de las cuotas de tributos aduaneros por parte del importador?

C. ¿Hubo violación al derecho de defensa, debido proceso y principio de legalidad al no haber informado a la aseguradora del incumplimiento en el pago de las cuotas semestrales correspondientes al pago de los tributos aduaneros por parte del importador?

## **1.1.3 Reseña de las Decisiones de Instancia**

### **1.1.3.1 Sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca**

Mediante sentencia fechada del 19 de octubre de 2009, resolvió en forma adversa las pretensiones de la demanda.

### **1.1.3.2 Sentencia del Consejo de Estado**

En su parte resolutive, la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera resolvió: “CONFIRMASE la sentencia del 19 de enero de 2007<sup>\*</sup> proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia”.

---

<sup>\*</sup> Llama la atención que al inicial la sentencia la fecha aparece diferente, se lee: “Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 19 de octubre de 2009, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

#### **1.1.4 Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia**

Con fundamento en el artículo 153 del decreto 2685 de 1999, norma que señala el Tribunal, es posterior al artículo 1081 del código de comercio, afirmó que:

“La interpretación que debe acogerse es la que permite a la DIAN recoger los saldos atrasados con la última cuota a cancelar por concepto de los tributos aduaneros respectivos, en una especie de saneamiento y liquidación final de los mismos. Lo anterior, teniendo como premisa que la póliza garantiza la finalización del régimen de importación temporal (leasing) en los plazos señalados, así como el pago de los tributos, viendo el tema de manera integral y no de manera fraccionada como si se tratara de negocios independientes. En últimas, las cuotas obedecen al pago fraccionado de un mismo tributo aduanero”.

En cuanto a no habersele informado por parte de la DIAN a la aseguradora del incumplimiento en el pago de los tributos aduaneros, consideró que esta omisión no vicia la legalidad de los actos impugnados, toda vez que la resolución 0260 de 2004, fue recurrida en reposición y apelación por la aseguradora CONFIANZA, generando como única consecuencia acciones disciplinarias al interior de la oficina de aduanas.

#### **1.1.5 Recurso contra el fallo de Segunda Instancia**

Alegó el recurrente, que se equivocó el fallador de segunda instancia, al confundir los plazos para el pago de los tributos aduaneros y el término de prescripción del contrato de seguro, reiterando que el siniestro se configura con el primer incumplimiento en el pago del cualquier canon, toda vez que esta mora genera la terminación del régimen aduanero; que el término de prescripción debe contarse desde el momento en que el interesado (DIAN) ha tenido o debió tener conocimiento del siniestro tal como se desprende de lo dispuesto en el art. 1081 del código de comercio.

#### **1.1.6 Consideraciones del Consejo de Estado**

Para resolver el asunto y luego de mencionar la normatividad atinente, señaló que el periodo con que cuenta la DIAN para efectuar la declaratoria del incumplimiento

y ordenar hacer efectiva la póliza, se halla determinado por la vigencia del seguro, por cuanto el objeto de la cobertura del mismo es la debida finalización del régimen y el pago oportuno de cada una de las cuotas de los tributos aduaneros. En este sentido, adicionó el H. Consejo de Estado, que la póliza debía amparar la finalización del régimen de importación temporal a cinco (5) años y por lo tanto su vigencia se extendía como mínimo hasta la fecha de pago prevista y tres meses más, es decir hasta el 17 de agosto de 2004.

Así las cosas, concluyó que el acto administrativo que ordenó hacer efectiva la póliza se expidió en vigencia de esta, sin que se haya presentado la prescripción.

De la violación al debido proceso y la agravación del riesgo resaltó

Que no hay lugar a juicio de reproche por cuanto la obligación derivada del contrato de seguro se hace exigible con la ocurrencia del siniestro, que en este caso es el incumplimiento de la obligación aduanera, que no obliga a realizar requerimiento previo alguno a la compañía aseguradora” y que se le informó a la aseguradora de la ocurrencia de los hechos “mediante la expedición y notificación del acto administrativo correspondiente, contra el cual proceden los recursos de vía gubernativa, notificación que se verificó efectivamente en este caso, lo cual explica que tales recursos hayan sido presentados por la aseguradora.

## **1.2 EVALUACIÓN CRÍTICA**

Se centran los puntos de alzada, en tres temas fundamentales, la prescripción, la supuesta violación al derecho de defensa de la aseguradora y la agravación del riesgo por la falta de notificación a la actora de incumplimiento del importador.

En cuanto al primer tema, el de la prescripción, para un mejor entender, dividiremos el análisis de la prescripción en dos partes, en la primera se realizará un estudio a la luz de la normatividad vigente para el momento en que fueron expedidas las resoluciones N. 0260 del 21 de mayo de 2004, a través de la cual se declaró incumplida la obligación de pagar los tributos aduaneros, y que fue confirmada por las resoluciones 012 del 07 de septiembre de 2004 y 0353 del 11 de octubre de 2004, y en la segunda abordaremos el asunto teniendo en cuenta la normas vigentes a la fecha y que en nuestro concepto conllevan cambios significativos, que buscan en alguna medida solucionar el tema de la prescripción

en las pólizas de disposiciones legales para importaciones temporales a largo plazo.

### **1.2.1 Sobre la Prescripción**

#### **1.2.2.1 Análisis de la sentencia en vigencia del Decreto 2685 de 1999**

El Estatuto Aduanero, en el artículo 142, define la importación temporal para reexportación en el mismo estado, en los siguientes términos: “Es la importación al territorio aduanero nacional, con suspensión de tributos aduaneros, de determinadas mercancías destinadas a la reexportación en un plazo señalado, sin haber experimentado modificación alguna, con excepción de la depreciación normal originada en el uso que de ellas se haga, y con base en la cual su disposición quedará restringida”.

De allí que la póliza de cumplimiento de Disposiciones Legales, tomada para garantizar la importación temporal a largo a plazo; que dígase de paso es una clase de importación temporal para reexportación en el mismo estado, de conformidad con el artículo 143 del mismo Estatuto, en vigencia del Decreto 2685 de 1999, tenía como objeto “responder por la finalización de la importación temporal dentro de los plazos señalados en la declaración y por el pago oportuno de los tributos aduaneros...”. Y es por esto, que la constitución de la garantía se especificaba “...la autoridad aduanera exigirá la constitución de garantía a favor de la Nación, hasta por el 100% (cien por ciento) de dichos tributos, en las condiciones, modalidades y plazos que señale la dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales...”<sup>2</sup>

Es decir, dado que en esta modalidad de importación se suspende el pago de los tributos aduaneros, la póliza de cumplimiento se constituía por el 100% de dichos tributos y para responder por la finalización de la importación temporal, los intereses moratorios causados por el pago de cuotas atrasadas y obviamente por el pago de los tributos aduaneros.

De la lectura del anterior artículo, concordada con el inciso final del artículo 153 ibídem, que expresa “Cuando la duración del contrato de arrendamiento sea superior a cinco (5) años, con la última cuota correspondiente a este período, se

---

<sup>2</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto 2685 de 1999 del 28 de diciembre 1999, publicado en el Diario Oficial N.43.834 del 30 de diciembre de 1999, art. 147 texto original modificado por el decreto 4136 de 2004.

deberá pagar el saldo de los tributos aduaneros aun no cancelados...” la jurisprudencia de antaño coligió, aunque no de manera pacífica, que al quinto año debía pagarse la totalidad de los tributos, es decir incluyendo las cuotas pendientes de pago, como una especie de liquidación final de la obligación, entendiéndose, que se trata valga la redundancia de una obligación cuyo pago se pactaba en pagos fraccionados, pero que en todo caso seguía siendo una obligación.

Sin embargo, no era tan claro el asunto, si se revisan otras normas contentivas del Estatuto Aduanero, tal como se encontraba redactado antes de la entrada en vigencia del decreto 4136 de 2004, publicado en el Diario Oficial 45.762 de 14 de diciembre de 2004, el cual como se resaltó desde el principio, es posterior a la Resolución N. 0260 del 21 de mayo de 2004, con la cual se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento de Disposiciones Legales expedida por Confianza.

El artículo 146 en vigencia del decreto 2685 de 1999, en su inciso segundo expresaba:

El pago oportuno de las cuotas permite al interesado la utilización de la mercancía en cualquier obra de su interés. Si el pago no se realiza oportunamente, el interesado podrá cancelar la cuota atrasada dentro de los tres (3) meses siguientes a su vencimiento, liquidándose los intereses moratorios de que trata el artículo 543 de este Decreto. Vencido este término sin que se hubiere producido el pago, la autoridad aduanera declarará el incumplimiento de la obligación y dispondrá la efectividad de la garantía y la aprehensión de la mercancía.

La norma, contemplaba que al vencimiento del término de 3 meses, sin que se hubiese pagado la cuota atrasada, la autoridad aduanera debía declarar el incumplimiento de la obligación y disponer la efectividad de la garantía, es decir hacía referencia al vencimiento de la cuota y no de la obligación total, como si la póliza estuviera amparando cada una de las cuotas como obligaciones independientes.

Se plantearon entonces dos escenarios, de un lado se analizaba como una sola obligación cuyo pago se dividía en diferentes cuotas, razón por la cual el acto que declara el incumplimiento de dicha obligación se debía expedir en vigencia de la póliza o dentro de los dos años siguientes en que la entidad estatal tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción, que para este evento sería el incumplimiento de la última cuota del pago de los tributos aduaneros, y de otro

lado entender que la póliza no cubre una sola obligación, sino varias obligaciones consistentes en cada una de las cuotas, y que por lo tanto con el incumplimiento de una cualquiera, la entidad estatal debía proferir el acto administrativo que declara el incumplimiento, en un término máximo de dos años, teniendo en cuenta las normas en materia de prescripción en seguros.

Estos dos escenarios, fueron planteados en diferentes fallos y salvamentos de votos por los Magistrados del Consejo de Estado, quienes acudiendo a criterios de interpretación de la naturaleza misma de la póliza, emitieron argumentos defendiendo una y otra postura, pues las autoridades aduaneras no regularon el plazo dentro del cual se debía declarar el incumplimiento y hacer efectiva la garantía.

Ahora bien, en la sentencia que ahora ocupa nuestra atención, el H. Consejo centró su análisis en la expedición del acto administrativo en vigencia de la póliza, aclarando que en cualquier momento durante ésta, se podía configurar el siniestro y que no es de recibo que el término de prescripción comience a correr desde el primer incumplimiento, pues el objeto de la póliza es garantizar la finalización y pago oportuno de la totalidad de las cuotas.

En nuestro criterio es acertada la decisión tomada la sentencia, pues no ofrece duda que se trata de una sola obligación, cuyo pago de los tributos aduaneros se realiza de manera fraccionada como expresamente lo permite la ley. Y es que si el espíritu del Legislador hubiese estado dirigido a considerar cada pago de los tributos aduaneros como obligaciones independientes, la norma exigiría una póliza diferente por cada cuota.

En conclusión, siendo el siniestro el acto administrativo que declara el incumplimiento, el cual debe proferirse en vigencia de la póliza o en todo caso dentro de los dos años siguientes en que conoció o debió conocer y teniendo esta póliza como objeto garantizar la finalización de la importación temporal, no queda duda que el término de prescripción no se contabiliza desde el incumplimiento de la primera cuota, pues el importador cuenta con el plazo de los 5 años para cancelar hasta el último momento los saldos adeudados, y si en esa última cuota no se pone al día se configura el siniestro y por ende empiezan a contar los términos de prescripción.

Es decir, la Empresa de Teléfonos de Jamundí S.A. E.S.P, tenía hasta el 17 de agosto de 2002, por el término de tres meses adicionales al vencimiento que

otorgaba la norma\* y que para este caso era el 17 de mayo de 2002, para cancelar las cuotas atrasadas y como dicho pago no se efectuó, la entidad profirió la Resolución N. 0260 del 21 de mayo de 2004, es decir dentro de los dos años siguientes al vencimiento de la última cuota, estando en término y por lo tanto sin que se hubiese configurado la prescripción.

En este sentido, encontramos en la sentencia de segunda instancia un error que si bien no afecta el sentido del fallo, vale la pena aclarar. El Consejo de Estado en la parte considerativa expresó: “De este modo, la póliza debía amparar la finalización del régimen de importación temporal a cinco (5) años y por lo tanto su vigencia se extendía como mínimo hasta la fecha de pago prevista y tres meses más, esto es, al 17 de agosto de 2004, por lo que, se reitera, el incumplimiento en el pago de las cuotas de tributos aduaneros declarado por la administración en la resolución 260 de 21 de mayo de 2004, hubiere podido válidamente ser cobrado mediante la garantía constituida para el efecto”

Sin embargo, la última cuota, es decir la décima (10), como inclusive se señala en otro aparte de la sentencia, se causó para el 17 de mayo de 2002, más los tres (3) meses que otorgaba la norma, con la respectiva liquidación de intereses, quiere decir que la vigencia de la garantía se extendía hasta el 17 de agosto de 2002, y no hasta el 17 de agosto de 2004, como lo afirmó el Consejo. Ahora bien, es claro que se estaba incluyendo el término de 2 años por la prescripción, pero sería impropio hablar de vigencia de la póliza.

En conclusión, la resolución N. 0260 que declaró el incumplimiento se profirió el 21 de mayo de 2004, es decir dentro de los dos años siguientes al vencimiento de la garantía, razón por cual en todo caso no se había configurado la prescripción.

Sobre el particular, encontramos la sentencia del 29 de septiembre de 2011, que es tal vez, la que más clarificó el tema de la prescripción en pólizas de importación temporal para reexportación en el mismo estado<sup>3</sup>, deteniéndose especialmente en el momento desde el cual se debe empezar a contar los términos de prescripción.

---

\* Decreto 2685 de 1999, art. 146

“El pago oportuno de las cuotas permite al interesado la utilización de la mercancía en cualquier obra de su interés. Si el pago no se realiza

<sup>3</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta. Sentencia del 29 de septiembre de 2011 Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcena.

Para comenzar, la sentencia definió cuando se configura el incumplimiento de la obligación garantizada en los siguientes términos:

Pues bien, conforme con las normas que han regulado y regulan el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado, la Sala considera que la importación temporal para reexportación en el mismo estado comporta varias obligaciones que deben surtirse en el transcurso de un plazo global y en el transcurso de plazos específicos, obligaciones que, a la vez, pueden estar sujetas a diversos condicionamientos, dependiendo del plazo de permanencia de la mercancía en el país, del tipo de bienes a importar y de si la operación viene precedida de un contrato de leasing.

Y continuó:

Conforme con esos presupuestos, la Sala advierte que hay dos obligaciones básicas que se deben cumplir en el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado: (i) la obligación referida al pago de tributos aduaneros y (ii) la obligación referida a la terminación del régimen de importación temporal. De manera que, en la práctica, pueden ocurrir las siguientes situaciones generales: - Que el importador incumpla el pago de una o más de las cuotas de tributos aduaneros. - Que el importador no finalice el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado. - Que el importador no pague una o más de las cuotas de tributos aduaneros y, además, no finalice el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado.

Así las cosas, coligió:

De manera que, en vigencia del Decreto 1909 de 1992, como en vigencia del Decreto 2685 de 1999, el objeto de la garantía era responder tanto por el pago de una cuota como por el pago de todas las cuotas de tributos aduaneros y, además, por la finalización del régimen. Y si el pago de los tributos aduaneros y la finalización del régimen estaban supeditados a condiciones de plazo, lo propio es interpretar que el incumplimiento de la obligación puede ser parcial como puede ser total, pero, por lo mismo, el siniestro, para efectos de la efectividad de las garantías, puede ser parcial o total, y puede ser declarado por la DIAN inmediatamente se percate del mismo o una vez se cumplan los plazos máximos establecidos para el cumplimiento de las mentadas obligaciones. Con mayor razón si a los importadores se les exige que las pólizas amparen el riesgo asegurado, como un todo, por el término que dure el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado y no como si el riesgo fuera parcializado, por el incumplimiento de obligaciones autónomas, cuando no lo son, y por los plazos individualmente considerados para cubrir el no pago de cada cuota de tributos aduaneros y del plazo de permanencia de la mercancía en el País. Si así lo hubiera querido el legislador, habría exigido una póliza por cada riesgo individualmente

considerado, pero exigió una única garantía para cubrir todas las obligaciones inherentes al régimen de importación temporal declarado en cada declaración de importación de las que se derivan las obligaciones garantizadas como un todo.

En esas condiciones, lo razonable es interpretar que las autoridades aduaneras pueden adelantar, las gestiones tendientes a verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras inherentes al régimen de importación temporal desde que este régimen inicia hasta el momento en que debe culminar de manera normal.

Entonces, tratándose de la importación temporal para reexportación en el mismo estado de mercancías en arrendamiento financiero y de la obligación tributaria aduanera, concretamente, la DIAN puede verificar que las cuotas de tributos aduaneros liquidadas conforme con las condiciones del contrato de arrendamiento se paguen oportunamente y que el pago de tales tributos, en todo caso, se haga, a más tardar, por la totalidad, el quinto año de permanencia de la mercancía en el país, más el plazo adicional de tres meses previsto para pago con intereses moratorios, o en proporcionalidad al término de permanencia de la mercancía en el país, al término de finalización del régimen de importación temporal.

Esa verificación, a su vez, se puede hacer desde que se autoriza la importación temporal, en el transcurso de permanencia de la mercancía en el País y hasta el plazo máximo previsto en la legislación aduanera para el pago de los tributos aduaneros. De manera que, el incumplimiento en el pago de la obligación tributaria aduanera se puede declarar en cualquier momento y, así declarado ese incumplimiento, es exigible en cabeza del importador.

Ahora bien, si la autoridad aduanera quiere que el pago de la obligación incumplida se haga con cargo a las pólizas otorgadas para el efecto, sí es necesario que el acto administrativo que declara el incumplimiento y ordena hacer efectivas las pólizas se expida dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación garantizada.

De manera que, si en el caso de las importaciones temporales el riesgo que se ampara es el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones inherentes al régimen de importación temporal, hecho que se puede verificar, se reitera, hasta el último momento en que tiene el importador para cumplir con tales obligaciones, es pertinente que el acto administrativo se expida y quede ejecutoriado dentro de los dos años siguientes al hecho o hechos verificados por la DIAN y que configuran el incumplimiento.

En ese orden de ideas, queda claro que la obligación del pago de los tributos aduaneros de trata de una obligación compleja, es decir, se deben cumplir varias prestaciones, consistentes en el pago de cada una de las cuotas de tributos

aduaneros, y si finalizada la vigencia de la garantía dicho obligación no se satisface, se debe proferir el acto administrativo declaratorio del incumplimiento, o en todo caso dentro de los dos años siguientes.

Sobre la declaratoria del Siniestro, la sentencia del 04 de junio de 2009 del Consejo de Estado<sup>4</sup>, clarifica el tema, apoyada a su vez en las sentencias de 29 de enero de 2009, exp. 02099<sup>5</sup>; 28 de agosto de 2003, exp. 2000-0502 (8031), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza<sup>6</sup>; sentencia de 11 de julio de 2002, exp. 7255 M.P. Urueta Ayola<sup>7</sup>, cuando se afirmó que el incumplimiento debe presentarse en vigencia de la garantía, pero que el acto administrativo se puede proferir con posterioridad.

Igualmente, el doctrinante Jorge Eduardo Narváez en su obra “El Seguro de Cumplimiento de Contrato y Obligaciones”, expresó: “Para que no opere la prescripción bajo la póliza de seguro, es necesario que el incumplimiento ocurra dentro del periodo de la vigencia de la garantía, que el acto administrativo se produzca antes del término de dos (2) años contados a partir de la fecha en que el contribuyente incurrió en dicho incumplimiento”<sup>8</sup>

### **1.2.1.2 Análisis de la sentencia en vigencia del Decreto 4136 de 2004 y sus normas complementarias**

Todas la discusiones que se vienen planteando, sirven de explicación para entender porque el Legislador introdujo cambios en el decreto 2685 de 1999, por

---

<sup>4</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 04 de 2009. Radicación No. 16084. Consejero Ponente, Dr. William Giraldo Giraldo

<sup>5</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de enero 29 de 2009. Expediente núm.2000-02099. Consejero Ponente, Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Actora: VISTA HERMOSA LTDA

<sup>6</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de agosto 28 de 2003. Expediente núm. 2000-0502 (8031), Consejero Ponente, Dr. Gabriel Eduardo Mendoza. Actor: SOCIEDAD TRANSPORTADORA DE MAGANGUÉ LTDA. "SOTRAMAG

<sup>7</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de julio 11 de 2002. Expediente núm. 7255. Consejero Ponente, Dr. Manuel Santiago Urueta.

<sup>8</sup> NARVAEZ BONNET, Jorge Eduardo. El Seguro de Cumplimiento de Contratos y Obligaciones. Colección de Profesores. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011. Pág. 579.

lo cual se hace necesario revisar cómo están redactadas actualmente las normas en materia de las garantías.

El texto original del Decreto 2685 de 1999, en su artículo 146, contemplaba:

PAGO DE LAS CUOTAS CORRESPONDIENTES A LOS TRIBUTOS ADUANEROS. El pago de las cuotas correspondientes a los tributos aduaneros deberá efectuarse en los términos señalados en este Decreto, en los bancos o entidades financieras autorizadas para recaudar por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

El pago oportuno de las cuotas permite al interesado la utilización de la mercancía en cualquier obra de su interés. Si el pago no se realiza oportunamente, el interesado podrá cancelar la cuota atrasada dentro de los tres (3) meses siguientes a su vencimiento, liquidándose los intereses moratorios de que trata el artículo 543 de este Decreto. Vencido este término sin que se hubiere producido el pago, la autoridad aduanera declarará el incumplimiento de la obligación y dispondrá la efectividad de la garantía y la aprehensión de la mercancía.\*

Este texto fue modificado inicialmente por el Decreto 1198 de 2000, que en el inciso segundo, otorgó la posibilidad de disponer la efectividad de la garantía o la aprehensión de la mercancía:

ARTÍCULO 146. El pago de las cuotas correspondientes a los tributos aduaneros deberá efectuarse en los términos señalados en este decreto, en los bancos o demás entidades financieras autorizadas para recaudar por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El pago oportuno de las cuotas permite al interesado la utilización de la mercancía en cualquier obra de su interés. Si el pago no se realiza oportunamente, el interesado podrá cancelar la cuota atrasada dentro de los tres (3) meses siguientes a su vencimiento, liquidándose los intereses moratorios de que trata el artículo 543 de este decreto. Vencido este término sin que se hubiese producido el pago, la autoridad aduanera declarará el incumplimiento de la obligación y dispondrá la efectividad de la garantía o la aprehensión de la mercancía.” (Subrayas fuera de texto).

---

\* Texto antes de la entrada en vigencia del Decreto 4136 de 2004

Hoy, con la entrada en vigencia del Decreto 4136 de 2004, el texto del artículo está redactado así:

ARTICULO 146. PAGO DE LAS CUOTAS CORRESPONDIENTES A LOS TRIBUTOS ADUANEROS. El pago de las cuotas correspondientes a los tributos aduaneros deberá efectuarse en los términos señalados en este decreto, en los bancos o demás entidades financieras autorizadas para recaudar por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Si el pago no se realiza oportunamente, el interesado deberá cancelar la cuota atrasada liquidándose los intereses moratorios de que trata el artículo 543 de este decreto.

Los bienes deberán ser utilizados o destinados al fin para el cual fueron importados.

Así mismo, el artículo 147 que regula la Garantía en esta materia, actualmente está redactado en los siguientes términos:

ARTICULO 147. GARANTÍA.

<Artículo modificado por el artículo 6 del Decreto 4136 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La autoridad aduanera exigirá la constitución de una garantía a favor de la Nación, por el ciento cincuenta por ciento (150%) de los tributos aduaneros, con el objeto de responder, al vencimiento del plazo señalado en la declaración de importación, por la finalización de la modalidad con el pago de los tributos aduaneros, los intereses moratorios y la sanción a que haya lugar.

Tratándose de importaciones temporales de mercancías en arrendamiento, cuando la duración del contrato de arrendamiento sea superior a cinco (5) años, la garantía se constituirá con el objeto de responder, al vencimiento del quinto año o al vencimiento del término para la cancelación de la cuota correspondiente a la mitad del plazo de los cinco (5) años, por los tributos aduaneros, los intereses moratorios y la sanción a que haya lugar.

En ambos casos, el objeto de la garantía también comprenderá los tributos aduaneros, intereses y sanciones que se generen por el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso segundo del artículo 149 del presente decreto.

La garantía se constituirá en las condiciones, modalidades y plazos que señale la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Como se puede ver, tal como se encuentra la norma hoy redactada, no ofrece dudas sobre el objeto para el cual se suscribe la póliza, esto es, para garantizar al vencimiento del quinto año por el pago de los tributos aduaneros, los intereses y la sanción correspondiente, otorgando adicionalmente la posibilidad al “vencimiento del término para la cancelación de la cuota correspondiente a la mitad del plazo de los 5 años” para declarar el incumplimiento, quedando despejada cualquier duda en este sentido, máxime cuando reformó el artículo 153 del mismo decreto.

Se mantiene entonces con la reforma, la postura mayoritaria acogida por el Consejo de Estado, como se evidencia en la sentencia del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, C.P. William Giraldo Giraldo, del veintiséis de julio de 2012, cuando se afirmó:

“Respecto al argumento del a quo, según el cual, toda vez que para el 25 de enero de 2001 la importación no había finalizado por no completarse la unidad funcional, razón por la cual, para el 25 de enero de 2006 no había vencido el plazo de 5 años previsto en el artículo 153 del Decreto 2685 de 1999, insiste la Sala que el citado artículo es perentorio al señalar que “...Cuando la duración del contrato de arrendamiento sea superior a cinco (5) años, con la última cuota correspondiente a este período, se deberá pagar el saldo de tributos aduaneros aún no cancelados”. Lo que implica que la sociedad UNITEL S.A. debió pagar la totalidad de los tributos aduaneros causados, independientemente del tiempo de permanencia de la mercancía en el país, al quinto año de permanencia”<sup>9</sup>.

### **1.2.2 Violación al Derecho de Defensa de la Aseguradora y la Agravación del Riesgo por la falta de notificación a la actora del incumplimiento del importador.**

Quedan por abordar, los temas relacionados con la supuesta violación al derecho de defensa de la aseguradora y la agravación del riesgo por la falta de notificación a la actora de incumplimiento del importador, los cuales por la estrecha relación en los argumentos acogidos por el Consejo de Estado, para denegarlos se estudiarán de manera conjunta.

Sobre los temas, el H. Consejo de Estado, consideró que teniendo la competencia por ley la autoridad administrativa para reclamar la indemnización, con la

---

<sup>9</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de julio 26 de 2012. Expediente núm. 18031. Consejero Ponente, Dr. Manuel Santiago Urueta. Actor ASEGURADORA COLSEGUROS S.A Y OTROS

expedición y notificación del acto administrativo, como se hizo en debida forma dentro del caso en estudio, tanto así que la compañía Aseguradora, presentó los recursos de ley contra la resolución, no había obligación adicional de realizar requerimiento previo.

En el mismo sentido, Jorge Eduardo Narváez, puntualizó:

Como es claro, la objeción del asegurador no es procedente en estos casos en que media un acto administrativo.

Con muy buen criterio, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto del 17 de febrero de 1989, con ponencia del consejero Jaime Abella Zarate, expediente 1281, consideró que la objeción a una reclamación fundada en el artículo 1053 del Código de Comercio resulta inaplicable tratándose de siniestros que, por disposición legal, se entienden realizados con la expedición del acto administrativo y, por lo tanto, si el asegurador con la expedición del acto administrativo y, por lo tanto, si el asegurador no está de acuerdo con la declaratoria de incumplimiento lo procedente es interponer los recursos previstos en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

En sentencia de 19 de febrero de 2009, exp. 24.609 MP Mauricio Fajardo Gómez, reiteró que en la garantía única no tiene cabida la facultada de la aseguradora de objetar la reclamación como tampoco pesa sobre la entidad estatal la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro a la aseguradora, por cuanto la normatividad que resulta aplicable es la propia de la vía gubernativa". (Subrayas por fuera de texto)

En ese orden de ideas, no es necesario emitir argumentos extensos para colegir, que teniendo las póliza de cumplimiento para entidades estatales, un procedimientos tan propio, determinado por las prerrogativas otorgadas a estas entidades, la forma de dar aviso a la Aseguradora de la ocurrencia del siniestro, es mediante la notificación del acto Administrativo, contra el cual proceden los recursos de ley a fin que pueda debatirse las circunstancias de hecho y de derecho que generaron el incumplimiento, sin que sea exigible dar aviso previo.

Como se puede observar, una vez proferida la resolución 0260 del 21 de mayo de 2004, por la División Local de Aduanas de Cali, declarando el incumplimiento de las obligaciones aduaneras y ordenando hacer efectiva la póliza, CONFIANZA interpuso el recurso de reposición y apelación, con lo cual se agotó la vía gubernativa y quedó notificada en debida forma.

**2. ANÁLISIS SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: DR. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. FECHA: BOGOTÁ 09 DE FEBRERO DE 2011. RADICADO: N. 73-001-23-31-000-1998-06662 01. DEMANDANTE: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. DEMANDADO: FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA**

## **2.1 RESEÑA**

### **2.1.1 Relación de los hechos**

A. La Fábrica de Licores del Tolima suscribió el contrato FLT-013 con el señor Jesús Octavio Duarte Reuto, en diciembre 5 de 1996, con vigencia hasta el 31 de diciembre del mismo año, el cual tenía por objeto la compra de aguardiente “tapa roja”, para ser distribuido en venta en el departamento de Arauca.

B. Para cancelar las cuentas de cobro el señor Duarte Reuto giró varios cheques en forma posfechada, los cuales no se pudieron hacer efectivos porque la cuenta corriente de la cual habían sido girados, se encontraba saldada.

C. El contrato FLT-013 de 1996 estaba garantizado por la póliza de cumplimiento No. 1243529-0, expedida por la compañía Aseguradora Colseguros S.A.

D. La Fábrica de Licores del Tolima declaró la caducidad del contrato de suministro mediante la resolución 0180 de Marzo 10 de 1997.

E. La Fábrica de Licores del Tolima liquidó unilateralmente el contrato FLT-013 de 1996 a través de la resolución 305 del 21 de agosto de 1997. La misma no se repuso y dicha decisión se dio a conocer en el oficio GG-0290 del 23 de mayo de 1997.

F. La Contraloría Departamental del Tolima adelantó una investigación fiscal en contra del Subgerente de la Fábrica de Licores de Tolima - por lo ocurrido con los cheques antes mencionados - y concluyó que el incumplimiento contractual se había presentado por su descuido, su negligencia y su ligereza respecto de la ejecución del contrato.

## **2.1.2. Planteamiento del Problema**

En el caso que se analiza encontramos tres aspectos fundamentales a estudiar

A. ¿Las compañías Aseguradoras están legitimadas en la causa para demandar contractualmente cuando la entidad pública declare el incumplimiento contractual y ordene hacer efectiva la póliza de cumplimiento que ampara el contrato estatal?

B. ¿La Jurisdicción Contenciosa Administrativa es competente para conocer demandas entre las compañías aseguradoras y las entidades públicas, respeto de las controversias que se susciten frente a las pólizas de cumplimiento?

## **2.1.3 Reseña de los fallos de instancia**

### **2.1.3.1 Sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca**

Declaró la nulidad de los artículos: 3° de la Resolución N° 0180, de marzo 10 de 1997 por medio de la cual se decretó la caducidad del contrato FLT-013-96, y se ordenó hacer efectiva la póliza N° 1243529-0 expedida por la Aseguradora Colseguros S.A., y el 3° de la resolución N° 305, de 21 de abril del año 1997, por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato FLT-013-96, suscrito por el señor JESÚS OCTAVIO DUARTE REUTO en cuanto resuelve enviar copia de ella a la Aseguradora Colseguros S.A., emitidas por la Fábrica de licores del Tolima. Así mismo, declaró la nulidad del auto GG-0290 del 23 de mayo del mismo año, en relación con la no revocatoria del artículo 3° de la segunda resolución citada anteriormente, y la cuenta de cobro N° SAF-135 del 1° de julio de 1997, y negó el resto de pretensiones de la demanda.

### **2.1.3.2 Sentencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera-subsección A**

Modificó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 20 de septiembre de 1999, y en su lugar dispuso declarar oficiosamente, la nulidad de la Resolución N° 0180 de marzo 10 de 1997, a través de la cual se declaró la caducidad del contrato FLT - 013 de diciembre 5 de 1996. Se declaró inhibida para pronunciarse respecto de los demás asuntos decididos en la sentencia de primera instancia: Resolución número 305 del 21 de abril de 1997 –por medio de la cual la FLT liquidó unilateralmente el contrato FLT-013 de diciembre 5 de 1996, del auto GG-0290 del 23 de mayo de 1997 –por la cual la FLT confirmó la

Resolución 305 del 21 de abril de 1997- y la cuenta de cobro N° SAF-135 DEL 1º de julio de 1997 y negó el resto de las pretensiones de la demanda.

#### **2.1.4 Fundamentos del fallo del Tribunal Administrativo de Tolima**

El principal argumento que adujo para resolver la controversia se basa en el hecho que aunque la ley 80 del 1993 no considera que la garantía hace parte del contrato estatal, esta si debe entenderse como parte del mismo y por tal razón, la entidad pública tenía la obligación de ejercer control sobre el desarrollo del contrato y también sobre los fondos correspondientes, obligaciones que presuntamente incumplió la entidad como lo podría demostrar el auto de cierre de investigación y la apertura del juicio fiscal adelantados por la Contraloría Departamental del Tolima en contra del Subgerente de la Fábrica de Licores de Tolima y del contratista, y por tanto podía concluirse que el ente estatal no investigó acerca de la capacidad de pago del mismo, así como de la existencia de fondos en la cuenta de donde fueron girados los cheques como forma de pago, lo cual permitía deducir que la aseguradora no tenía responsabilidad alguna por haber sido inducida en error por parte de la entidad, concluyendo que: “Entonces, ante estos planteamientos, el camino a seguir es la declaratoria de nulidad solicitada por la Aseguradora Colseguros S.A. Debiéndose denegar las otras condenas pedidas en el libelo introductorio porque no se demostró que la accionante haya cancelado suma cobrada por la demandada, ni ocasionado perjuicios.”

#### **2.1.5 Recurso de Apelación**

El recurrente, la Fábrica de Licores de Tolima, sostuvo que la Compañía Aseguradora no hacía parte del contrato ni tenía injerencia directa en su desarrollo y por tanto no se encontraba legitimada por activa para actuar en la Litis.

#### **2.1.6 Consideraciones del Consejo de Estado**

El Consejo de Estado, antes de decidir el caso concreto aborda siete puntos, que de forma sucinta se enuncian a continuación:

### **2.1.6.1 Competencia del Consejo de Estado**

El Consejo de Estado afirma que es competente para conocer del caso subjudice conforme al artículo 75 de la ley 80 del 1993 que maneja un criterio subjetivo u orgánico, es decir que para establecer si la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales, se necesita determinar si la controversia surgió de un contrato suscrito con una Entidad Pública, y en este caso la Fábrica de Licores de Tolima lo es, por ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente.

Indica además que en aplicación del criterio antes mencionado, la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, como quiera que se consideran contratos estatales aquellos en que participen entidades que gocen de esa misma naturaleza de conformidad con el artículo 32 de la ley 80 de 1993; y además, señala que conoce la jurisdicción contenciosa administrativa de “los conflictos originados en los contratos de seguros que se celebran para respaldar o garantizar el cumplimiento de contratos estatales, toda vez que aquellos también participan de la naturaleza jurídica de éstos, tal como lo ha señalado la Jurisprudencia.”

Igualmente, menciona que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, tal como se pronunció el máximo órgano de cierre de esa jurisdicción en auto de febrero 8 de 2007, cuando determinó: “...i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo. (...)”

### **2.1.6.2 Legitimación en la causa para demandar, respecto de la compañía aseguradora**

Pese a que la Compañía Aseguradora no suscribió el Contrato 013 de 1996 se encuentra legitimada por activa para incoar en acción contractual la nulidad de los actos administrativos que declararon el siniestro, pues la asiste un interés directo comoquiera que de él deviene la obligación de pagar la indemnización por el

incumplimiento del objeto del mismo por parte del contratista en virtud de la póliza que expidió en beneficio de la Fábrica de Licores del Tolima.

#### **2.1.6.3 La solicitud de nulidad formulada por la demandada**

En cuanto a la solicitud de nulidad formulada por parte de la Fábrica de Licores de Tolima referente a que en la demanda no se expuso el concepto de la violación ni se individualizaron los actos administrativos demandados, sumado a que la demanda no habría sido presentada personalmente por quien otorgaba el poder, pues sólo se observaba un reconocimiento de firma; el fallador por anticipado, las considero infundadas toda vez que los reparos concernientes con ilegalidades no se pueden visibilizar en esta etapa procesal, pues como no se alegaron en la oportunidad prevista en la ley desaparecen en razón de su saneamiento.

#### **2.1.6.4 El valor probatorio de los documentos aportados al proceso**

Con relación a los documentos aportados en el proceso, el fallador examina la autenticidad y legalidad de cada uno de ellos, teniendo en cuenta que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso administrativa, se les aplica por remisión del artículo 168 del C.C.A., el régimen probatorio establecido en el código de procedimiento civil.

Es por ello, que el Consejo de Estado frente a los documentos obrantes en el proceso considera que están debidamente autenticados, toda vez que son tomadas del original, de acuerdo con el sello interpuesto por la Entidad Estatal quien los aportó razón por la cual se trata de pruebas valorables.

En cuanto a la Resolución No. 305, el oficio GG-290 y el oficio SAF-135, todas proferidas en 1997, pese a que fueron aportados al proceso en copia simple, como fueron allegados por la misma entidad que los expidió, tal como se deduce de los oficios GG-0171 y GG-0456 de marzo 18 y agosto 3 de 1998, respectivamente suscritos por el Gerente General de la Fábrica de Licores de Tolima, dichas copias se reputan auténticas.

#### **2.1.6.5 Régimen jurídico del contrato**

El Consejo de Estado ha reconocido en su Jurisprudencia que a los contratos estatales les son aplicables tanto reglas propias del Derecho Público como del

Derecho Privado, en los siguientes términos<sup>10 11</sup>:

El estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra ley o derecho ajeno.

Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual, el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público.

De acuerdo con lo anterior, se debe precisar que en el caso en cuestión, la legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil, debido a que el ente Estatal desarrollaba actividades comerciales y se encontraba inscrita en el registro mercantil, además que la Compañía es comerciante, en calidad de sociedad anónima, autorizada por el Estado al ejercicio y desarrollo de la actividad aseguradora, siendo ésta de naturaleza mercantil.

Agrega también que como no existe norma que exprese lo contrario con relación a la participación de Entidades Públicas en las relaciones contractuales en donde para una de las partes el acto fuere de carácter mercantil, entonces en este caso puede dársele aplicación al artículo 22 del código de comercio.

#### **2.1.6.6 Facultad oficiosa del juez para examinar la falta de competencia**

Cuando el fallador advierta que se presenta una falta de competencia en el caso que examina, este debe estudiarla de oficio, teniendo en cuenta que el principio

---

<sup>10</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 20 de 1998. Rad. 14202 C.P. Juan de Dios Montes. En el mismo sentido ver:

<sup>11</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de octubre de 2005. Rad. 14579. C. P Germán Rodríguez Villamizar.

de legalidad y las normas de competencia son de orden público, además que puede configurarse una grave causal de ilegalidad. Tal como lo afirma el ad quem:

“La jurisprudencia de la Sección Tercera<sup>12</sup> ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que **‘la incompetencia** está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”.

Es por eso que es necesario determinar si la Fábrica de Licores de Tolima tenía competencia para declarar la caducidad del contrato 013 de 1996, mediante la Resolución 0180 de 1997, pues se observa un vicio por haberla ejercido extemporáneamente.

#### **2.1.6.7 La legalidad de los actos administrativos demandados**

Teniendo en cuenta que la controversia que se analiza se apoya en la exorbitancia de la caducidad del contrato 013 de 1996 declarada mediante la Resolución 0180 de 1997, tenemos que decir que esta potestad conlleva a la terminación del contrato, constituyendo el siniestro por incumplimiento, necesario para hacer efectiva la póliza que lo garantiza. Así mismo elucida en cuales tipos contractuales las cláusulas exorbitantes se entienden como escritas y cuando se pueden considerar como elementos accidentales de los mismos. Realiza un análisis de los elementos determinantes del contrato y llega a la conclusión que aunque en un principio este fue considerado por las partes como un contrato de venta, después de examinar sus cláusulas se tiene que en realidad se trata de un contrato de suministro, en el cual la caducidad puede ser pactada por los extremos contractuales, pero en este caso este hecho no se evidenció, por tanto fue necesario visibilizar que si bien esta no se estipuló, se debe entender como no escrita por tratarse de un contrato cuyo objeto es una actividad monopolizada estatalmente.

---

<sup>12</sup>COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414. (Nota original)

Enfatiza en la competencia temporal de las Entidades Públicas para declarar la caducidad de los contratos, aduciendo que el límite para hacerlo es el vencimiento del contrato y que si dicho hecho se presenta con posterioridad, el acto administrativo nace viciado.

Por tal razón, se atiende a dilucidar el fenómeno del decaimiento de los actos administrativos, resaltando cuales son las causales que dan lugar a que este se presente, concluyendo que no tiene competencia para conocer del mismo.

**Finalmente EL Consejo de Estado sobre el asunto sometido a su consideración, resolvió:**

El Consejo de Estado se centra en definir como primera medida si la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. tenía interés legítimo para actuar en la controversia contractual que se analiza cuyo objeto es que se anulen los actos administrativos que dieron lugar al siniestro.

En auto del 18 de julio de 2007 el ad quem recuerda que:

Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.<sup>13</sup>

Concluyendo que a pesar que la Compañía Aseguradora no hacía parte del contrato estatal, si tenía un interés directo, toda vez que de él deviene la obligación de pagar la indemnización por el incumplimiento del contratista en el contrato 013 de diciembre 5 de 1996, en virtud de la póliza que se expidió a favor de la Fábrica de Licores de Tolima.

Es importante también aclarar si el ente estatal tenía competencia ratio temporis para ejercer la potestad de declarar la caducidad del contrato 013 de 1996, teniendo en cuenta que la falta de competencia se considera como una ilegalidad

---

<sup>13</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero.

mayúscula, y además declarar la caducidad del contrato materializa una de las más trascendentes cláusulas exorbitantes, es por ello que el fallador de oficio se pronunció sobre este tópico.

De acuerdo con lo anterior, afirma que aunque las partes expresaron que se trataba de un contrato de venta, en realidad entre ellos se perfeccionó uno de suministro en el que la Fábrica de Licores del Tolima proveía sucesivamente al contratista del Aguardiente Tapa Roja para que éste lo distribuyera a título de venta en el Departamento de Arauca y a cambio de ello aquél debía pagarle por cada uno de los bienes suministrados; de allí que es importante hacer relieves que en este tipo de contratos según el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las partes podrán estipular, expresamente, la inclusión de cláusulas exorbitantes, comoquiera que frente a dicho tipo contractual éstas actúan como accidentales. Pero en el caso en cuestión se observa que en el contrato estatal 013 de 1996 no se estipuló la cláusula exorbitante de caducidad y por tal razón no era posible su ejercicio por parte de la Fábrica de Licores de Tolima, pero al analizar el objeto del negocio jurídico se advierte que éste recae sobre la venta de licor destilado, siendo considerada esta actividad como monopolio estatal, contrato en el cual se tendrán por escritas las cláusulas exorbitantes, entre ellas la caducidad, así no haya sido incluida por las partes.

De ahí se desprende que teniendo la entidad competencia funcional para declarar la cláusula mencionada, es de vital importancia determinar si lo había hecho dentro del espacio temporal permitido. En relación con este punto, en sentencia del 20 de noviembre de 2008, la Sala expresó cambiando su jurisprudencia: “la posibilidad de ejercer la cláusula excepcional de caducidad no estaba limitada por el plazo estipulado para la ejecución del contrato, toda vez que, incluso después de su vencimiento, ésta podría declararse, ya que era en esa época cuando efectivamente se podía verificar el cumplimiento por parte del contratista; también planteaba esta tesis que la relación contractual sólo se extinguía con la liquidación del convenio y que, por ello, en tanto con posterioridad a la terminación del plazo de ejecución continuaban ejecutándose prestaciones u obligaciones contractuales, podía declararse la caducidad administrativa, debido a que la relación seguía vigente”<sup>14</sup>.

La posición actual indica que el límite temporal para declarar la caducidad del contrato es el plazo de ejecución estipulado, por ende, vencido éste, la respectiva

---

<sup>14</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1999. Exp. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque. (En este sentido)

entidad pública contratante pierde la competencia ratio temporis para declararla. Expresando la Sala lo siguiente para reafirmar su tesis:

En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento...

Finalmente el Consejo de Estado arguye que en el caso en cuestión, la Entidad Estatal carecía de competencia temporal para declarar la caducidad del contrato toda vez que el plazo de ejecución del mismo fenecía el 31 de diciembre de 1996 y su caducidad se declaró mediante resolución 0180 de Marzo 10 de 1997, es por ello que la misma surgió viciada de nulidad siendo ésta declarada de oficio por el fallador.

Teniendo en cuenta lo anterior y a sabiendas que el fundamento factico y jurídico de la resolución 305 del 21 de agosto de 1997, la cual liquidó unilateralmente el contrato recae en la resolución 180 de 1997 que declaró la caducidad del contrato 013 de 1996; respecto de la primera se presenta el fenómeno del decaimiento del acto administrativo, no pronunciándose el ad quem en relación al mismo como quiera que no tenía competencia para ello.

## **2.2 EVALUACIÓN CRÍTICA**

La ley le impone al contratista de la administración pública garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, exigencia que busca el cumplimiento de los fines del Estado, que consiste en la satisfacción del interés público de la comunidad, lo cual se logra a través de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

El carácter imperativo del otorgamiento de las garantías constituye una obligación principal del contrato y es necesaria para su debido cumplimiento, no obstante

muchos consideran que la garantía como tal es un contrato accesorio\* al contrato estatal, pues aquellas dependen de la suerte del contrato principal o estatal.

Las garantías de los contratos estatales son un instrumento jurídico mediante el cual se asegura la ejecución oportuna y perfecta del objeto de los mismos, o se protege el patrimonio estatal ante un cumplimiento tardío o un incumplimiento de las obligaciones del contratista. A través de las garantías la entidad pública puede percibir el importe de las multas o de la cláusula penal, el pago de las obligaciones a cargo del contratista que resulten en la liquidación del contrato, o la indemnización de perjuicios que establezca el juez, pero solo hasta el monto de las mismas.

De allí que cuando la entidad estatal a través de acto administrativo declara el incumplimiento de una o varias obligaciones del contratista – siniestro - y en consecuencia le impone a éste la obligación de cumplir o pagar las indemnizaciones a que haya lugar, ello conlleva la orden de hacer efectiva la póliza de cumplimiento que garantizó o amparó el cumplimiento del negocio jurídico, surgiendo así varios interrogantes o cuestiones jurídicas a resolver entre ellas:

- a) ¿Las compañías Aseguradoras están legitimadas en la causa para demandar contractualmente cuando la entidad pública declare el incumplimiento contractual y ordene hacer efectiva la póliza de cumplimiento que ampara el contrato estatal?
- b) ¿La Jurisdicción Contenciosa Administrativa es competente para conocer demandas entre las compañías aseguradoras y las entidades públicas, respeto de las controversias que se susciten frente a las pólizas de cumplimiento?

---

\* En la obra “Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos”, de Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, se dice respecto del artículo 1499 del Código Civil lo siguiente: ““El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”.

“Observa Rodríguez Fonnegra, y nosotros estamos de acuerdo con él, que tomando al pie de la letra el texto legal transcrito, resulta concepto absurdo, porque todo contrato, sea que produzca obligaciones principales o accesorias, subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales... Luego, en realidad, no hay contratos principales y contratos accesorios, según que subsistan por sí mismos o no, respectivamente, pues todo contrato subsiste por sí mismo. Lo que hay es contratos que producen obligaciones principales... y contratos que producen obligaciones accesorias...”, editorial Temis S.A., Bogotá, 1994, pág. 65.

Antes de entrar a responder dichos cuestionamientos se hace necesario aclarar lo siguiente:

### **2.2.1 El contrato de seguro de cumplimiento a la luz del decreto 222 de 1983**

En el decreto 222 de 1983 se establecía que los contratos de garantía forman parte integrante de aquel que se garantiza, de allí que el Consejo de Estado no desechó los argumentos que hasta ese entonces se esgrimían para darle a las garantías el alcance de un contrato administrativo, bajo el razonamiento de que: "...el contrato administrativo y el de seguro otorgado para garantizar su cumplimiento forman un mismo cuerpo jurídico inescindible"<sup>15</sup>, y de allí se seguía que lo accesorio corre la suerte de lo principal.

No obstante el Consejo de Estado, en vigencia del decreto 222 de 1983, estableció que el contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de uno administrativo (según la denominación para ese entonces de contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración) también era administrativo aunque expresamente no tuviera esa denominación, las razones argumentativas eran las siguientes:

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 inadmisibile 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 qué 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.

---

<sup>15</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 23 de noviembre de 1977, C.P. DR. Jorge Valencia Arango.

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, 48, 60, 67, 68, 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 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, 60, 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.<sup>16</sup>

Así las cosas, bajo la vigencia del decreto 222 de 1983, los seguros de cumplimiento otorgados como garantía de un contrato estatal no ofrecía mayor dificultad en cuanto al régimen jurídico aplicable a los mismos y a la jurisdicción que conocía las controversias o ejecuciones de ellos, pues eran considerados contratos administrativos o accesorios de un contrato administrativo y en consecuencia corrían la misma suerte de ellos.

## **2.2.2 El contrato de seguro de cumplimiento a la luz de la ley 80 de 1993**

En el estatuto general de contratación de la administración pública, se ha presentado dificultad en cuanto al tratamiento o régimen jurídico aplicable a la garantía única que avala el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal, pues no existe un criterio unificado respecto al mismo, mientras que un sector de la jurisprudencia y doctrina lo considera netamente de carácter privado, otro sector, considera que dicho contrato de seguro aunque no es contrato estatal si es contrato accesorio a uno de tal naturaleza y por ende sigue la suerte del principal, es decir participa de la naturaleza pública. Se ha dicho respectivamente lo siguiente:

### **A. El seguro de cumplimiento no es un contrato estatal**

Quienes participan de esta tesis sostienen que el seguro de cumplimiento es un contrato autónomo o principal, y el hecho de garantizar un contrato estatal no lo

---

<sup>16</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Auto del 9 de marzo de 1988, exp. 4913 (180), actor: Seguros del Estado, demandado: Empresas Públicas de Medellín., C.P. Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

convierte en accesorio, se trata más bien de un contrato dependiente o asociado a uno principal, es decir, para su nacimiento a la vida jurídica requiere de otro contrato, pero una vez nace subsiste por sí solo. Igualmente afirman que como la ley 80 de 1983 no estableció la disposición consagrada en el decreto 222 de 1983 en el sentido de que “los contratos de garantía forman parte integral de aquel que se garantizan”, lo que hacía que tuviera naturaleza de un contrato administrativo; en consecuencia se presentan dos negocios jurídicos diferentes, a saber: el contrato estatal entre la entidad pública y el contratista, y el otro, entre el contratista y la compañía aseguradora.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en algunas ocasiones ha establecido que el contrato de cumplimiento no es estatal, entre otros autos, vale la pena destacar: “1. Por regla general, el contrato de seguro que celebra el contratista de la administración con un tercero para garantizar sus obligaciones indemnizatorias por incumplimiento del contrato estatal, no es estatal.”<sup>17</sup>

Y en salvamento de voto al auto que se viene de indicar, se razonó en igual sentido al considerar que el contrato de cumplimiento no es estatal, se dijo:

“En mi opinión, el contrato de seguro suscrito por el contratista para garantizar el cumplimiento de su (sic) obligaciones contractuales no es un contrato estatal.”

### **B. El contrato de seguro de cumplimiento es un contrato accesorio y/o participa de la naturaleza jurídica del contrato estatal**

La garantía de cumplimiento de un contrato estatal, aunque celebrada entre dos particulares, tiene como finalidad respaldar el cumplimiento de la obligación principal de dicho contrato; es decir, la beneficiaria en últimas es la entidad contratante, y es ésta quien además debe aprobar la garantía para poderse ejecutar el contrato (art. 41 ley 80), igualmente condiciona su vigencia, toda vez que la aseguradora se convierte en parte del contrato principal en cuanto a la obligación contractual, o lo que es lo mismo, la garantía es una obligación accesoria al contrato estatal, de allí que goce de dicha naturaleza.

El tratadista Rodrigo Escobar Gil señala como características del régimen jurídico de las garantías de cumplimiento, las siguientes:

---

<sup>17</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, auto de octubre 12 de 2000, exp. 18604.

1. La entidad estatal tiene la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista, y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador, mediante la expedición del acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro. Es la proyección al campo de las garantías contractuales del privilegio de la decisión previa y ejecutoria que ostenta la Administración en todas sus relaciones jurídicas, y que le permite imponer derechos y obligaciones a los particulares en tutela del interés público, sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, lo que le permite declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro.

...

4. La unilateralidad, obligatoriedad, intangibilidad e irrevocabilidad son manifestaciones típicas del régimen jurídico especial de las garantías en los contratos estatales. Nos remitimos a lo expuesto anteriormente.

5. La compañía de seguros no podrá oponer a las entidades estatales las excepciones que hubiere podido alegar el contratista, a diferencia del régimen ordinario, que sí le permite al asegurador plantear frente al beneficiario las excepciones que eventualmente tenga contra el tomador o asegurado, e incluso el beneficio de excusión, por participar está seguro de la naturaleza del contrato de fianza (C. Co., art. 1044). El fundamento de esta regla, se encuentra en la no aplicación de la exceptio non adimpleti contractus a los negocios jurídicos estatales, precisamente por la tutela que le otorga el ordenamiento jurídico al interés público. De ahí, que el artículo 25.8 de la Ley 80 de 1993 consagra una aplicación particular de esta regla, la prescribir que la póliza no expira por la falta de pago de la prima.

6. En el derecho común el asegurador tiene la opción de escoger la modalidad de reparación, ya sea mediante el reintegro en forma específica... En los contratos estatales, la opción la tiene la Administración Pública, por la simple consideración que es la gestora del interés público, lo que le permite escoger si le ordena al garante la ejecución del objeto del contrato... o el pago de una suma de dinero (resarcimiento), como lo permiten los artículos 17 18 de la Ley 80 de 1993<sup>18</sup>

En la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 24 de agosto de 2000, exp. N° 11318, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, en la que se declaró la nulidad del artículo 19 del Decreto 679 de 1994, disposición en la que se asignaba a la jurisdicción coactiva la ejecución de las garantías únicas de cumplimiento de los contratos estatales, la Sala precisó la naturaleza jurídica del contrato de seguro, y le atribuyó a la jurisdicción contenciosa la competencia para conocer de los procesos de ejecución de las obligaciones derivadas de este tipo de contratos,

---

<sup>18</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. págs. 249 y 250.

suscritos por los contratistas en favor de las entidades públicas, en los siguientes términos:

Frente a los contratos estatales, el contrato de seguro presenta las siguientes características:

a) Si bien el contrato de seguro por naturaleza es derecho privado; la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella.

b) No es un contrato unilateral en sentido estricto, más bien afecta finalmente, tanto a las dos partes contratantes, como al beneficiario.

c) Es irrevocable por el contratista, por lo tanto la garantía no expirará por revocación unilateral aún tratándose de mora en el pago de la prima, está tampoco expirará y no podrá la compañía de seguros alegarla como excepción ante la entidad estatal y por el contrario, deberá reconocer el monto asegurado.

d) Bajo el régimen del Decreto 222 de 1983, los contratos de garantía formaban parte integrante de aquél que se garantizaba, es decir el artículo 70 se ocupó en señalar su carácter accesorio. Esta disposición fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 80, por lo tanto no existe un respaldo positivo que asegure dicho carácter.

Ahora bien, bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración.

**De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y se prolonga en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato.**

**“Lo anterior permite deducir que una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción.”** (Resalta la Sala).

Sólo ante el incumplimiento del contratista surge para el asegurador la obligación que garantiza en el contrato de seguro de cumplimiento, de allí que el crédito a

favor de la entidad pública tiene su fuente en el contrato estatal y deriva de él como lo exige el art. 75 de la ley 80, pues es la administración quien a través de un acto administrativo declara o reconoce la ocurrencia del siniestro, el cual indudablemente se origina en el incumplimiento del contrato; de la lectura de este artículo se infiere que la ley 80 le 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 la ejecución respecto de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial, de allí pues que la ley 80 de 1993 aplica el principio según el cual el juez de la acción debe ser el mismo juez de la ejecución.

Finalmente, consideramos que se debe mirar el problema desde una interpretación integradora del contrato de seguro de cumplimiento con relación a la finalidad de su existencia; cuando se da la garantía de cumplimiento respecto al contrato estatal aquella pierde su sentido de autonomía y resultaría aquí aplicable el siguiente criterio hermenéutico: “La norma a la que hay que atenerse para tener o no en cuenta la transformación de las circunstancias es, por tanto, una norma inmanente, situada en el propio contrato: el sentido unánimemente atribuido por las partes o el fin objetivo del contrato. Este punto de vista nos conduce, sin duda, a la interpretación del contrato”<sup>19</sup>

La garantía de cumplimiento en el contrato estatal tiene una finalidad y naturaleza específica que la hace inescindible del negocio jurídico que asegura, pues al incorporarse a aquél pierde en cierta forma la identidad propia o las características innatas de su esencia y autonomía ya que: “El sentido del contrato está constituido por lo que en cada contrato hay de general y racional (lo que Kaufmann denomina “finalidad esencial”), en inseparable unión con el fin que le atribuyen las partes. Es, por tanto, algo al mismo tiempo subjetivo-objetivo, concreto-general y especial”<sup>20</sup>

Ese sincretismo traducido en una finalidad esencial, constituiría un argumento más para señalar que dentro de la interpretación integradora y teleológica del contrato, en aras de la razonabilidad y de la característica de orden público que le asiste a la garantía de cumplimiento del contrato estatal, la ejecución de su cumplimiento es de la órbita del juez administrativo, pues la afinidad sustancial que la liga con el

---

<sup>19</sup> Larenz Karl, Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, Editorial derecho privado, Madrid, 1956, pág. 173.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, pág. 180.

contrato estatal es la que posibilita su existencia y su expiración, pues “quo est causa causae, est etiam causa causati”, o lo que es causa de la causa es también causa de lo causado.

Uno de los problemas que surge del auto que se estudia es si ¿La jurisdicción contenciosa administrativa es competente para conocer de procesos ejecutivos derivados de los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatal?, sin lugar a dudas al quedar establecido que los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades estatales tiene la misma naturaleza jurídica de los contratos estatales o pertenecen a la misma categoría de los contratos estatales, hay que concluir 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, tal como lo entendió la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto del 22 de noviembre de 1994:

(...) 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.<sup>21</sup>

No sobre, decir, que se puede afirmar que las compañías Aseguradoras están legitimadas en la causa para demandar contractualmente cuando la entidad pública declare el incumplimiento contractual y ordene hace efectiva la póliza de cumplimiento que ampara el contrato estatal, es decir, para demandar la legalidad de los actos administrativos que declaren la ocurrencia del siniestro amparado en

---

<sup>21</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO., Sala Plena. S-414, auto del 29 de noviembre de 1994. M. P.: Guillermo Chain Lizcano

las pólizas de cumplimiento, en la medida en que tales actos las afectan directamente, por ser las garantes de las obligaciones surgidas de ese contrato, de allí surge claro y manifiesto el interés directo que les asiste a las compañías aseguradoras en la impugnación de tales actos, pues de los mismos deviene la obligación a su cargo de pagar la indemnización por concepto del incumplimiento del contratista, y así fue señalado en la sentencia que se estudia, en la cual además se hace alusión a un pronunciado la jurisprudencia de la misma Sección Tercera:

“En este sentido, el acto que declaró la ocurrencia del siniestro tenía un destinatario que podría calificarse como principal, cual es la aseguradora que otorgó la garantía; y otro, también interesado en su cuestionamiento, o sea el contratista de la administración que celebró con aquélla el contrato de seguro. Aseguradora y contratista que fueron debida y oportunamente notificados del acto que declaró la ocurrencia del siniestro.

“Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c de co. (Ver cláusula 9ª del contrato de seguro, a folios 116).”<sup>22</sup>

Igualmente, al respecto dicho pronunciamiento fue sostenido por el Consejo de Estado así:

...la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.

Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí.

---

<sup>22</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y postcontractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas.

Adicionalmente, dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de una esas mismas pretensiones.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero.

**3. ANÁLISIS AUTO DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. FECHA: BOGOTÁ 30 DE ENERO DE 2008. RADICADO: N° 520012331000200500512-01. DEMANDANTE: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROL. DEMANDADO: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A**

### **3.1 RESEÑA**

#### **3.1.1 Relación de los hechos**

A. El 5 de noviembre de 1998, ECOPETROL y la Unión Temporal Convicol & Asociados suscribieron el contrato VEP-002-GSU-98, cuyo objeto era el Mantenimiento de Vías y alquiler de Maquinaria para Reparaciones Puntuales, Transporte de Materiales y Equipos en la Gerencia Sur de ECOP.

B. Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato es expedida por Colseguros S.A., la póliza de cumplimiento 1924004272 y la modificación número 6539369 – 324006981, teniendo como asegurado a la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol y como tomador a la firma Contratista.

C. Ecopetrol declaró la caducidad del contrato VEP-002-GSU-98 y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento mediante resolución 001 del 21 de mayo de 2001 confirmada por la resolución 002 del 8 de agosto de 2001.

D. ECOPETROL presentó demanda ejecutiva contra la Aseguradora Colseguros S.A., el 15 de abril de 2005, a efectos de que se libraré mandamiento de pago en contra de esta, haciendo exigible a la compañía de seguros la Garantía Única de cumplimiento número 1924004272 con su respectivo certificado de modificación N° 324006981 (1924004272).

#### **3.1.2 Planteamiento del Problema**

En el caso encontramos dos aspectos importantes a estudiar:

A. ¿Cuál es la naturaleza del contrato de seguro que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales?

B. ¿La jurisdicción contenciosa administrativa es competente para conocer de procesos ejecutivos derivados de los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatal?

### **3.1.3 Reseña de las decisiones de instancia**

#### **3.1.3.1 Auto del Tribunal Administrativo de Nariño – Primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante providencia del 24 de febrero de 2006, se abstuvo de librar mandamiento de pago contra la aseguradora Colseguros S.A. considerando que el título ejecutivo que se pretende ejecutar es de los llamados títulos complejos, el cual estaba compuesto por el contrato de obra, la garantía, el acto de aprobación de la póliza y las resoluciones que declararon la caducidad del contrato, con constancia de notificación y como no se aportó el acto mediante el cual se aprobó la garantía de cumplimiento, adujo que no se configuró el título ejecutivo.

#### **3.1.3.2 Decisión del Consejo de Estado al resolver el recurso de Apelación contra el auto que negó librar el mandamiento de pago**

Al analizar la admisión de la demanda ejecutiva, la Consejera Sustanciadora, mediante providencia del 9 de junio de 2006, declaró la nulidad de lo actuado hasta el momento por falta de Jurisdicción, toda vez que la jurisdicción Contenciosa administrativa no es competente para conocer del caso subjudice, pues a su juicio, la ejecución que se pretende no proviene de un contrato estatal, en razón a que el contrato de seguro no lo suscribió una Entidad Pública y por el hecho que su fin sea garantizar los bienes objeto de un contrato estatal no significa que éste tenga la misma calidad, ya que son negocios jurídicos autónomos.

### **3.1.4 Recursos de Súplica presentados contra la decisión que resuelve el recurso de apelación**

Ecopetrol sostuvo que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 20 de noviembre de 2006, ya se había pronunciado sobre la competencia de la

Jurisdicción de lo Contencioso administrativa en la ejecución de contratos de seguro que garantizan contratos estatales.

El Ministerio Público argumenta que la tesis jurídica en la que se basa el auto recurrido no es la acogida por la mayoría de la Sala sino que por el contrario la Jurisdicción Contenciosa Administrativa si es competente para conocer acciones ejecutivas relacionadas con obligaciones que deriven de un contrato de seguro suscrito entre dos particulares en beneficio del ente estatal.

### **3.1.5 Decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, al resolver el recurso de súplica**

Al resolverse el recurso de Súplica se revocó el auto proferido el 9 de junio de 2006, por la señora Magistrada Sustanciadora, y en consecuencia una vez notificado este auto se ordenó devolver el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo.

### **3.1.6 Consideraciones del Consejo de Estado para al resolver el recurso de súplica**

El Honorable Consejo de Estado centra su atención en determinar si el contrato de seguro que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales puede ser considerado de naturaleza pública dando cabida a que su ejecución pueda ser conocida por la Jurisdicción Contencioso administrativa, para sustentar su afirmación cita la sentencia de la Sección Tercera, del 20 de agosto de 1998, en la cual se lee:

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.

“2° Contratos estatales especiales<sup>24</sup>.”

Además explica que el contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de un contrato estatal es de naturaleza pública, aunque la ley 80 de 1993 le de aplicación al criterio subjetivo en donde uno de sus extremos debe ser la Entidad Estatal, pero destaca que el decreto 222 de 1983 en su artículo 70 afirmaba que el contrato que garantiza el cumplimiento de uno “administrativo” se considera parte integrante de aquél formando así un solo cuerpo jurídico y es por eso que gozan ambos de la misma naturaleza, es decir la estatal.

Pero si tenemos en cuenta la derogación de dicho decreto por el estatuto contractual, lo dicho anteriormente no puede ser el único motivo para basar su tesis jurídica y por tanto agrega que otra de las razones en que se apoya es que el siniestro que garantiza el contrato de seguro se configura mediante un acto administrativo que declara la caducidad del contrato, así mismo el riesgo asegurable lo fija la administración unilateralmente, impone la cuantía del contrato y algunas de las cláusulas de la póliza, y finalmente debe aprobar el contrato de seguro que garantiza el cumplimiento del estatal.

Resalta que la entidad estatal si hace parte del contrato de seguro, en el sentido de que en este caso se debe dar aplicación a la institución de la estipulación de un tercero, pues es el contratista quien actúa como tomador del seguro en favor de la entidad, pero en el momento en que ésta como parte asegurada y sin que medie poder para representarla lo revisa y aprueba, los efectos del mismo se retrotraen y ella pasa a ser la única que puede exigir el cumplimiento por ser uno de los dos extremos del mismo.

Finalmente puede afirmarse que como se dejó claro que el contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de uno estatal es de naturaleza pública, el conocimiento de controversias que se deriven de él, así como su ejecución le corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa de conformidad con el inciso 1 del artículo 75 de la ley 80 de 1993.

### **3.1.7 Fundamentos de las aclaraciones y el salvamento de voto frente a la providencia que resolvió el recurso de súplica**

---

<sup>24</sup> COLOMBIA. 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.

Los Consejeros de Estado, Myriam Guerrero de Escobar y Ramiro Saavedra Becerra, aclararon su voto frente a la providencia que resolvió el recurso de súplica, y Consejero Enrique Gil Botero, salvo el voto.

La doctora Myriam Guerrero de Escobar, aduce que los argumentos para afirmar que la Jurisdicción de lo contencioso administrativa es la competente para conocer de la ejecución de un contrato de seguro entre particulares que avale obligaciones surgidas de un contrato estatal, no es por la naturaleza del mismo, ya que considera que esta es privada, sino por la inescindibilidad entre el contrato de seguro y el contrato estatal asegurando su cumplimiento, lo que no significa que gocen de la misma naturaleza, y además, por la conformación del título ejecutivo que por considerarse entre los llamados complejos, se encuentra compuesto, entre otros, por las resoluciones que declaran la caducidad del contrato todo lo cual debe analizarse, teniendo en cuenta los artículos 75 de la Ley 80 de 1993 y 68 del C.C.A.

Agrega que de acuerdo con la ley 80 en su artículo 32, la entidad estatal no es parte del contrato, pues no asume las obligaciones del mismo lo que permitiría determinar su naturaleza, sino que lo que se presenta es la figura de la estipulación para otro o seguro por cuenta de un tercero, en la cual en el caso del contrato de seguro la parte tomadora y la beneficiaria pueden ser distintas y la aceptación de la misma se retrotrae de la fecha de ocurrencia del siniestro a la fecha del inicio de la ejecución del contrato.

Por su parte, el Doctor Ramiro Saavedra Becerra sostiene que aunque aprueba la decisión tomada por la sala, difiere en las razones en que se apoyan para afirmar que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es competente para conocer del caso que se analiza, pues afirma que el contrato de seguro es de naturaleza privada y conexo al estatal, ya que el contrato estatal de obra pública es causa del contrato de seguro aprobado por Ecopetrol, lo que implica que sus prestaciones se interrelacionan entre sí, es decir, que como el contrato de seguro está subordinado al estatal, la fuente del crédito a favor de la Administración, es éste último.

Así mismo, el motivo del Doctor Enrique Gil Botero para salvar su voto radica en que la Jurisdicción Contenciosa administrativa no es competente para conocer el caso en cuestión y es por eso que se debió declarar, de oficio, la nulidad del proceso por falta de jurisdicción.

Apoya su tesis sosteniendo que para determinar si un contrato es estatal o no, uno de sus extremos debe ser una entidad que haga parte de la Administración y en este caso las partes del contrato de seguro son dos particulares de un lado, la Aseguradora Colseguros S.A. y del otro, el contratista, concluyendo así que dicho contrato es comercial donde el ente estatal funge como beneficiario y por el hecho de aprobarlo no se considera una parte integrante del mismo.

Por lo tanto, para que un contrato de seguro se considere estatal es necesario que la entidad estatal actúe como tomadora del seguro o que lo haga como compañía aseguradora. Arguye también que el contrato de seguro goza de autonomía frente al estatal aunque no pueda existir sin éste, por cuanto su naturaleza jurídica es distinta a pesar de que el uno dependa del otro.

### **3.2 EVALUACIÓN CRÍTICA**

Sin hesitación alguna, en el auto objeto de estudio se centra el análisis en determinar la naturaleza del contrato de seguro que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de un contrato estatal, y conexo con ello determinar que la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para conocer de los procesos de ejecución contra las aseguradoras cuando la entidad pública ha expedido el acto administrativo que contienen la declaratoria del siniestro por incumplimiento de contrato estatal.

El análisis crítico lo iniciamos, recordando como lo hace el auto en comentario, que antes de la ley 80 de 1993, “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, la solución era pacífica en la Jurisdicción contenciosa administrativa<sup>25, \*</sup>

---

<sup>25</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia del 15 de abril de 2010. C. P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Radicado N° 76001-23-31-000-1995-01791-01(18292), Actor: Empresa de Seguridad Vinpasex Limitada y Seguros Confianza S.A., Demandado: Empresas Municipales de Cali -EMCALI- al respecto se lee:

\* De otro lado, la jurisprudencia de la Sección Tercera, durante la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, concluyó que los contratos de seguro, celebrados para garantizar el cumplimiento de otros contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, también participaban de la naturaleza propia de los referidos contratos administrativos (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), luego, también de sus conflictos conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ya que expresamente existía normativa que así lo consagraba – Decreto-ley 222 de 1983 -, no obstante cuando entró a regir la Ley 80 que adoptó un criterio eminentemente orgánico para determinar cuáles contrato eran estatales y cuáles no, para lo cual se atiende 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, art. 32, sin embargo, dicha categoría de contrato estatales, referenciados en la ley 80 de 1993, no pueden quedar reducidos a los contratos de que se ocupa específicamente dicha ley 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, situación que ha sido reconocida en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, entre ellos vale la pena destacar la siguiente decisión:

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.

---

Bajo esta perspectiva, hay que tener presente que el contrato celebrado entre EMCALI y la Empresa de Seguridad Vinpasex Ltda., así como el contrato de seguro de cumplimiento 3245291, concluido entre la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –CONFIANZA- y Empresa de Seguridad Vinpasex Ltda., debían tenerse como contratos administrativos; así las cosas, establecidas estas circunstancias se deduce que el Consejo de Estado, en esta instancia, es el competente para conocer de las controversias suscitadas a raíz de dichos contratos. Esta posición ha sido expuesta por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que al respecto ha señalado:

En tal virtud, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, el conocimiento de los conflictos generados por contratos celebrados por las entidades públicas, estaba informado por las siguientes reglas:

- a) Si el contrato era de aquellos que taxativamente se señalaba como administrativos en el artículo 16 de ese estatuto o en otra norma especial con esa categoría, entonces era la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para conocer del proceso. “(...)” (CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007. Exp. 24.710. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

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<sup>26</sup>.

Así las cosas, es importante determinar en primer lugar, cuál es la naturaleza de los contratos de seguro que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales, toda vez que se alega que no pueden pertenecer a la referida categoría de los contratos estatales, porque en aquellos prima el criterio subjetivo u orgánico, y en estos ninguno de los extremos del vínculo contractual es entidad pública, puesto que el contrato es celebrado exclusivamente entre dos particulares, sin embargo esta polémica ha sido resuelta por la Sección Tercera del Consejo de Estado, incluso desde la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, ya que se estableció que en estos contratos de seguro, celebrados para garantizar el cumplimiento de un contrato estatal, también participaban de la naturaleza propia de los referidos contratos celebrados por las entidades públicas, valiendo la pena traer a colación pronunciamiento del 9 de marzo de 1988, realizado en vigencia Decreto-ley 222 de 1983, en el cual se lee:

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,

---

<sup>26</sup> COLOMBIA. 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.

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, 48, 60, 67, 68, 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 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, 60, 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.<sup>27</sup>

Amén, de la razones esgrimidas antes de la vigencia de la ley 80 de 1993, para efectos de determinar la naturaleza jurídica de los contratos de seguros que se celebraban para garantizar el cumplimiento de contratos “administrativos”, estableciéndose que también era administrativa, argumentos que sin lugar a dudas son aplicables hoy día, existen otras muy importantes y sólidas razones de orden jurídico, que apoyan la misma tesis, aunque no exista una disposición como la contenida en el artículo 70 del Decreto-ley 222 de 1983, mediante el cual se disponía que “...los respectivos contratos de garantía forman parte integrante del aquel que se garantiza”; razones que se expondrán a continuación, y que de una u otra forma conservan la esencia de lo señalado por el Consejo de Estado desde la vigencia de la normativa anterior a la ley 80 de 1993, pero que sin equívocos están adaptadas a las regulaciones vigentes hoy día, es decir, se darán los argumentos para 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, al respecto se tiene:

---

<sup>27</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Auto del 9 de marzo de 1988, exp. 4913 (180), Actor: Seguros del Estado, demandado: Empresas Públicas de Medellín., C.P. Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

1. No se puede escindir el hecho de que “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”, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

2. Del estatuto de la contratación estatal también se deduce que se ocupó de regular los aspectos fundamentales de los contratos de seguro que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, pues los mismos se encuentran sometidos a las disposiciones contenidas en dicha norma, lo cual permite calificarlos como de un régimen legal de carácter mixto; y no de otra forma puede entenderse todas las disposiciones contenidas en la ley 80 de 1993, que se refieren o afectan de alguna forma el contrato de seguro de cumplimiento, pues se le impone a los contratistas “Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello”, y se estableció que: “La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”, y frente a la obligación tomar una póliza de cumplimiento se dijo: 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...”, “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.”, se indica que “Para la ejecución [de los contratos del Estado] se requerirá de la aprobación de la garantía...”, prescripciones que no pueden dejarse de cumplir, por tratarse de disposiciones de orden público y por lo tanto de imperativo cumplimiento, y que permiten evidenciar que existe una inescindibilidad entre los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales con estos, o en otras palabras, de lo que se viene de indicar cabe predicar que entre el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento y el contrato estatal garantizado existe integración, y el uno no pervive sin el otro..

3. Sin lugar a dudas el carácter de inescindibilidad de los contratos de seguros de cumplimientos y los contratos estatales, tiene la mayor materialización en la aplicación de las cláusulas excepcionales – terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad y reversión - consagradas en favor de las entidades públicas, al punto que el artículo 18 Ley 80, establece que la declaratoria de caducidad administrativa de un contrato estatal “... será

constitutiva del siniestro de incumplimiento”, lo que autoriza para hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

4. No se puede desconocer, que la estructura legal de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, tiene unas connotaciones propias, y que aunque participan de las disposiciones del Código de Comercio, también se someten a lo dispuesta en la ley 80, por ello participan de la naturaleza de los contratos estatales, al punto que a la aseguradora se le impone el cumplimiento del contrato de seguros, es decir, la entidad estatal declara la ocurrencia del siniestro y la aseguradora no puede ni siquiera objetar como lo puede hacer con un particular, tampoco puede la aseguradora dar por terminado el contrato de seguro de cumplimiento unilateralmente, ni el no pago de la prima da lugar a la terminación automática del contrato de seguro; igualmente, el riesgo que debe amparar la aseguradora lo determina la entidad estatal contratante, que aunque se diga que no hace parte del contrato lo está determinando de manera unilateral, sin que el contratista particular y la correspondiente aseguradora puedan voluntariamente disponer del objeto del contrato, como tampoco pueden disponer libremente de la vigencia del contrato de cumplimiento, ya que esta está determinada únicamente por la entidad estatal; el contrato de seguro se celebra de manera obligatoria, es la ley y en los términos que disponga la entidad estatal contratante que se realiza el negocio jurídico; se requiere una aprobación del contrato de seguro de cumplimiento por parte de la entidad estatal contratante, previa al inicio de la ejecución del contrato que está amparando. Al respecto ha sostenido la Sección Tercera:

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 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<sup>28</sup>.

Observando lo anterior, se tiene que efectivamente en los contratos de seguros que se celebran con el fin de garantizar el cumplimiento de contratos estatales, las entidades contratantes sí toman parte, es decir, las entidades estatales contratantes no resultan ajenas por completo a los referidos contratos de seguro de cumplimiento, toda vez que, amén de lo que se viene de indicar, se repite, “...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”, de allí que cuando el código de comercio establece que la aceptación del contrato por el asegurado cuando un tercero, sin poder para representarlo, ha estipulado el seguro, esa aceptación

---

<sup>28</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 19929. Auto de noviembre 20 de 2003. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

constituye la ratificación del respectivo contrato, por lo tanto la aceptación produce efectos que se retrotraen al momento de la celebración del contrato de seguro, de manera que ha de tenerse a ese asegurado como parte del contrato, ello sumado al hecho irrefutable de que pese a que el contrato de seguro es consensual, tratándose de los contratos de seguro de cumplimiento estos ganan la categoría de estatales al requerirse por mandato legal – Ley 80 artículos 39 y 41 – que consten por escrito, y así lo hacen las aseguradoras sin mayor reparo, pero además se requiere que también por escrito las entidades estatales le impartan su aprobación, lo cual 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, razón de más como se observa, para admitirse que con la aceptación o ratificación que la entidad estatal respectiva hace a la estipulación que la aseguradora ha realizado en su favor, asume directamente la condición de parte dentro del correspondiente contrato de seguro.

Finalmente, vale la pena traer a colación lo que se concluyó, en los argumentos críticos que se esbozaron al hacer el análisis de la sentencia del 9 de febrero de 2011, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez, proferida en el expediente radicado bajo el n° 73-001-23-31-000-1998-06662 01, demandante: Aseguradora Colseguros S.A., demandado: Fabrica de Licores del Tolima; allí se dijo: la garantía de cumplimiento de un contrato estatal, aunque celebrada entre dos particulares, tiene como finalidad respaldar el cumplimiento de la obligación principal del contrato estatal; es decir, la beneficiaria en últimas es la entidad contratante, y es ésta quien además debe aprobar la garantía para poderse ejecutar el contrato (art. 41 ley 80), igualmente condiciona su vigencia, toda vez que la aseguradora se convierte en parte del contrato principal en cuanto a la obligación contractual, o lo que es lo mismo, la garantía es una obligación accesoria al contrato estatal, de allí que goce de dicha naturaleza.

En dicho análisis, se hizo referencia a la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 24 de agosto de 2000, exp. N° 11318, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, en la que se declaró la nulidad del artículo 19 del Decreto 679 de 1994, disposición en la que se asignaba a la jurisdicción coactiva la ejecución de las garantías únicas de cumplimiento de los contratos estatales, en esa providencia la Sala precisó la naturaleza jurídica del contrato de seguro, y le atribuyó a la jurisdicción contenciosa la competencia para conocer de los procesos

de ejecución de las obligaciones derivadas de este tipo de contratos, suscritos por los contratistas en favor de las entidades públicas, señalando como características del contrato de seguros de cara al contrato estatal, que "...la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella.", "...No es un contrato unilateral en sentido estricto, más bien afecta finalmente, tanto a las dos partes contratantes, como al beneficiario", entre otras, para finalmente concluir que este tipo de contratos de seguros nacen y mueren con el contrato estatal, y si el contratista incumple sus obligaciones una vez declarado dicho incumplimiento y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa.

De allí entonces, que sólo ante el incumplimiento del contratista surge para el asegurador la obligación que garantiza en el contrato de seguro de cumplimiento, por ello el crédito a favor de la entidad estatal tiene su fuente en el contrato estatal, y deriva de él como lo exige el art. 75 de la ley 80, pues es la administración quien a través de un acto administrativo declara o reconoce la ocurrencia del siniestro, el cual indudablemente se origina en el incumplimiento de las obligaciones del contrato; de la lectura de este artículo se infiere que la ley 80 le 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 la ejecución respecto de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial, aplicándose según la ley 80 de 1993 el principio de que el juez de la acción debe ser el mismo juez de la ejecución.

Finalmente, consideramos el problema debe ser abordado desde una interpretación integradora del contrato de seguro de cumplimiento con relación a la finalidad de su existencia, por ello la garantía de cumplimiento respecto al contrato estatal pierde su sentido de autonomía, y tiene una finalidad y naturaleza específica que la hace inescindible del negocio jurídico que asegura.

Como ya se dijo: "Ese sincretismo traducido en una finalidad esencial, constituiría un argumento más para señalar que dentro de la interpretación integradora y teleológica del contrato, en aras de la razonabilidad y de la característica de orden público que le asiste a la garantía de cumplimiento del contrato estatal, la ejecución de su cumplimiento es de la órbita del juez administrativo, pues la afinidad sustancial que la liga con el contrato estatal es la que posibilita su

existencia y su expiración, pues “quo est causa causae, est etiam causa causati”, o lo que es causa de la causa es también causa de lo causado.”

Otro problema que surge del auto que se estudia es si ¿La jurisdicción contenciosa administrativa es competente para conocer de procesos ejecutivos derivados de los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales?, sin lugar a dudas al quedar establecido que los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades estatales tiene la misma naturaleza jurídica de los contratos estatales o pertenecen a la misma categoría de los contratos estatales, hay que concluir 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, tal como lo entendió la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto del 22 de noviembre de 1994<sup>29</sup>:

(...) 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.

Según la línea jurisprudencia, se puede pensar que a partir del año 2009, la discusión referente a sí la jurisdicción contenciosa administrativa es competente o no para conocer de los procesos de ejecución derivados de pólizas de cumplimiento, se tornó pacífica aceptándose que si es competente; al respecto vale la pena señalar como uno de los Consejeros que más se oponía al tema

---

<sup>29</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. S-414, Auto del 29 de noviembre de 1994. M. P.: Guillermo Chain Lizcano

aceptó la competencia de esta jurisdicción, y firmaron sin ninguna manifestación en contrario todos los miembros de la Sección Tercera, vale aclarar que ni siquiera se hizo mención a la discusión que siempre se había presentado, se lee en el auto:

**“Inicialmente, observa la Sala, que el proceso no tiene origen en el contrato estatal No. 005 del 2000, sino en la póliza de seguro N°.7302656 del 9 de febrero de 2000, objeto del proceso ejecutivo, que tenía por finalidad garantizar las obligaciones que surgen del contrato estatal, donde figura como tomador de la póliza el señor Héctor Julio Salazar Reyes y como beneficiaria la Industria Licorera de Boyacá.**

Así mismo, si bien la póliza de seguro y sus modificaciones fueron expedidas por una de las agencias de la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A, ubicada en el departamento de Boyacá, su administrador carece de poder para representarla (art. 264 C.Co), por lo que se entiende que el domicilio principal de esta última, será el de la aseguradora; y según certificado de existencia y representación legal de la Superintendencia Financiera que obra de folios 26 a 30 del cuaderno principal, Bogotá es su domicilio social, lugar donde ejecuta sus derechos y obligaciones (Fl. 9 a 13 del cdno ppal).

En consecuencia, la Sala, considera que no es procedente aplicar el numeral 2, literal d), del artículo 134D, al no ser el asunto objeto de estudio del orden nacional; lo preciso es dar aplicación a las reglas de competencia contenidas en el numeral 1° del artículo 134D del C.C.A., según el cual “la competencia territorial se determinará por el lugar de ubicación de la sede de la entidad demandada o por el domicilio del particular demandado” y, en el caso concreto, la sociedad demandada tiene como domicilio social la ciudad de Bogotá. Por los argumentos expuestos y, en razón de la cuantía, el competente para tramitar y decidir el proceso es el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Bogotá.

En ese orden de ideas, se remitirá el expediente al citado Juzgado, para que continúe con el trámite, según lo expuesto en este proveído.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 6 de agosto de 2009. C. P. ENRIQUE GIL BOTERO, Radicado N° 11001-03-26-000-2009-00056-00 (36.937), Actor: Industria Licorera de Boyacá En Liquidación, Demandado: Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A, Asunto: Conflicto de Competencia.

**4. ANÁLISIS SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. CONSEJERO PONENTE: DR. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. FECHA: BOGOTA 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011. RADICADO: N.07001-23-31-000-1998-00875-01. DEMANDANTE: SEGUROS TEQUENDAMA DEMANDADO: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE ARAUCA**

**4.1 RESEÑA**

**4.1.1 Relación de los hechos**

A. El 28 de octubre de 1994 se suscribió entre el Departamento de Arauca y la firma Iconsu Ltda, el contrato N.0784.

B. Para asegurar el cumplimiento del contrato y la correcta inversión del anticipo, Seguros Tequendama, expidió la póliza de cumplimiento N.92800, con una vigencia desde el 28 de octubre de 1994, hasta el 28 de marzo de 1995, teniendo como asegurado al Departamento de Arauca y como tomador a la firma contratista.

C. El 12 de abril de 1995, el Gobernador del Departamento de Arauca expidió la resolución N.588, por la cual declaró el incumplimiento del contrato y ordenó hacer efectiva la cláusula penal.

D. La vigencia de la póliza se extiende hasta la fecha de la liquidación del contrato, la cual fue ordenada en la resolución del 12 de abril de 1995.

E. La Contraloría Departamental, el 6 de marzo de 1997, declaró mediante auto en firme, responsable fiscal al contratista, por el faltante de \$9.994.958, correspondiente al anticipo, conminando al contratista y la compañía Seguros Tequendama en su calidad de garante, al pago.

**4.1.2 Planteamiento del problema**

En el caso encontramos tres aspectos fundamentales, que determinan los aspectos a estudiar.

A. ¿Teniendo en cuenta, que las Compañías de Seguros no manejan dineros públicos, es dable vincularlas dentro de un proceso de responsabilidad fiscal?

B. ¿El acto administrativo mediante el cual, la Contraloría declaró responsable fiscal a la firma Iconsu Ltda., debe expedirse dentro la vigencia de la póliza de cumplimiento?

C. ¿Puede hablarse de una doble indemnización, ante un acto administrativo declaratorio de incumplimiento, que ordenó el pago de la cláusula penal pecuniaria y un auto declaratorio de responsabilidad fiscal, que ordenó el pago de los perjuicios económicos causados al patrimonio del estado?

### **4.1.3 Reseña de los fallos de instancia**

#### **4.1.3.1 Sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca**

Denegó las pretensiones de la demanda, formulada en ejercicio de la acción de Nulidad y restablecimiento del derecho contra los autos fechados del 06 de marzo de 1997 y 16 de septiembre de 1997, proferidos por la División de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Arauca dentro del juicio fiscal con radicación N.020 de 1996.

#### **4.1.3.2 Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera**

“CONFIRMASE la sentencia apelada, de fecha 29 de octubre de 1998, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los autos de 06 de marzo de 1997 y 16 de septiembre de 1997, proferidos por la División de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Arauca dentro del juicio fiscal con radicación N.020 de 1996”

### **4.1.4 Fundamentos del fallo del Tribunal Administrativo de Arauca**

Para resolver la litis, el Tribunal resaltó: “la obligación de reparación a cargo del autor del daño, es decir de quien fue encontrado responsable fiscalmente, se fundamenta en un determinado hecho que de acuerdo a la ley conlleva a esa

responsabilidad; mientras que la obligación por parte de la aseguradora halla su causa no en la responsabilidad fiscal, porque no es sujeto de la misma, sino en el respectivo contrato de seguro...”. Complementando el anterior argumento sostuvo: “en el procedimiento fiscal no se define la conducta de la aseguradora, precisamente porque no tiene la calidad de responsable fiscal, ya que su vinculación a este, con base en el artículo 79 de la Ley 42 de 1993, se realiza en calidad de garante y con fundamento en el contrato de seguro”.

Adicionó también, que con la vinculación de la aseguradora como garante no se pretende cobrarle por segunda vez las mismas pretensiones toda vez que “si se revisa el acto administrativo impugnado, se observa que se ordena cancelar a nombre del tesoro departamental y si la aseguradora o el contratista hubieren cancelado esa suma al mismo, habrán cumplido con lo ordenado en la decisión tomada por el órgano de control fiscal”

Finalmente aclaró que “en materia de la garantía única habrá que acudir a la ley de contratación y no solamente al código de comercio; y que la vigencia de la póliza comprende hasta la liquidación del contrato y la prolongación de sus efectos, según el artículo 60 de dicha ley”, esto es la Ley 80 de 1993. Y más adelante continuo precisando “cuando se está en frente a un procedimiento de responsabilidad fiscal, el riesgo amparado se materializa con la ejecutoria del acto administrativo que declara la existencia de una responsabilidad fiscal, y que para el caso concreto, a diferencia de lo que opina la parte actora, éste si se encuentra comprendido dentro de la póliza nùm.92800, en su cláusula tercera (que dispone que la vigencia no podrá ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato), y en la cláusula cuarta sobre el siniestro (que consagra que el mismo se entiende causado con el acto administrativo que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza, por causas imputables al contratista); para el caso concreto, reiteró, el acto administrativo lo constituye la decisión de la Contraloría Departamental de declarar responsable fiscalmente al contratista”

#### **4.1.5 Recurso contra el fallo del Tribunal**

Señaló el recurrente, que es aberrante extender la jurisdicción de la Contraloría General de Republica, a particulares que no manejan recursos públicos y que no tiene legitimación este ente para hacer efectivos los derechos consignados en un contrato de seguro, violando el principio de relatividad de los contratos, máxime

cuando el Departamento de Arauca ya había adelantado el procedimiento correspondiente para hacer efectivo el amparo de anticipo.

#### **4.1.6 Consideraciones del Consejo de Estado**

Centra su atención el Honorable Consejo de Estado, en determinar la procedencia de la vinculación y posterior declaración de responsabilidad fiscal a la Compañía de Seguros, teniendo en cuenta que esta sociedad no maneja bienes o fondos del estado y que la Contraloría no es parte del contrato de seguros.

Recuerda el Consejo, que de conformidad con la ley 610 de 2000, y anteriormente la ley 42 de 1993, se autoriza por economía procesal y para garantizar el inmediato pago de la indemnización, la vinculación de la Compañía de seguros, advirtiendo que no se vincula a título de responsabilidad fiscal, sino como tercero civilmente responsable, en condición de garante de quien pudiese ser declarado responsable fiscal.

Citando la sentencia C-648 de 2002, el fallador resaltó:

El carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridad judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección.

Concluye entonces, que no se consideró a la Compañía de Seguros como un sujeto que maneje fondos y bienes del estado, sino que se vinculó para decidir acerca de su responsabilidad civil en calidad de garante, de conformidad con art 44 de la ley 610 de 2000, norma que consagra la legitimación del ente de control fiscal, para dicha vinculación.

Resaltó además que “la norma al establecer la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal no señala que esta no proceda cuando el asegurado

haya adelantado los trámites administrativos pertinentes para hacer efectiva la póliza de seguros. La norma solo dispone que cuando existe un asegurador este debe ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal...”, por lo cual afirmó que no es dable hablar de una doble indemnización, máxime si el procedimiento administrativo ordenó el pago de la cláusula penal por el incumplimiento del contrato y no por el perjuicio económico causado al Departamento, representado en la suma entregada a título de anticipo.

Finalmente, dilucidó que el acto administrativo que declaró la realización del riesgo amparado, si se expidió dentro de la vigencia de la póliza, toda vez que este plazo se extiende hasta la fecha de liquidación del contrato, de conformidad con la cláusula vigésima tercera del contrato y la ley 80 de 1993, y que fue la resolución N.588 de 12 de abril de 1995, la que ordenó dicha liquidación, sin que la falta de ejecutoria de este acto impida el cumplimiento de los decidido por el órgano de control.

## **4.2 EVALUACIÓN CRÍTICA**

Encontramos que el caso en estudio, se centra en tres puntos fundamentales, que son: la vinculación de la compañía de seguros dentro del proceso de responsabilidad fiscal; la supuesta expedición de la resolución que declara la realización del riesgo amparado, por fuera de la vigencia de la póliza y la existencia de una presunta doble indemnización, por cuanto existe un acto administrativo condenatorio al pago de multa por incumplimiento del contrato estatal y otro acto administrativo declaratorio de responsabilidad fiscal en cabeza de la firma Iconsu Ltda, conminándola al pago, junto con la Compañía Aseguradora en calidad de garante.

Pasemos entonces a desarrollar cada uno de los puntos anteriores a la luz de la decisión del Consejo de Estado.

El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, estipula que el control fiscal es ejercido por la Contraloría General de la Republica. En razón de esta norma, se reguló el proceso de responsabilidad fiscal con la ley 610 de 2002, (habiendo nacido dicho proceso con la ley 42 de 1993), la cual, a su vez fue reformada, adicionada y complementada por el Estatuto Anticorrupción, ley 1474 de 2011, que reformó el proceso ordinario e instituyó el proceso verbal.

Partiendo, del objeto o de la razón de ser de la Responsabilidad Fiscal, el artículo 4, de la ley 610 de 2000 contempló:

ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

PARAGRAFO 1o. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Ahora bien para hablar de responsabilidad fiscal, es necesario que se encuentren acreditados los siguientes elementos (art 5, ibídem):

ARTICULO 5. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexa causal entre los dos elementos anteriores”.

Adicionalmente, este tipo de responsabilidad, es objeto de cobertura por la póliza de cumplimiento, de conformidad con el parágrafo del artículo 4 del decreto 4828 de 2008:

“Parágrafo. En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

En este sentido, es importante aclarar que el decreto (4828 de 2008), hoy se encuentra compilado por el decreto 1510 de 2013, el cual a pesar de no haber estipulado del manera taxativa el cubrimiento de los perjuicios derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, consideramos se mantiene dicha cobertura, al

existir norma de carácter superior y anterior, esto es la Ley 610 de 2000, que así lo consagra, adicionándose que cualquier estipulación en contrario se entiende por no escrita.

En ese orden de ideas, la vinculación de la Compañía de Seguros, dentro del proceso de responsabilidad fiscal, se efectúa en los siguientes términos (ley 610 de 2000):

ARTICULO 44. VINCULACIÓN DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. (Subrayas fuera de texto)

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

Como se puede observar, el espíritu de la norma es claro, al entender que la vinculación de la aseguradora dentro del proceso de responsabilidad fiscal, tiene lugar como garante, como tercero civilmente responsable de la obligación amparada con la póliza de cumplimiento, como avalista, y no como ejecutor de la gestión fiscal, lo cual ha sostenido el Consejo de Estado, en varios pronunciamientos, e igualmente reitera en la sentencia que ahora nos ocupa.

Por lo anterior, reiteró el fallador de segunda instancia, de manera acertada en nuestro concepto, que no se consideró a la Compañía de Seguros como un sujeto que maneje fondos y bienes del estado, sino que se vinculó para decidir acerca de su responsabilidad civil en calidad de garante, de conformidad con art 44 de la ley 610 de 2000, norma que además consagra la legitimación del ente de control fiscal, para dicha vinculación.

Sobre el particular, es dable afirmar que existe una postura unánime, claramente expuesta en las sentencias C-735-03 de 26 de agosto de 2003<sup>31</sup> y la C-648-02 de

---

<sup>31</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-735-03 de 26 de agosto de 2003. Exp. D-4474. Magistrado Ponente, Dr. Álvaro Tafur Galvis

13 de agosto de 2002<sup>32</sup>, que resolvieron la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 44 de la ley 610 de 2000.

De estas sentencias, nos permitimos resaltar algunos apartes, que en nuestro criterio zanján cualquier discusión que se pretenda esgrimir al respecto:

La Secretaria General de la Academia de Jurisprudencia, citó al académico Hernán Alejandro Olano García quien afirmó que:

...el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, está llamado a servir de figura protectora del tesoro público, a través del llamamiento en garantía de la empresa aseguradora, que lógicamente puede en caso de condena pagar la correspondiente póliza, luego repetir contra el contratista estatal y en últimas, ejercer en contra de su reaseguradora, buscando el resarcimiento del dinero pagado...". (Sentencia C-735-03).

El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros" (Sentencia C-648-02).

En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza". (Sentencia C-648-02).

Con lo expuesto, no consideramos que haya lugar a discusión en este sentido, pues además de existir normas que de manera taxativa contemplan la posibilidad de vincular a la aseguradora dentro del proceso de responsabilidad fiscal, es clara la regulación, al entender bajo que título se vincula, sin que se afirme en ningún momento que las Compañías de Seguros ejerzan gestión fiscal.

---

<sup>32</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648-02 de 13 de agosto de 2002. Exp. D 3918. Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño

Es por esto, que si revisamos los clausulados en Colombia de pólizas de cumplimiento ante entidades estatales, se incluye la cobertura de los perjuicios derivados de un proceso de responsabilidad fiscal.

De todo lo anterior, sobreviene la posibilidad de la Contraloría, de hacer efectiva la póliza de cumplimiento, sin importar contrario a lo afirmado por el recurrente, que esta no sea parte del contrato de seguros, pues se trata de un ente encargado del control fiscal, que atendiendo a las normas que reglamentan el procedimiento de responsabilidad fiscal, no solo está facultada y legitimada para vincular al presunto responsable fiscal ante la existencia objetiva de un daño patrimonial al estado, sino que también, debe vincular a la aseguradora, para garantizar el pago de la indemnización al estado, ante un presunto detrimento fiscal, a la luz de los principios de economía procesal, velando claro está, porque el garante, cuente con su derecho de defensa, otorgándole los mismos derechos y facultades que le asisten al principal implicado.

Y es que es precisamente ésta, la labor de la aseguradora dentro de este proceso, garantizar el pago de los perjuicios ocasionados al patrimonio público por el responsable fiscal, salvaguardando así los intereses generales, como de antaño lo han sostenido las altas Cortes.

Decantado lo anterior, procedemos a centrarnos en la expedición de la resolución N.588 del 12 de abril de 1995, que declaró la realización del riesgo amparado, posteriormente al 28 de marzo de 1995, fecha hasta la cual se encontraba vigente la póliza de cumplimiento, con lo cual alega el recurrente que el siniestro ocurrió por fuera de la vigencia de la garantía.

Por siniestro a la luz del artículo 1072 del código de comercio, entendemos que es “la realización del riesgo asegurado”. Ahora bien, en el seguro de cumplimiento, el siniestro lo constituye la expedición del acto administrativo debidamente motivado por el cual se declara la realización del riesgo, y contra el cual una vez notificado al contratista y a la aseguradora proceden los respectivos recursos en agotamiento de la vía gubernativa.

En cuanto al momento en el cual se debe expedir el acto administrativo el Consejo de Estado ha aclarado:

En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el

que pone en evidencia su incumplimiento y es éste el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fuere por motivos únicamente imputables a él que no encuentra justificación, debe sancionar su incumplimiento. En este sentido la Sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, expediente 3615, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de la potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que “La administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad) después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.”<sup>33</sup>

Así mismo, el máximo Tribunal Contencioso en sentencia posterior indicó:

“contrariamente a lo expresado por el A quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque este tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de la reclamación del pago a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de vigencia de la póliza.”<sup>34</sup>

Como se puede ver, es necesario diferenciar cuándo se entiende ocurrido el siniestro, y desde que momento la Compañía Aseguradora está obligada al pago de la indemnización.

En el particular, el acto administrativo que declaró la realización del riesgo (resolución N.588) se expidió el 12 de abril de 1995, ordenando la liquidación del contrato. De entrada, se observa que si bien la póliza en principio se encontraba vigente hasta el 28 de marzo del mismo año, esta vigencia corresponde al periodo de ejecución contractual, el cual deberá extenderse hasta la fecha del acta de liquidación, donde consta el recibo a satisfacción de la labor ejecutada, pues es a partir de este momento, en que comienza la vigencia de los amparos pos contractuales.

---

<sup>33</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de septiembre 13 de 1999, exp.10264 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>34</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de julio 11 de 2002, exp.7255 C.P Manuel Santiago Urueta Ayola.

El decreto 1510, del 17 de julio de 2013, (del cual se clara empezara a regir en enero, pero que mantiene lo estipulado por el decreto 4828 de 2008) en su artículo 121, claramente indica: **“Artículo 121. Suficiencia de la Garantía de Cumplimiento.** La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato...”

Así las cosas, y habiéndose expedido la resolución durante el periodo de liquidación del contrato, la cual según la CLAUSULA VIGESIMA TERCERA del contrato de obra pública N.0784 se efectuará: “dentro de un término de cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación...”, no encontramos que se haya transgredido norma alguna, y por el contrario consideramos de manera respetuosa que el fallo se ajusta a derecho.

Es dable concluir, que el acto administrativo que declara el incumplimiento de las obligaciones garantizadas por una póliza de cumplimiento debe expedirse como se viene comentando durante la vigencia de la póliza o en todo caso dentro de los dos años siguientes al momento en que el asegurado (que para estos casos se trata de una entidad estatal) haya tenido o debido tener conocimiento de la realización del riesgo asegurado, esto último de conformidad con los términos de prescripción que en materia de seguros consagra el art. 1081 del Código de Comercio y con las excepciones frente a las pólizas de disposiciones legales que la jurisprudencia ya ha analizado.

Para finalizar, abordaremos la existencia de una presunta doble indemnización, por cuanto existe un acto administrativo condenatorio al pago de multa por incumplimiento del contrato estatal y otro acto administrativo declaratorio de responsabilidad fiscal en cabeza de la firma Iconsu Ltda, conminándola al pago, junto con la Compañía Aseguradora en calidad de garante.

En la resolución N° 588 de 12 de abril de 1995, en la parte resolutive se dispuso:

ARTICULO PRIMERO: declarar el incumplimiento del contrato N.0784 de octubre veintiocho (28) de octubre de 1994 y en consecuencia hacer efectiva la cláusula décima tercera en su literal a) imponiendo las multas por incumplimiento del plazo del contrato, equivalente a pagar al Departamento el siete punto cinco (7.5%) por ciento, del valor total del contrato de multas, y el (10%) del valor del contrato en calidad de clausula penal pecuniaria, suma que se hará efectiva directamente por el Departamento de Arauca, y que asciende a TRES MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL

DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS MCTE. (\$3.498.234.00).

ARTICULO SEGUNDO: Ordenar la liquidación del contrato en el estado en que se encuentra, conforme lo establece la cláusula vigésima tercera del contrato precipitado.

ARTICULO TERCERO: Hacer efectiva la póliza única de seguro que amparan (sic) el cumplimiento del contrato, el valor de las multas y la cláusula penal pecuniaria y el buen manejo y correcta inversión del anticipo expedidas (sic) por SEGURO TEQUENDAMA, y que corresponde al N.92800, suscrita por el contratista en favor del Departamento de Arauca.

Como se puede ver, con esta resolución se impuso una sanción coercitiva, esto es el pago de la multa que tiene como fin conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, y una sanción pecuniaria, esto es el pago de la cláusula penal, que se encuentra definida en el artículo 1592, en los siguientes términos: “es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Al referirse sobre ambas el Consejo de Estado en auto del 04 de junio de 1998, expediente 13988, C.P Dr. Ricardo Hoyos Duque, sostuvo: “las multas persiguen sancionar el incumplimiento parcial o la mora, sin valorar los perjuicios, en tanto que la cláusula penal sí toma en consideración las consecuencias perjudiciales del incumplimiento o de la declaratoria de caducidad”<sup>35</sup>

La facultad de la administración pública de imponer estas sanciones tiene fundamento en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

Ahora bien, el auto de 06 de marzo de 1997, que declaró responsable fiscal a la firma Iconsu Ltda, el cual fue confirmado por auto de 16 de septiembre de 1997, condenó al pago de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$9.994.958), por el detrimento fiscal causado al Departamento de Arauca, por concepto de la suma entregada a la firma a título de anticipo.

Entonces, con el proceso de responsabilidad fiscal, se busca resarcir los perjuicios ocasionados al erario público con la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal.

---

<sup>35</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto junio 04 de 1998. Expediente No. 13988. Consejero Ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque

Así las cosas, y teniendo en cuenta que las resoluciones, condenan al pago de sumas a favor del tesoro público, pero que se originan en perjuicios diferentes, no es procedente hablar de una doble indemnización, pues no hay identidad de causa, ni de objeto, como lo consideró el H. Consejo de Estado, al asegurar que la norma no establece que la vinculación del asegurador dentro del proceso de responsabilidad fiscal no proceda cuando el asegurado haya adelantado los trámites administrativos para hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Este punto, fue dilucidado en la Sentencia C-648-02, donde se puntualizó:

7. De lo expuesto se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección. No son admisibles, por ende, los cargos formulados en este sentido.

En ese mismo pronunciamiento la Corte explicó:

2ª) La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, lo cual no significa que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación”

Empero, si bien en el caso que ahora se estudia, no es dable hablar de una doble indemnización, no se puede desconocer que eventualmente se puede presentar esta situación, como bien lo resaltan las juristas Janne Karime Mendoza y Claudia García en su obra *El seguro de Cumplimiento y la Contratación Pública*: “Cuando por un lado la entidad procede en la declaratoria de caducidad como constitutiva del siniestro de cumplimiento y genera una cuantificación de perjuicios para la entidad, y así mismo, la Contraloría, abre procesos fiscales por las mismas causas, determinando igualmente un detrimento patrimonial del Estado, podríamos decir que se configura una violación del principio “Non bis in ídem.

**5. ANÁLISIS AUTO DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERA PONENTE: RUTH STELLA CORREA PALACIO. FECHA: PRIMERO (1) DE JULIO DE 2005. RADICADO N. 73001-23-31-000-2004-00987-01. DEMANDANTE: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA DE IBAGUÉ. DEMANDADO: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS, CONFIANZA**

## **5.1 RESEÑA**

### **5.1.1 Relación de los hechos**

A. El contrato de seguro que consta en la póliza N° GU01 1691297 y su modificación y que constituye la fuente de la obligación que se cobra a través de este proceso, fue celebrado entre la firma Edson y/o Edgar Pinzón Neira, como tomadora y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., con el objeto de garantizar el cumplimiento del contrato N° 0129 celebrado entre el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué y la citada firma.

B. Que el contrato fue celebrado entre particulares, es de derecho privado y no está cobijado por el estatuto de contratación de la administración pública, el cual se aplica a los contratos celebrados por una de las entidades estatales a que se refiere en su artículo 2.

### **5.1.2 Planteamiento del problema**

¿Es competente para conocer del proceso ejecutivo adelantado por el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, en contra de la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera?

### **5.1.3 Reseña de las decisiones de instancia**

#### **5.1.3.1 Sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima**

El Tribunal Administrativo del Tolima, profirió sentencia el 17 de septiembre de 2004, dentro del proceso ejecutivo adelantado por el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, en contra de la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.

#### **5.1.3.2 Auto del Consejo de Estado**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante auto de cúmplase proferido y firmado únicamente por la Magistrada Ponente, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de 11 de mayo de 2004, mediante la cual se libró mandamiento de pago en contra de Confianza S.A., y rechazo en su lugar la demanda ejecutiva presentada por el Hospital por no ser la jurisdicción competente.

### **5.1.4 Fundamentos del auto del Consejo de Estado**

Indicó el Consejo que de conformidad con la ley 90 de 1993, sólo los procesos de ejecución derivados de los contratos estatales (entendiendo por tales, aquellos “negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 ibídem, son celebrados de una parte de una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto, a menos que haya sido expresamente excluida de su aplicación por norma con fuerza de ley”) son de conocimiento de esta jurisdicción; que el contrato fuente de la ejecución no es estatal y que el “que su objeto lo sea una 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”.

## **5.2 EVALUACIÓN CRÍTICA**

Sin duda, y después de lo que se viene de indicar respecto de las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en providencias del: 30 de enero de 2008, radicado N° 520012331000200500512-01, demandante: Empresa Colombiana de Petróleos

Ecopetrol, demandado: Aseguradora Colseguros S.A., y del 9 de febrero de 2011, radicado N° 73-001-23-31-000-1998-06662-01, demandante: Aseguradora Colseguros S.A., demandado: Fabrica de Licores del Tolima, en las que se planteó como problema si ¿La Jurisdicción Contenciosa Administrativa es competente para conocer demandas entre las compañías aseguradoras y las entidades públicas, respecto de las controversias que se susciten frente a las pólizas de cumplimiento?, frente a este auto llegamos a la misma conclusión, esto es, que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa si es competente para conocer demandas entre las compañías aseguradoras y las entidades públicas, respecto de las controversias que se susciten frente a las pólizas de cumplimiento, teniendo en cuenta que, como ya se dijo, la ley le impone al contratista de la administración pública garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, exigencia que busca el cumplimiento de los fines del Estado, que consiste en la satisfacción del interés público de la comunidad, lo cual se logra a través de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Se encuentra una explicación desde el mismo carácter imperativo del otorgamiento de las garantías, toda vez que estas constituyen una obligación principal del contrato y son necesaria para su debido cumplimiento, sin olvidar que la garantía dependen de la suerte del contrato principal o estatal. De allí que cuando la entidad estatal a través de acto administrativo declara el incumplimiento de una o varias obligaciones del contratista – siniestro - y en consecuencia le impone a este la obligación de cumplir o pagar las indemnizaciones a que haya lugar, ello conlleva la orden de hacer efectiva la póliza de cumplimiento que garantizó o amparó el cumplimiento del contrato.

No se puede desconocer que estos contratos de seguro están impregnados de la misma finalidad de los contratos estatales que garantizan, cual es de servir a unos mismos intereses generales. Y por ello dichos contratos 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”, que constituye una decisión previa, revestida de los privilegios de la ejecutoriedad y de la ejecución oficiosa, al tiempo que el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia.

Como ya se afirmó en este escrito, “bajo la vigencia del decreto 222 de 1983, los seguros de cumplimiento otorgados como garantía de un contrato estatal no ofrecía mayor dificultad en cuanto al régimen jurídico aplicable a los mismos y a la jurisdicción que conocía las controversias o ejecuciones de ellos, pues eran

considerados contratos administrativos o accesorios de un contrato administrativo y en consecuencia corrían la misma suerte de ellos.”

Sin embargo, en la ley 80 de 1993, se ha presentado dificultad en cuanto al tratamiento o régimen jurídico aplicable a la garantía única que avala el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal, para unos jueces y tratadistas era netamente de carácter privado, y para otro, dicho contrato de seguro aunque no es contrato estatal si es contrato accesorio a uno de tal naturaleza y por ende sigue la suerte del contrato principal, es decir participa de la naturaleza pública. No se puede olvidar que la garantía de cumplimiento de un contrato estatal, si bien es cierto es celebrada entre dos particulares, tiene como finalidad respaldar el cumplimiento del contrato estatal, de allí que la beneficiaria en últimas es la entidad contratante, y es ésta quien además debe aprobar la garantía para poderse ejecutar el negocio jurídico, por ello desconocerse que la aseguradora se convierte en parte del contrato principal en cuanto a la obligación contractual, así la garantía es una obligación accesorio al contrato estatal, y goza de la naturaleza del mismo.

Como notas importantes o características de los contratos de cumplimiento que amparan obligaciones de negocios jurídicos estatales tenemos:

Es la entidad estatal la que declara unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista, y ordena hacer efectivas las garantías, sin el consentimiento del asegurador, mediante la expedición del acto administrativo.

Como manifestación del régimen jurídico especial de las garantías en los contratos estatales, se observa: la unilateralidad, obligatoriedad e irrevocabilidad, la garantía no expirará por revocación unilateral, aun tratándose de mora en el pago de la prima.

La aseguradora no podrá oponer a las entidades estatales las excepciones que hubiere podido alegar el contratista.

Sólo ante el incumplimiento del contratista surge para el asegurador la obligación que garantiza en el contrato de seguro de cumplimiento, así la obligación a favor de la entidad estatal por parte de la aseguradora tiene su fuente en el negocio jurídico amparado.

Finalmente, cabe recordar que con la expedición de la Ley 1.066 de 2006, “Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”, se retorna la potestad de jurisdicción coactiva a las entidades estatales, que había sido derogada, en materia contractual con la expedición de la ley 80 de 1993, esta disposición señala:

Art. 5. FACULTAD DE COBRO COACTIVO Y PROCEDIMIENTO PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS. **Las entidades públicas** que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o **caudales públicos**, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, **tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor** y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

“PARÁGRAFO 1o. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad. (...) (Negrillas fuera de texto)

Es clara la disposición al consagrar que las obligaciones dinerarias que existan a favor de las entidades estatales a que se refiere la misma, como son las que se derivan de las pólizas de seguros, y en general de cualquier otro acto contractual – unilateral o bilateral- que declara la existencia de una obligación dineraria, dan lugar, a ejercer la jurisdicción coactiva para cobrarlas, de manera que esta norma regresó a las entidades estatales la potestad pública que había sido derogada en 1993, aclarando que esto es sin perjuicios de la potestad que tienen las entidades públicas de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para ejecutar a la aseguradora cuando haya declarado la ocurrencia del siniestro, o dicho de otra forma, sin perjuicio de esta norma, dicha jurisdicción conserva la facultad de conocer de procesos ejecutivos originados en la actividad de las entidades públicas, y obviamente se preserva la facultad de las compañías aseguradoras para demandar ante la misma jurisdicción a las entidades estatales, todo ello bajo los argumentos ya expuestos a lo largo de este trabajo.

Sin lugar a dudas, y ya para finalizar, no se puede dejar pasar por alto el hecho de que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo CPACA, zanjó la discusión que se vienen de estudiar, esto es, si la Jurisdicción de lo Contenciosa Administrativa es competente para conocer demandas entre las compañías aseguradoras y las entidades públicas, respecto de las controversias que se susciten frente a las pólizas de cumplimiento.

En primer lugar, vale la pena señalar que el CPACA, reguló el tema del cobro coactivo en el título IV, denominado “Procedimiento Administrativo de Cobro Coactivo”, en el artículo 98 consagra la prerrogativa del dicho procedimiento y en el 99 indica cuales documentos prestan **mérito ejecutivo a favor del Estado**, se lee dichas disposiciones:

**Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo.** Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. **Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.**

**Artículo 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado.** Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.
2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, o de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.
3. **Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.**
4. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas, antes indicadas, se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.
5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor.

Y en segundo término, en el título IX, el CPACA, reguló lo referente a los procesos ejecutivos, indicando en el artículo 297, que constituye título ejecutivo, y específicamente en el inciso tercero incluyó los documentos en que consten las garantías, aclarando que la norma consagra un título ejecutivo complejo, en la disposición se lee:

**Artículo 297. Título Ejecutivo.** Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible.

**3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.**

4. Las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar.

De lo anterior, se tiene que para ejecutar a las entidades públicas o para que estas lo hagan contra los deudores del Estado, tendrá que acudir, sin perjuicio del cobro coactivo ante las entidades administrativas, a la jurisdicción contenciosa.

Consideramos pertinente, traer a colación los antecedentes legislativos del numeral 3 del artículo 297, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; el proyecto de ley se radicó en el Senado con el número 198 de 2009 y en Cámara con el 315 de 2010, respecto a la póliza o garantía de cumplimiento como título ejecutivo allí se dispuso:

En la gaceta No. 264 de 2010, se presentó un pliego de modificaciones al proyecto presentado en Senado, en el que se dispuso que el artículo 299 –que más adelante correspondería al 297- sería del siguiente tenor:

**Título Ejecutivo:** Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una Entidad Pública al pago de sumas dinerarias.
2. las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en las que las Entidades Públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible.
3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.

Asimismo, en esta gaceta se consignó el texto aprobado por la comisión primera del Senado al proyecto de ley número 198 de 2009, que no establecía ninguna observación ni modificación sustancial del contenido actual del artículo 297 del CPACA, no obstante los títulos ejecutivos base de obligaciones, se consignaron en el artículo 170 del documento, más adelante por la introducción de otras normas quedaría con otra numeración.

En la Gaceta No. 1173 del Senado, el texto del actual numeral 3 del artículo 297 no tuvo ninguna previsión adicional, no obstante, los títulos ejecutivos se establecieron inicialmente en el artículo 270 del proyecto de ley. Ésta también señaló la exposición de motivos del proyecto, pero allí no se emitió ningún pronunciamiento al respecto. La Gaceta No. 1210 de 2009 Senado, contenía ponencias para el primer debate del Senado al proyecto de Ley, pero ningún pronunciamiento específico respecto del artículo 297 del CPACA. En la Gaceta 683 de Septiembre de 2010, Cámara, se estableció el informe de ponencia para primer debate al proyecto en Cámara -no obstante allí tampoco se propusieron modificaciones al texto del artículo 297 del CPACA-.

De otra parte, en la Gaceta No. 951 de Noviembre de 2010, Cámara, se consignó el informe de ponencia para el primer debate al proyecto en Cámara, allí quedó estipulado, tal como en las demás, el texto sin modificaciones del artículo 297 del CPACA, no obstante, si hubo una previsión respecto al régimen jurídico aplicable a las ejecuciones de títulos derivados de contratos, en efecto, se dispuso que se observarían las reglas del Procedimiento Civil. En la misma Gaceta se estableció un pliego de modificaciones para el segundo debate en Cámara, sin embargo no se previó ninguna reforma al numeral 3 del artículo 297, en otros términos, es título ejecutivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa, los documentos en que consten las garantías contractuales -pólizas- y por supuesto, el acto administrativo a través del que se declara el incumplimiento, siendo un título ejecutivo complejo.

En la Gaceta 1068 de diciembre de 2010, se estableció el texto definitivo de la Plenaria de la Cámara de Representantes, y allí no se hizo ninguna modificación, al texto consignado, es decir que se aprobó el mismo que finalmente quedó estipulado en la Ley 1437.

Finalmente, en la Gaceta No. 1072 de diciembre de 2010, se estableció el informe de conciliación al proyecto de ley, pero no se hizo referencia a la norma estudiada, asimismo, se consignó el texto conciliado por las Cámaras, pero el artículo no sufrió modificaciones.

Como puede observarse, el tema no fue problemático y se aceptó sin mayor discusión que la jurisdicción contenciosa administrativa era la competente para conocer de las controversias surgidas con ocasión de la garantía de cumplimiento y además de la ejecución cuando la entidad estatal declaré que hubo incumplimiento contractual y por consiguiente la ocurrencia del siniestro.

## CONCLUSIONES

A. La obligación de pago de los tributos aduaneros es una obligación compleja, es decir, se deben cumplir varias prestaciones, consistentes en el pago de cada una de las cuotas de los tributos aduaneros, y si antes de finalizada la vigencia de la garantía dicha obligación no se satisface, se debe proferir el acto administrativo declaratorio del incumplimiento, o en todo caso dentro de los dos años siguientes.

B. Las pólizas de cumplimiento para entidades estatales, tiene unos procedimientos propios, determinado por las prerrogativas otorgadas a estas entidades, razón por la cual, la forma de dar aviso a la Aseguradora de la ocurrencia del siniestro, es mediante la notificación del acto Administrativo contra el cual proceden los recursos de ley, a fin que pueda debatirse las circunstancias de hecho y de derecho que generaron el incumplimiento, sin que sea exigible dar aviso previo.

C. La vinculación de la aseguradora dentro del proceso de responsabilidad fiscal, tiene lugar como garante, como tercero civilmente responsable de la obligación amparada con la póliza de cumplimiento, como avalista, y no como ejecutor de la gestión fiscal, de conformidad con art 44 de la ley 610 de 2000, norma que además consagra la legitimación del ente de control fiscal, para dicha vinculación.

D. El acto administrativo que declara el incumplimiento de las obligaciones garantizadas por una póliza de cumplimiento, debe expedirse durante la vigencia de la póliza o en todo caso dentro de los dos años siguientes al momento en que el asegurado (que para estos casos se trata de una entidad estatal) haya tenido o debido tener conocimiento de la realización del riesgo asegurado, esto último de conformidad con los términos de prescripción que en materia de seguros consagra el art. 1081 del Código de Comercio y con las excepciones frente a las pólizas de disposiciones legales que la jurisprudencia ya ha analizado.

E. Aunque el asegurado en la póliza de cumplimiento haya adelantado los trámites administrativos para hacer efectiva la garantía, puede la Contraloría iniciar el proceso de responsabilidad fiscal contemplado en la ley 610 de 2000, toda vez que estos procedimientos no son excluyentes entre sí, ni implican una

doble indemnización, pues no hay identidad de causa, ni de objeto.

F. La garantía única es un sistema de protección contra ciertos riesgos, que ampara al Estado por los daños que pueda sufrir, él o los ciudadanos –según sea el amparo que se constituya-, por la ejecución de un contrato.

G. La posibilidad de declarar el siniestro, lo cual constituye el título ejecutivo, la tiene la entidad estatal ya sea que el contrato se rija por el derecho privado o por la ley 80, y es éste acto administrativo que lo declara el que presta mérito ejecutivo, de allí que son válidos los actos administrativos por los cuales las entidades públicas hacen efectivas las pólizas que garantizan un contrato, al declarar la ocurrencia del riesgo amparado, y para hacerlo cuentan con una facultad legal, prevista en el art. 68 del CCA. -y hoy en el art. 7 de la ley 1.150 de 2007-, en el cual se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo, entre los que se incluyeron, entre otros: “4. Los contratos, las pólizas de seguro y **las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo** de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad o la terminación según el caso.

H. La discusión y dificultad que se presentaba para determinar si la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es competente para conocer demandas entre las compañías aseguradoras y las entidades públicas, respecto de las controversias que se susciten frente a las pólizas de cumplimiento y la ejecución cuando la entidad declara el incumplimiento y por ende la ocurrencia del siniestro, quedo zanjada con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues allí se establece que para ejecutar a las entidades públicas o para que estas lo hagan contra los deudores del Estado, tendrá que acudirse, sin perjuicio del cobro coactivo ante las entidades administrativas, a la jurisdicción contenciosa.

## BLOGRAFÍA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia del 15 de abril de 2010. C. P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Radicado N° 76001-23-31-000-1995-01791-01(18292), Actor: Empresa de Seguridad Vinpasex Limitada y Seguros Confianza S.A., Demandado: Empresas Municipales de Cali –EMCALI

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Auto del 9 de marzo de 1988, exp. 4913 (180), Actor: Seguros del Estado, demandado: Empresas Públicas de Medellín., C.P. Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta. Sentencia del 29 de septiembre de 2011 Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcena.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1999, exp. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. 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.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, exp. 19929. Auto de noviembre 20 de 2003. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de octubre de 2005. Rad. 14579. C. P Germán Rodríguez Villamizar.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 6 de agosto de 2009, C. P. ENRIQUE GIL BOTERO, Radicado N° 11001-03-26-000-2009-00056-00 (36.937), Actor: Industria Licorera

de Boyacá En Liquidación, Demandado: Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., Asunto: Conflicto de Competencia.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 04 de 2009. Radicación No. 16084. Magistrado Ponente, Dr. William Giraldo Giraldo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de enero 29 de 2009. Expediente núm.2000-02099. Consejero Ponente, Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Actora: VISTA HERMOSA LTDA.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de agosto 28 de 2003. Expediente núm. 2000-0502 (8031). Consejero Ponente, Dr. Gabriel Eduardo Mendoza. Actor: SOCIEDAD TRANSPORTADORA DE MAGANGUÉ LTDA. "SOTRAMAG

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de julio 26 de 2012. Expediente núm. 18031. Consejero Ponente, Dr. Manuel Santiago Urueta. Actor ASEGURADORA COLSEGUROS S.A Y OTROS.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercero. Auto junio 04 de 1998. Expediente No. 13988. Consejero Ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. S-414, auto del 29 de noviembre de 1994. M. P.: Guillermo Chain Lizcano

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, auto de octubre 12 de 2000, exp. 18604.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de julio 11 de 2002, exp. 7255 C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 23 de noviembre de 1977, C.P. DR. Jorge Valencia Arango.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648-02 de 13 de agosto de 2002. Exp. D 3918. Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-735-03 de 26 de agosto de 2003. Exp. D-4474. Magistrado Ponente, Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto 2685 de 1999 del 28 de diciembre 1999, publicado en el Diario Oficial N° 43.834 del 30 de diciembre de 1999, art. 147 texto original modificado por el decreto 4136 de 2004.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999.

LARENZ Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Madrid: Editorial Derecho Privado. 1956

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El Seguro de Cumplimiento de Contratos y Obligaciones. Colección de Profesores. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Bogotá: Temis, 1994.

TAFUR GONZÁLEZ, Álvaro. Código Civil Colombiano Anotado. 22 ed. Bogotá: Leyer, 2006.