

## **CONTRATO ESTATAL – Concepto – Naturaleza**

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

«De este modo, son contratos estatales «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», y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.»

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

## **CONTRATO DE SEGUROS – Naturaleza – Criterio jurisprudencial – Criterio normativo**

En el caso de los contratos de seguro a cuya celebración se procede con el objeto de garantizar el cumplimiento de contratos estatales previamente celebrados entre entidades públicas y contratistas particulares, se alega que aquellos no pueden pertenecer a la referida categoría de los contratos estatales, máxime si el criterio determinante de éstos es el subjetivo u orgánico, por la sencilla razón de que en ninguno de los extremos del vínculo contractual se ubica la entidad pública beneficiaria del seguro, puesto que el contrato en cuestión sería celebrado exclusivamente entre dos particulares, esto es entre el contratista particular en su condición de tomador y la respectiva aseguradora, quienes, por tanto, en los términos del artículo 1037 del Código de Comercio, son los únicos que pueden considerarse como partes dentro de esa clase de contratos.

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

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

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION TERCERA**  
**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01362-01(27816)**

**Actor: SEGUROS DEL ESTADO**

**Demandado: RAMA JUDICIAL**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el veintiuno (21) de abril de dos mil cuatro (2004), por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

*“1º. Niéguese las pretensiones de la demanda.*

*2º. Sin costas”*

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

El día 26 de junio de 2002, SEGUROS DEL ESTADO S.A., por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria en ejercicio de la acción contractual en contra de la RAMA JUDICIAL, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (folios 8 a 12cuaderno 1):

*“1. Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2.001, proferida por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 054 de 1.998 y se ordena hacer exigible la póliza.*

*2. Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2.001, proferida por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial del*

*Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa y modifica de oficio la resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2.001 en el sentido de aumentar la cuantía.*

*3. A título de Restablecimiento del Derecho se declare que SEGUROS DEL ESTADO S.A., no está obligada a realizar ningún tipo de pago de indemnización a la Nación – Consejo Superior de la Judicatura, por concepto de la Póliza No. 9682931.”*

## **2. Hechos.**

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la demandante expuso, en síntesis, los siguientes:

- La Rama Judicial y la sociedad HITECH LTDA., celebraron el Contrato de compraventa e instalación de redes de cableado estructurado No. 054, el 16 de octubre de 1998.
- El plazo del contrato celebrado fue prorrogado sucesivamente en siete (7) oportunidades, hasta el hasta el 11 de agosto de 1999.
- Mediante la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, la Directora Ejecutiva de Administración Judicial declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 054 de 1998 celebrado con la sociedad HITECH LTDA., y ordenó hacer exigible una póliza.
- La Compañía de Seguros del Estado S.A., presentó una solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, la cual fue resuelta negativamente por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, mediante la Resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2001

## **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

El demandante acusó los actos administrativos demandados por la vulneración de las siguientes disposiciones: **i)** artículos 2, 6, 29 y 58 de la Constitución Política; **ii)** artículo 13 de la Ley 80 de 1993; **iii)** artículos 2, 3, 47, 48 y 50 del Código Contencioso Administrativo; y **iv)** artículo 1047, 1056, 1072, 1077, 1079 y 1080 del Código de Comercio. Los cargos formulados fueron los siguientes (folios 6 a 9 cuaderno 1):

### ***I. PRIMER CARGO.***

*(...) las resoluciones acusadas de Nulidad requieren para la exigibilidad de la obligación que se pretende que previamente medie un Acto Administrativo en firme, que declare el incumplimiento del contrato afianzado, imputable al*

*contratista, lo que no ha ocurrido. Por ello mi representada no ha tenido oportunidad de defenderse del supuesto incumplimiento.*

(...)

## **II. SEGUNDO CARGO.**

*El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece la normatividad aplicable a los contratos estatales, los que se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, por lo cual el Consejo Superior de la Judicatura debió aplicar los principios rectores del contrato de seguros, específicamente los relacionados con la demostración del siniestro, cuantía de la pérdida, coberturas otorgadas y responsabilidad de la aseguradora.*

(...)

## **III. TERCER CARGO.**

*(...) Para el caso concreto de la resoluciones impugnadas proferidas por la demandada, se declaró ocurrido el siniestro de cumplimiento y ordenó hacer efectiva la póliza expedida por mi representada, sin previamente haber declarado el incumplimiento de la obligación afianzada, lo que impidió que el contratista y mi representada controvirtieran el hecho del incumplimiento, premisa inexorable para hacer efectiva la garantía (...)*

## **IV. CUARTO CARGO.**

*(...) Además la demandada violó el artículo 1079 del Código de Comercio, toda vez que pretende hacer efectiva la póliza en su amparo de mantenimiento correctivo y preventivo, al parecer porque no lo determina en concreto como ha debido hacerlo en una cuantía superior al valor asegurado establecido en dicho amparo.”*

## **4. Actuación procesal.**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, admitió la demanda por auto del 13 de agosto de 2002 y ordenó la citación de la sociedad HITECH LTDA., en su calidad de litis consorte necesario, al tiempo que negó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados (folios 15 a 21 cuaderno principal).

**4.2.** Por auto del 17 de julio de 2003 se ordenó emplazar al representa legal de HITECH LTDA (folio 29 cuaderno principal).

**4.3.** Mediante providencia del 9 de octubre de 2003 se designó curador *ad litem* a la sociedad HITECH LTDA (folio 46 cuaderno principal).

**4.4.** Por auto del 4 de diciembre de 2003 se dispuso la apertura y práctica de pruebas (folio 52 cuaderno principal).

## **5. Contestación de la demanda.**

**5.1. Rama Judicial (folios 40 a 44 cuaderno principal).** Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando lo siguiente:

*“(…) basta leer la letra G de la Cláusula Novena del Contrato No. 054 del 1998 que dispone: ‘G) De calidad y cumplimiento del servicio de mantenimiento preventivo: Por una suma equivalente al diez por ciento del valor total del contrato y con una vigencia para los elementos activos de la red de tres (3) años; los elementos pasivos de la red de datos (lógica y eléctrica) por un término de cinco (5) años; **contados a partir de la fecha del acta de recibo e instalación de los bienes objeto del contrato** (resaltado fuera del texto).*

(…)

*Se presenta en la demanda una afirmación que no se ciñe a la realidad procesal y es el caso del hecho Número 7 de la demanda donde se dice que comoquiera que la resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2001 no establece los recursos de que era objeto se impidió a mi representada ejercer su legítimo derecho de defensa (sic), manifiesto que esta afirmación no se ciñe a la realidad puesto que este acto administrativo no es susceptible de recurso alguno.”*

**5.2. Sociedad HITECH LTDA (folios 48 a 50 cuaderno 1).** La curadora *ad litem* manifestó que se atenía a lo que se probara en el curso del debate litigioso.

## **6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

En auto del 11 de marzo de 2004, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión (folio 54 del primer cuaderno).

**6.1. La parte demandante (folios 56 a 60 cuaderno 1).** Reiteró los cargos planteados en la demanda.

**6.2. La Rama Judicial (folio 55 cuaderno 1).** Ratificó los argumentos de la contestación de la demanda.

**6.4. Sociedad HITECH LTDA.** No presentó alegatos de conclusión.

**6.3. El Ministerio Público.** No emitió concepto.

## **7. La sentencia impugnada.**

La Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones (folios 62 a 69 cuaderno principal):

*“Para la Sala, no existe duda que el contratista tenía entre sus obligaciones contractuales la prestación del mantenimiento preventivo y correctivo de los bienes objeto del acuerdo contractual, toda vez que en los numerales 17 y 18 de la cláusula segunda del contrato No. 054 de 1998 (fls. 37 y 38 c. 2) se estipuló tal cosa, obligación que según la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001 (fl. 8 c. 2), nunca cumplió el contratista pese a los continuos requerimientos de la contratante, razón suficiente para que esta declarara el incumplimiento contractual en la primera.*

*(...)*

*Por otro lado, era admisible para la administración declarar el incumplimiento y hacer efectiva la póliza en un solo acto, por cuanto es evidente que el último es una consecuencia inevitable de la materialización del primero, siendo tal cosa posible en aras de auspiciar la celeridad de la actuación administrativa, siempre y cuando ello no implique el sacrificio de los derechos fundamentales del administrado.*

*(...) el 22 de febrero de 2001 la administración solicitó a la demandante acercarse a sus dependencias con el fin de llevar a cabo la notificación del acto administrativo acusado (fl. 14, c.2), sin que ésta hubiera atendido a dicho llamado, motivo por el cual la misma se surtió mediante edicto emplazatorio desfijado el 13 de marzo de 2001, sin manifestación alguna de las partes afectadas, por lo cual dicho acto quedó ejecutoriado.*

*Tan sólo el 22 de marzo de 2001 la demandante solicitó la revocatoria directa del mismo (fl. 19 c.2), es decir, se reitera, cuando el acto administrativo se encontraba en firme y, por lo tanto, en contra de la decisión que recayó sobre dicha solicitud no era procedente recurso alguno en vía gubernativa, pues lo contrario significaría revivir términos, actuación que se encuentra proscrita por el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo; no obstante tal situación no era óbice para que en ella se hubiera modificado el acto administrativo primigenio, ya que se trataba de un simple error aritmético, toda vez que de es forma no se afectó el fondo de la decisión.”*

## **8. El recurso de apelación.**

La sociedad aseguradora demandante recurrió la decisión de primera instancia con base en los siguientes planteamientos (folios 71 y 72 cuaderno principal):

*“La inconformidad con la sentencia se basa, fundamentalmente en lo siguiente:*

*1. En que el Tribunal ni encuentra violación al debido proceso y al derecho de defensa al declarar el Consejo Superior ocurrido el siniestro. Por el contrario, la aseguradora insiste que debió primero declararse el incumplimiento imputable al contratista, lo que no ha ocurrido y en caso positivo, ahí sí declarar ocurrido el siniestro y hacer exigible la póliza. Son dos procedimientos diferentes pero concatenados, según el caso. El no hacerlo es causal de nulidad por lo dicho y por falsa motivación pues no declaró e impidió controvertir el hecho del incumplimiento o posible incumplimiento.*

*2. La Resolución 2313 de 2001, que decidió la revocatoria directa, aumentó el valor del pretendido siniestro, es decir, incorporó un hecho nuevo al aumentar la cuantía. Sin embargo no concedió recurso alguno, con lo cual,*

*el Consejo Superior de la Judicatura vulneró el debido proceso y el derecho de defensa. El Tribunal no lo ve así.*

*3. El Consejo Superior no ha demostrado la ocurrencia del siniestro de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del C. de Co., aplicable al caso. Si bien existe un acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro, no es menos cierto que falta el acto administrativo previo que declare el incumplimiento por motivos imputables al contratista. Esa es la razón de desacuerdo con la sentencia. No porque tenga que asistir ante el asegurado requiriendo la indemnización, sino por falta de acto anterior.*

*(...)*

*4. Los actos vulneraron el artículo 1079 del C. de Co., pues la Administración Judicial lo que pretende hacer efectivo es el amparo de **mantenimiento correctivo y preventivo** sin tener en cuenta el anexo a la póliza, pues lo afectado, si fuere el caso no es el amparo de cumplimiento, pues la obra se realizó, sino otros amparos, para lo cual debe tener en cuenta lo pertinente y las cuantías consignadas en el anexo 2 de la póliza, que obra en el expediente. En el alegato de conclusión quedó claramente señalado este aspecto.”*

## **9. Actuación en segunda instancia.**

**9.1.** El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal *a quo* el 20 de mayo de 2004 (folio 74 cuaderno principal).

**9.2.** Mediante auto del 27 de agosto de 2004, esta Corporación admitió el recurso de apelación (folio 79 cuaderno principal).

**9.3.** Mediante providencia del 24 de septiembre de 2004 se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folio 84 cuaderno principal).

## **10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

**10.1.** Seguros del Estado S.A., (folios 85 a 87 cuaderno principal). Reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de alzada.

**10.2.** La Rama Judicial. No presentó alegatos de conclusión.

**10.3.** Sociedad HITECH LTDA. No presentó alegatos de conclusión.

**10.4.** El Ministerio Público. No emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **i)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **ii)** las pruebas recaudadas; **iii)** evolución normativa de las pólizas de garantía en los contratos estatales; y **iv)** el análisis del caso concreto.

## **1. Competencia del Consejo de Estado.**

La competencia de esta Corporación para conocer del recurso de apelación se reafirmó en virtud de lo dispuesto por el artículo 75<sup>1</sup> de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que el conocimiento de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales correspondiente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto la Rama Judicial, tiene el carácter de entidad pública del orden nacional, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘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’**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”*<sup>2</sup> (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos

---

<sup>1</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”<sup>3</sup>*

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º 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.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

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

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

*“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)*

*“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.*

*“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)*

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

*“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:*

*“j) 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.”*

Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 2º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*.

De igual manera, resulta oportuno recordar que las compañías aseguradoras se encuentran legitimadas para incoar la acción contractual contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración Pública declara el siniestro por incumplimiento de las obligaciones contractuales, criterio expresado en los siguientes términos:

*“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.”*

*“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.*

*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>4</sup>*

Aunado a lo anterior, la Sala también ha explicado la procedencia de la acción contractual y su titularidad respecto de las compañías aseguradoras, bajo el entendido de que además de que el acto mediante el cual se declara el siniestro es de naturaleza contractual, su contenido se encamina directamente a determinar la exigibilidad de obligaciones surgidas de un contrato de seguro, el cual tiene, frente al contrato asegurado, el carácter de accesorio<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero. Criterio reiterado en sentencia del 15 de abril de 2010, expediente 18292.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009, Exp.14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Hechas estas precisiones y con el propósito de examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, habrán de valorarse los siguientes medios de prueba que fueron debidamente aportados al proceso<sup>6</sup>, para seguidamente efectuar su valoración y análisis en el caso concreto.

## **2. Las pruebas aportadas al proceso.**

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo<sup>7</sup> señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también parte de la filosofía<sup>8</sup> que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normativa.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.<sup>9</sup>, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

---

<sup>6</sup> Todas las pruebas se encuentran en el cuaderno número 2 del expediente.

<sup>7</sup> Artículo 168, C.C.A.: "PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración."

<sup>8</sup> Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

<sup>9</sup> Artículo 253, C. de P. C.: "Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento."

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos<sup>10</sup>: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre*

---

<sup>10</sup> El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se invoca en este caso para el análisis de las copias de documentos privados, corresponde al texto vigente para el día 30 de marzo de 2000, fecha del auto que decretó las pruebas en el presente proceso. No obstante se advierte que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, a cuyo tenor: *“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”*

De esta manera, las copias de los documentos privados se presumen auténticos bajo el nuevo régimen probatorio de acuerdo con la ley 1395 de 2010. No sobra anotar que el artículo 11 citado, aplica de forma inmediata, a partir de su vigencia, (julio 12 de 2010), teniendo en cuenta en cada caso la fecha en que fue decretada la respectiva prueba de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Ley 153 de 1887 que prescriben, en su orden:

*“Artículo 39. Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación, pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere.”*

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, a su vez modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de agosto 17 de 2012 dispone: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

*Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.*

*La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de la formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.”*

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”*

*las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

*“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.*

*“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.*

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

## **2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.**

Los siguientes documentos fueron allegados al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

**2.1.1.** Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, por medio de la cual la Directora Ejecutiva de Administración Judicial declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 054 de 1998 celebrado con la sociedad HITECH LTDA., y ordenó hacer exigible una póliza (folios 7 a 9 cuaderno 2).

**2.1.2.** Oficio LCT-328-3977 del 21 de febrero de 2001, por medio del cual la Rama Judicial citó a la sociedad HITECH LTDA., para efectuar la notificación personal de la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, con constancias de remisión y entrega por correo (folios 10 a 13 cuaderno 2).

**2.1.3.** Oficio LCT-329-4027 del 22 de febrero de 2001, por medio del cual la Rama Judicial citó a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A., para efectuar la notificación personal de

la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, con constancia de recibido por la entidad aseguradora (folios 14 cuaderno 2).

**2.1.4.** Edicto emplazatorio fijado entre el 26 de febrero y el 13 de marzo de 2001, con el fin de notificar la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001 (folio 15 cuaderno 2).

**2.1.5.** Resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2001, por medio de la cual la Directora Ejecutiva de Administración Judicial resolvió la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, presentada por la Compañía de Seguros del Estado S.A., el 22 de marzo de 2001 (folios 19 a 24 cuaderno 2).

**2.1.6.** Oficio LCT-3725 del 16 de mayo de 2001, por medio del cual la Rama Judicial citó a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A., para efectuar la notificación personal de la Resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2001, con constancias de envío y entrega por correo (folios 28 a 30 cuaderno 2).

**2.1.7.** Oficio LCT-763-10359 del 22 de mayo de 2001, por medio del cual la Rama Judicial citó a la sociedad HITECH LTDA., para efectuar la notificación personal de la Resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2001 (folio 31 cuaderno 2).

**2.1.8.** Edicto emplazatorio fijado entre el 24 de mayo y el 11 de junio de 2001, con el fin de notificar la Resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2001 (folio 33 cuaderno 2).

**2.1.9.** Contrato de compraventa e instalación de redes de cableado estructurado No. 054 celebrado entre la Rama Judicial y la sociedad HITECH LTDA., el 16 de octubre de 1998 (folios 34 a 43 cuaderno 2).

**2.1.10.** Póliza de Garantía Única No. 9682931 expedida por Seguros del Estado S.A., con vigencia desde el 20 de octubre de 1998 hasta el 20 de abril de 2002 (folios 44 y 45 cuaderno 2).

**2.1.11.** Otrosí No. 1 al contrato No. 054 de 1998, por medio del cual las partes modificaron la forma de pago; no aparece registrada fecha de firma (folios 46 a 48 cuaderno 2).

**2.1.12.** Contrato Adicional No. 1 de 1999 al contrato de compraventa No. 054 de 1998, firmado el 13 de enero de 1999, por medio del cual se prorrogó el plazo de entrega hasta el 1 de marzo de 1999 (folios 50 y 51 cuaderno 2).

**2.1.13.** Contrato Adicional No. 2 de 1999 al contrato de compraventa No. 054 de 1998, firmado el 1 de marzo de 1999, por medio del cual se prorrogó el plazo de entrega hasta el 9 de abril de 1999 (folios 52 a 54 cuaderno 2).

**2.1.14.** Contrato Adicional No. 3 de 1999 al contrato de compraventa No. 054 de 1998, por medio del cual se prorrogó el plazo de entrega 45 días a partir del 9 de abril de 1999 (folios 55 a 57 cuaderno 2).

**2.1.15.** Certificado de Modificación de la Póliza de Garantía Única No. 9682931 expedida por Seguros del Estado S.A., el 9 de abril de 1999 (folio 58 cuaderno 2).

**2.1.16.** Contrato Adicional No. 4 de 1999 al contrato de compraventa No. 054 de 1998, por medio del cual se prorrogó el plazo de entrega hasta el 1 de julio de 1999 (folios 59 a 61 cuaderno 2).

**2.1.17.** Contrato Adicional No. 5 de 1999 al contrato de compraventa No. 054 de 1998, por medio del cual se prorrogó el plazo de entrega hasta el 31 de julio de 1999 (folios 62 a 64 cuaderno 2).

**2.1.18.** Certificado de Modificación de la Póliza de Garantía Única No. 9682931 expedida por Seguros del Estado S.A., el 1 de julio de 1999 (folio 65 cuaderno 2).

**2.1.19.** Contrato Adicional No. 6 de 1999 al contrato de compraventa No. 054 de 1998, por medio del cual se prorrogó el plazo de entrega hasta el 15 de agosto de 1999 (folios 66 a 68 cuaderno 2).

**2.1.20.** Certificado de Modificación de la Póliza de Garantía Única No. 9682931 expedida por Seguros del Estado S.A., el 16 de julio de 1999 (folio 69 cuaderno 2).

**2.1.21.** Contrato Adicional No. 7 de 1999 al contrato de compraventa No. 054 de 1998, por medio del cual se prorrogó el plazo de entrega hasta el 11 de agosto de 1999 (folios 70 a 72 cuaderno 2).

### **3. Las pólizas de garantía en los contratos estatales. Evolución normativa y jurisprudencial.**

Dentro de las primeras normas relacionadas con las garantías en los contratos celebrados por la Administración Pública se encuentra la Ley 53 de 1909, en la cual se establecía la exigencia de que las cláusulas penales en los contratos con el Estado estuvieran amparadas por una garantía personal del deudor de la obligación u otorgada por una

tercera persona. A partir de la expedición de la Ley 225 de 1938 las compañías de seguros comenzaron a expedir las denominadas pólizas de seguro de cumplimiento. Sobre esta normativa Jorge Eduardo Narváez Bonnet comenta lo siguiente:

*“En esa misma ley, se dejó en manos de la Contraloría General de la República la facultad para regular algunos aspectos y lo cual ésta entendió como potestad reglamentaria y lo que le sirvió de base para expedir circulares orgánicas y Resoluciones entre ellas 1810 de 1957, 8660 etc. Si bien la Constitución de 1886 decía que la Contraloría General de la República no podía cumplir funciones administrativas distintas de las propias de su propio Gobierno y por ende no podía tener potestad reglamentaria. Sin embargo, en materia de garantías de cumplimiento relativas a contratos celebrados por la administración pública, la Contraloría expidió la resolución 1810 de 1957, donde estableció las condiciones de la póliza matriz de cumplimiento para entidades oficiales del orden nacional, definió los amparos y dio cabida a la subrogación del asegurador, entre otros aspectos.”<sup>11</sup>*

Estas condiciones se mantuvieron vigentes hasta la expedición del Decreto- ley 150 de 1976, que reguló las garantías en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 55. DE LA OBLIGACION DE GARANTIZAR EL CONTRATO. En todo contrato se pactará expresamente la obligación de garantizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista.*

*Cuando en virtud del contrato, se hicieren anticipos al contratista, se estipulará también que este previamente otorgue garantía para responder por el valor de los mismos. Igualmente deberá otorgarse garantía para responder por la estabilidad de la obra o la calidad del servicio, por el pago de los salarios y prestaciones sociales y por el correcto funcionamiento de los equipos que deban suministrarse o instalarse.*

*La cláusula sobre garantías no será obligatoria en los contratos de arrendamiento y empréstito.*

*ARTÍCULO 56. DE LA CONSTITUCION DE LAS GARANTIAS. El hecho de no estipularse la cláusula de garantías no libera al contratista de la obligación de constituir las garantías, ni le impide hacerlo llegado el caso.*

*Si el contratista se niega a constituir las garantías, la entidad respectiva dará por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho la misma deba reconocer o pagar indemnización alguna.*

*ARTÍCULO 57. DE LA CUANTIA Y TÉRMINO DE LAS GARANTIAS. La entidad contratante, de acuerdo con reglamentación de la Contraloría General de la República, determinará la cuantía y el término de las garantías a que se refiere el artículo 55. Este término no podrá ser inferior al de ejecución y liquidación del contrato.*

*ARTÍCULO 58. DE LOS CONTRATOS DE GARANTIA. Las garantías podrán consistir en fianzas de compañías de seguros o de bancos, cuyas pólizas matrices deberán ser aprobadas por la Contraloría General de la República.*

---

<sup>11</sup> Jorge Eduardo Narváez Bonnet, *El seguro de cumplimiento de contrato y obligaciones*, Editorial Ibañez – Universidad Javeriana, 2011, pp. 261.

*Los respectivos contratos de garantía forman parte integrante de aquel que se garantiza.*

*ARTÍCULO 59. DE LA REPOSICION DE LAS GARANTIAS. En las pólizas matrices deberá preverse que el monto de la garantía se responderá cada vez que, en razón de las multas impuestas, el mismo se disminuyere o agotare.”*

Posteriormente, el Decreto–ley 222 de 1983 dispuso que la de garantías era una de las cláusulas que forzosamente debían contener los contratos administrativos (artículo 60) y precisó mencionando en su artículo 67 los ámbitos que debían ser cubiertos, con la salvedad de que *“la cláusula de garantías no será obligatoria en los contratos de empréstito, en los arrendamientos cuando la entidad pública fuere arrendataria y en los interadministrativos”*.<sup>12</sup>

De otro lado, consagró la figura de *“la cláusula presunta de garantías”* en el artículo 68 y ordenó que por el hecho de no estipularse expresamente la cláusula de garantías, el contratista no estaba liberado de la obligación de constituir las pudiendo ser sancionado con la terminación unilateral, sin derecho a indemnización alguna para el contratista, en caso de que éste se negara a constituir las<sup>13</sup>.

Al igual que en el artículo 57 del Decreto-ley 150 de 1976, le confirió a la Contraloría General de la República la competencia para determinar la cuantía y los plazos a los cuales debían sujetarse los amparos de tales pólizas<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Decreto-ley 222 de 1983, artículo 67: *“En todo contrato se pactará expresamente la obligación del contratista de garantizar:*

- a. El cumplimiento del contrato.*
- b. El manejo y buena inversión del anticipo que le fuere entregado caso en el cual la garantía debe constituirse previamente a su entrega.*
- c. La estabilidad de la obra o la calidad del servicio.*
- d. El pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que haya de utilizar para la ejecución del contrato.*
- e. El correcto funcionamiento de los equipos que deba suministrar o instalar.*

*La cláusula sobre garantía no será obligatoria en los contratos de empréstito, en los de arrendamiento cuando la entidad pública fuere arrendataria y en los interadministrativos.”*

<sup>13</sup> Decreto-ley 222 de 1983, artículo 68: *“El hecho de no estipularse la cláusula de garantías no libera al contratista de la obligación de constituir las.*

*Si el contratista se negare a constituir las garantías, la entidad respectiva dará por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho la misma deba reconocer o pagar indemnización alguna.”*

<sup>14</sup> Decreto-ley 222 de 1983, artículo 68: *“La entidad contratante, de acuerdo con reglamentación de la Contraloría General de la República, determinará la cuantía y el término de las garantías a que se refiere el artículo 67. Este término no podrá ser inferior al de ejecución y liquidación del contrato.”*

Finalmente, en el artículo 70 del citado Estatuto de Contratación Administrativa se determinó que los contratos de garantía hacían parte integrante del contrato garantizado y que debían prever la reposición de la suma asegurada, cuando por razón de las multas se disminuyere o agotare<sup>15</sup>.

En el caso de los contratos de seguro a cuya celebración se procede con el objeto de garantizar el cumplimiento de contratos estatales previamente celebrados entre entidades públicas y contratistas particulares, se alega que aquellos no pueden pertenecer a la referida categoría de los contratos estatales, máxime si el criterio determinante de éstos es el subjetivo u orgánico, por la sencilla razón de que en ninguno de los extremos del vínculo contractual se ubica la entidad pública beneficiaria del seguro, puesto que el contrato en cuestión sería celebrado exclusivamente entre dos particulares, esto es entre el contratista particular en su condición de tomador y la respectiva aseguradora, quienes, por tanto, en los términos del artículo 1037<sup>16</sup> del Código de Comercio, son los únicos que pueden considerarse como partes dentro de esa clase de contratos.

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

---

<sup>15</sup> Decreto-Ley 222 de 1983, artículo 70: *“Las garantías podrán consistir en fianzas de bancos o de compañías de seguros cuyas pólizas matrices deberán ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria.*

*Los respectivos contratos de garantía forman Parte integrante de aquel que se garantiza.*

*En las pólizas matrices deberá preverse que el monto de la garantía se repondrá cada vez que, en razón de las multas impuestas, el mismo se disminuyere o agotare.”*

<sup>16</sup> El siguiente es el texto del artículo 1037 del Código de Comercio:

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

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

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

Esa polémica fue zanjada por la jurisprudencia de la Sección Tercera, en cuanto la Corporación concluyó, incluso durante la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, que tales contratos de seguro, celebrados para garantizar el cumplimiento de otros contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, también participaban de la naturaleza propia de los referidos contratos administrativos, de conformidad con las argumentaciones que, por su claridad y contundencia, se transcriben *in extenso* a continuación:

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

*“.....*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*"1. Porque expresamente el artículo 70 del mencionado estatuto contractual, dispuso que los contratos de garantía forman parte integrante de aquél que garantizan, lo que significa que el contrato administrativo y el de seguro otorgado para garantizar su cumplimiento forman un mismo cuerpo jurídico, inescindible como tal porque se violaría la norma que se acaba de mencionar, y el principio de lógica conforme al cual "la causa de la causa es causa de lo causado". De donde fluye que de un mismo todo jurídico sólo se puede predicar una sola naturaleza administrativa, como lo ordenó la ley y resulta inadmisibles por tanto, la interpretación contraria, es decir la que pretende que sea factible afirmar que el contrato administrativo y el de seguro que - por mandato del legislador se le ha*

*incorporado, tienen dos naturalezas legales diferentes que podrían resultar eventualmente contradictorias.*

- “2. Porque los contratos de seguro deben mirarse con la misma postura conceptual con la que se ha diseñado el régimen especial de los contratos administrativos que garantizan, ya que su integración legal tiene como finalidad la de servir a unos mismos intereses generales.*
- “3. Porque el estatuto de los contratos administrativos también reguló a los contratos de seguro que los garantizan, en cuanto el legislador consideró necesario, para darles un carácter especial, no de derecho privado, sino público, según se deduce del examen contextual de los artículos 37, 481 601 677 687 69 y 70 del Decreto 222 de 1983, normas de obligatorio cumplimiento para la administración y para los particulares, quienes no pueden negociar sobre tales aspectos para eludir lo dispuesto en tales mandatos.*
- “4. Porque los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, tan definitorios de la contratación pública, gravitan permanentemente alrededor de los mencionados contratos de seguro, en razón de la incorporación ordenada en el precitado artículo 70 y además por lo ordenado en el artículo 60 de la misma reglamentación legal.*
- “5. Porque la interpretación sistemática del Decreto 222 de 1983, lleva a la conclusión de que la única naturaleza que se conforma con la estructura legal de los citados contratos de seguro, es la de que son administrativos. En efecto:*
  - “a) En esos contratos de seguro no existe, en rigor jurídico, el fenómeno de la objeción del asegurador contra la reclamación del asegurado, pues prima sobre aquél la regulación legal conocida como la vía gubernativa, institución eminentemente administrativa, como que se trata de una "decisión previa", revestida de los privilegios de la ejecutoriedad y de la ejecución oficiosa;*
  - “b) Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro que se le incorpora, el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia; el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración;*
  - “c) El riesgo asegurable lo fija unilateralmente la administración y no es el que voluntariamente quiera amparar el tomador (arts. 48 y 67 del Decreto 222 de 1983);*
  - “d) El plazo del amparo no depende de la libre voluntad del tomador (arts. 48 y 69 del Decreto 222 de 1983);*
  - “e) Se contrata por una cuantía que la administración impone unilateralmente, sobre la que el contratista tampoco puede negociar (arts. 48 y 69 ibídem);*
  - “f) Diversas cláusulas de la póliza son impuestas por la administración, sin que el tomador tenga opción de variarlas, ni discutir las (art. 48 y 70, inciso final cae] Decreto 222 de 1983);*
  - “g) El tomador celebra el contrato de seguro obligatorio, pues el contratista no tiene la opción de negociar con la administración si lo celebra o no (arts. 48, 601 67 y 68 del Decreto 222 de 1983);*

*“h) Ante el silencio de la administración y del contratista, por mandato legal se consideran incorporadas al contrato principal las cláusulas que obligan al contratista a constituir las garantías respectivas (art. 68 del Decreto 222 de 1983);*

*“i) La finalidad de la celebración del contrato de seguro es garantizar las prestaciones del contratista, que emanan de un contrato administrativo, por lo que uno y otro apuntan a un mismo propósito administrativo.*

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

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

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

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

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

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

*“La demanda habla de que el contrato de seguros está impugnado, por nulidad ante los' Jueces civiles, sin que se explique como puede discutirse ante la justicia ordinaria la validez de un contrato administrativo de seguros, celebrado por procedimientos de Derecho Público, con modelo señalado por acto administrativo, con cláusulas unilateralmente impuestas y como accesorio de un contrato administrativo de obra”; (... ..)”<sup>17</sup>.*

Como lo evidencia la transcripción que acaba de realizarse, la conclusión que en su momento adoptó la Sala para efectos de determinar que la naturaleza jurídica de los contratos de seguros que se celebraban para garantizar el cumplimiento de contratos administrativos también era administrativa, es una conclusión que encuentra fundamento en muchas, muy importantes y muy sólidas razones de orden jurídico, sin que pueda sostenerse entonces, en modo alguno, que el único o fundamental motivo que le hubiere servido de soporte era la existencia del artículo 70 del Decreto-ley 222 de 1983, mediante el cual se disponía que “[l]os respectivos contratos de garantía forman parte integrante del aquel que se garantiza”, por manera que la sola derogatoria de esa disposición legal, que evidentemente se invocó como uno más de los diversos argumentos sobre los cuales se edificó la tesis expuesta, no tiene la virtualidad suficiente para dejarla sin piso y mucho menos para tener que variarla.

### **3.1. La Garantía Única de Cumplimiento en la Ley 80 de 1993.**

El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 estableció la exigencia para el contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales mediante una póliza única que contemplara los distintos amparos. El término de vigencia debía comprender tanto el período del contrato como el de su liquidación y previó que las garantías podían consistir en pólizas expedidas por aseguradoras o garantías bancarias. Así mismo, se contempló la necesidad de que las propuestas estuvieran amparadas por garantías de seriedad:

***“ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio:*

*(...)*

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

---

<sup>17</sup> 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.

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

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

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

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

Mediante el Decreto 679 de 1994 se reglamentó dicha Garantía Única de Cumplimiento a propósito de lo cual se señaló como su objeto “*respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía.*” (artículo 16).

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

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

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

**B.-** Porque el estatuto de contratación estatal también se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, de lo cual se deduce que los mismos se encuentran sometidos a las disposiciones contenidas en el estatuto de contratación estatal, normatividad especial que, al menos, da lugar a la configuración de un régimen legal de carácter mixto que en modo alguno puede tildarse como integrado exclusivamente por normas de derecho privado, tal como lo reflejan el contenido del numeral 4<sup>18</sup> del artículo 5, el inciso final del artículo 18<sup>19</sup>, el numeral 19<sup>20</sup> del artículo

---

<sup>18</sup> Según el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 80:

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

*“.....*

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

<sup>19</sup> El tenor literal del inciso final del artículo 18 de la Ley 80 es el siguiente:

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

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

<sup>20</sup> El siguiente es el texto del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80:

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

*“.....*

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

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

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

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

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

25, el inciso 2 del artículo 41<sup>21</sup> y el inciso final del artículo 60<sup>22</sup>, todas esas disposiciones de la Ley 80, normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades estatales contratantes como para los contratistas particulares, quienes no podrán negociar sobre su contenido ni eludir su observancia.

A lo anterior se agrega la consideración, no menos significativa, de que la regulación especial e imperativa, de orden público y de derecho público, que la Ley 80 consagra en su artículo 25-19 en relación con los aspectos básicos de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, forma parte esencial del principio de economía<sup>23</sup>, el cual, a su turno, según los dictados de los artículos 1, 3, 23 y 25 del mismo estatuto de contratación estatal, es uno de los principios rectores que orientan e inspiran los *contratos estatales*, de lo cual fluye con claridad la integración e inescindibilidad que, por previsión legal, cabe predicar entre el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento y el contrato estatal garantizado.

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

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

---

<sup>21</sup> Según el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80: “*Para la ejecución [de los contratos del Estado] se requerirá de la aprobación de la garantía ...*”.

<sup>22</sup> A continuación se transcribe el texto del inciso final del artículo 60 de la Ley 80:

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

<sup>23</sup> Como ya se indicó, el transcrito numeral 19 forma parte del artículo 25 de la Ley 80 mediante el cual se consagra y desarrolla, precisamente, el “... *PRINCIPIO DE ECONOMIA*”.

**a).-** En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; de ello se infiere, necesariamente, que en estos contratos especiales de seguros tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado o al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro, a la aseguradora, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer (artículo 1075 C. de Co.), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal<sup>24</sup>.

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

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

Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio, según la cual el sólo aspecto fáctico acerca de la realización del riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, resultará suficiente para la

---

<sup>24</sup> Al respecto se pueden consultar las precisiones efectuadas en la sentencia de mayo 3 de 2001, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Expediente No. 12724. Actor Compañía Aseguradora de Fianzas y Pinski.

configuración del siniestro; ello sin perjuicio de añadir para estos casos, como lo ha precisado la Jurisprudencia, que en cuanto esta clase de seguros de cumplimiento tienen un propósito eminentemente indemnizatorio (artículo 1089 C. de Co.), para que resulten viables las pretensiones del asegurado y se concrete la obligación a cargo de la compañía aseguradora, será necesario, en los términos del artículo 1077 del estatuto mercantil, que el asegurado, además del incumplimiento del contratista afianzado (siniestro), demuestre también los perjuicios que tal incumplimiento le hubiere ocasionado (cuantía de la pérdida)<sup>25</sup>.

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

---

<sup>25</sup> Así lo precisó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de julio 22 de 1999, expediente No. 5065, con ponencia del Magistrado Nicolás Bechara Simancas:

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

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

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

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

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

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

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

Si una de las principales razones que a lo largo del tiempo han justificado la existencia misma de la clasificación de los contratos estatales y su sometimiento a un régimen legal especial –por lo general mixto o de derecho público-, radica en el hecho de que los contratos del Estado apuntan a la satisfacción del interés general y constituyen una herramienta eficiente e idónea para asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales –a diferencia de lo que ocurre con los contratos celebrados entre particulares, los cuales, en principio y sin perjuicio de la función social que le corresponde a la propiedad privada<sup>26</sup>, encuentran como móvil fundamental la consecución de fines puramente individuales y por ello están sometidos en su totalidad a las normas del derecho privado–, al momento de definir la naturaleza jurídica de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, no puede pasar inadvertido el hecho de que esos contratos también participen del mismo fin, consistente en asegurar la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales.

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

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

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

---

<sup>26</sup> Según los dictados del inciso 2 del artículo 58 de la Carta Política: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

*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>27</sup>.*

### **3.2. La reglamentación de la Garantía Única, desde la Ley 1150 de 2007.**

Siguiendo los derroteros señalados en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 pretendió mejorar el marco normativo propio de la contratación estatal, efectuando un mayor énfasis en lo que se refiere a la distribución o asignación de riesgos entre los extremos de la relación contractual. En este sentido, se reiteró la obligación del contratista de prestar o constituir garantía respecto de sus obligaciones contractuales y en el artículo 7<sup>28</sup> se le confirió la facultad al Gobierno Nacional para reglamentar el régimen de

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 19929. Auto de noviembre 20 de 2003. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>28</sup> Ley 1150 de 2007, artículo 7: *“De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.*

*Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.*

*El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.*

*El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.*

garantías, lo cual se efectuó inicialmente mediante los Decretos 4828 de 2008, 931 y 2493 de 2009. El Decreto 734 de 2012, actualmente vigente, recogió el contenido de los decretos anteriores y agregó algunas modificaciones.

En general, entre las diferencias más importantes que se registran entre la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, se destaca, en primer lugar, que mientras en la Ley 80 las garantías podían constituirse a través de pólizas de seguros o de garantías bancarias, en la Ley 1150 se adicionaron otros mecanismos de cobertura del riesgo<sup>29</sup>. En segundo lugar, en la norma de 1993 la regla general consistía en exigir las garantías para todo tipo de contratos, mientras que en la normativa de 2007 se establece que no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos, de seguros y en los contratos con un valor inferior al 10% de la menor cuantía<sup>30</sup>.

---

*Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.”*

<sup>29</sup> Decreto 734 de 2012, **artículo 5.1.3.:** “**Clases de garantías.** En los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar únicamente, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías:

1. Póliza de seguros.
2. Fiducia mercantil en garantía.
3. Garantía bancaria a primer requerimiento.
4. Endoso en garantía de títulos valores.
5. Depósito de dinero en garantía.

*Lo anterior, sin perjuicio de que la responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas sólo puede ser amparada mediante póliza de seguro.*

*El monto, vigencia y amparos o coberturas de las garantías se determinarán teniendo en cuenta el objeto, la naturaleza y las características de cada contrato, los riesgos que se deban cubrir y las reglas del presente decreto.*

*En los procesos de contratación, las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia podrán otorgar, como garantías, cartas de crédito stand by expedidas en el exterior.”*

<sup>30</sup> Decreto 734 de 2012, **artículo 5.1.8.:** “**Excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura del riesgo.** Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro, y en los contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual se aplicarán las reglas previstas para la mínima cuantía.

*La entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de seriedad de la oferta para participar en procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes, en procesos de subasta inversa para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como en los concursos de mérito en los que se exige la presentación de una propuesta técnica simplificada.*

*La entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de cumplimiento para los contratos celebrados bajo la modalidad de contratación directa salvo que en el estudio previo correspondiente se establezca la conveniencia de exigirla atendiendo la naturaleza y cuantía del contrato respectivo.”*

#### 4. El caso concreto.

En congruencia con los argumentos planteados en la apelación, la Sala estudiará los siguientes puntos: **i)** la motivación de los actos administrativos demandados; **ii)** la declaratoria de incumplimiento como requisito previo para declarar el siniestro; y **iii)** la cuantía del amparo de mantenimiento correctivo y preventivo.

4.1. Los actos administrativos demandados. Se demanda la nulidad de la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, por medio de la cual la Directora Ejecutiva de Administración Judicial declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 054 de 1998 celebrado con la sociedad HITECH LTDA., y ordenó hacer exigible una póliza. La motivación del mencionado acto administrativo es la siguiente (folios 7 a 9 cuaderno 2):

*“1. Que el 16 de octubre de 1998 se suscribió, entre la NACIÓN – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y la Sociedad HITECH LTDA., el Contrato No. 054 de 1998, mediante el cual, la firma Contratista se comprometió a entregar las redes de cableado estructurado (lógico, físico y eléctrico), así como su instalación, conectividad, puesta en funcionamiento, capacitación y los servicios de soporte técnico, con destino a los Edificios Nemqueteba, Convida, Paloquemao, Cra. 10 con Calle 14 y Tribunal Superior de Cundinamarca, de conformidad con la propuesta presentada y con las especificaciones técnicas establecidas por el Consejo Superior en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 03 de 1998.*

*2. Que de conformidad con lo pactado en los literales C, E y G de la Cláusula Novena del Contrato 054 de 1998, el Contratista se comprometió a constituir Garantía Única a favor de la Nación – Consejo Superior de la Judicatura, para amparar en su orden: la Calidad de los Bienes, en cuantía del 20% del valor del Contrato, con una vigencia para los elementos activos de la red, de tres (3) años y para los elementos pasivos, de cinco (5) años, contados a partir del Acta de Recibo; El Correcto Funcionamiento de los Equipos, en cuantía del 10% del valor del Contrato, vigente por tres (3) años para los elementos activos y cinco (5) años para los elementos pasivos, contados a partir del Acta de Recibo; y, la Calidad y Cumplimiento del Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de los Equipos; en cuantía del 10% del valor del contrato, con una vigencia para los elementos activos de la red de tres (3) años y para los elementos pasivos, de cinco (5) años, contados a partir del Acta de Recibo.*

*3. Que, en cumplimiento de lo anterior, la firma Hitech Ltda., constituyó con la Compañía de Seguros del Estado S.A., Póliza No. 9682931, a favor de la Nación Consejo Superior de la Judicatura, cuya última actualización fue autorizada por la Compañía de Seguros del Estado S.A., mediante Certificado de Modificación No. 183650.*

*4. Que los bienes del contrato 054 de 1998 ingresaron al Almacén de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, mediante orden de ingreso No. 029 del 29 de febrero de 2000.*

*5. Que, mediante Oficios Nos. 012573 del 26 de mayo del 2000, 016139 del 29 de junio del 2000, 20441 del 16 de agosto del 2000 y 29837 del 21 de noviembre del 2000, la Entidad formuló requerimiento al contratista para que de conformidad con lo pactado en el numeral 18 de la Cláusula Segunda del*

*Contrato, cumpliera con la obligación de prestar el mantenimiento preventivo y correctivo de los elementos suministrados.*

*6. Que, por Oficio 2768 del 7 de febrero de 2001, el Director de la Unidad de Informática comunica a la Unidad de Asistencia Legal que "la firma Hitech Ltda., no ha dado cumplimiento a las obligaciones contractuales "Mantenimiento preventivo y correctivo", los cuales fueron solicitados de los elementos suministrados por esta Unidad mediante oficios Nos. 012573 del 26 de mayo de 2000, No. 016139 del 29 de junio del 2000 y No. 29837 del 21 de noviembre de 2000 ... Por lo anterior me permito solicitarle tomar las medidas de índole legal a que haya lugar."*

*8. (sic) Que, la falta de prestación del servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, para las redes suministradas por la firma Hitech Ltda., en la forma pactada en el numeral 18 de la Cláusula Segunda del Contrato No. 054 de 1998 ha entorpecido el normal funcionamiento de las redes de los Despachos Judiciales e irrogado perjuicio a la Entidad, al obstaculizar el cabal cumplimiento de las funciones a cargo del Consejo Superior de la Judicatura.*

*En virtud de lo expuesto,*

### **RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar el siniestro de incumplimiento de la obligación** consignada en el numeral 18 de la Cláusula Segunda del Contrato No. 054 de 1998, consistente en la prestación el mantenimiento preventivo y correctivo de las redes suministradas por la firma Hitech Ltda.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Ordénase hacer efectiva ante la Compañía de Seguros del Estado S.A., la Póliza No. 9682931, en el amparo de mantenimiento preventivo y correctivo de las redes suministradas, en cuantía de \$ 44'934.422.10, equivalente al 10% del valor del Contrato 054 de 1998.

**ARTÍCULO TERCERO.- La presente resolución deberá notificarse a la firma Hitech Ltda., y a la Compañía de Seguros del Estado S.A., en los términos que establece el Código Contencioso Administrativo.**

**ARTÍCULO CUARTO.-** El presente acto administrativo rige a partir de su fecha de expedición y contra él procede el Recurso de Reposición, interpuesto por escrito, en la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco (5) siguientes al acto de notificación o de su publicación, de conformidad con el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo." (se ha subrayado y destacado)

De acuerdo con los documentos aportados como prueba, encuentra la Sala que mediante oficio LCT-329-4027 del 22 de febrero de 2001 la Rama Judicial citó a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A., para efectuar la notificación personal de la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, con constancia de recibido por la entidad aseguradora (folios 14 cuaderno 2). Así mismo, se encuentra el edicto emplazatorio que se fijó entre el 26 de febrero y el 13 de marzo de 2001, con el fin de notificar la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001 (folio 15 cuaderno 2).

Con posterioridad a la ejecutoria de la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, la sociedad demandante presentó una solicitud de revocatoria directa, la cual fue resuelta mediante la Resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2001, en los siguientes términos (folios 19 a 24 cuaderno 2):

*“(...) la Compañía Aseguradora, se comprometió a reconocer a la Nación Consejo Superior de la Judicatura, en virtud de la Póliza No. 9682931, en el evento de incumplimiento de la obligación de prestar el mantenimiento preventivo por parte de la firma Hitech Ltda., las sumas anotadas y, dentro de las vigencias indicadas.*

*El incumplimiento del contratista a su obligación de prestar el mantenimiento preventivo y correctivo, ha generado perjuicio a la Entidad, reflejado por el deterioro y daño que han sufrido los equipos de su propiedad, a los cuales se ha dejado de prestar este servicio, lo cual implica desmedro patrimonial en contra de la Nación – Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que no puede contratar doblemente un servicio ya contratado y que tampoco dispone de los recursos para hacerlo.*

*(...)*

*El argumento presentado por la peticionaria, que aduce errónea motivación en cuanto a la efectividad de la Póliza de cumplimiento, indicando que “con la garantía de cumplimiento las entidades contratantes se precaven contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista, de las obligaciones emanadas del contrato garantizado, **COMPRENDIENDO LAS MULTAS Y EL VALOR DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**”, (Subrayado y resaltado del texto) carece de fundamento, por cuanto no se pacta en el Contrato 054 de 1998 que los valores de las multas y de la Cláusula Penal están incluidos en la cuantía del amparo de Calidad y Cumplimiento del Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo. Además, quedó demostrado que la Entidad en varias ocasiones, solicitó al Contratista el cumplimiento de la obligación de prestar el mantenimiento preventivo y correctivo.*

*No resulta procedente atender la solicitud de compensación pedida en forma subsidiaria por la doctora Rodríguez de Villamil, apoderada de la Aseguradora, por cuanto los dineros adeudados por la Nación – Consejo Superior de la Judicatura a la Sociedad Hitech Ltda., derivados de la ejecución del Contrato 054 de 1998, fueron cancelados a la firma contratista en su totalidad.*

*Finalmente, debe aclararse y corregirse en la Resolución 1586 de 2001 impugnada, el error de transcripción en el valor del 10% del monto del contrato, el cual fue determinado en la suma de \$ 44'934.422.10 y la cifra correcta es de \$ 49'934.422.10; inconsistencia que debe corregirse, con fundamento en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.*

**De conformidad con lo expuesto,**

#### **RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Denegar la solicitud de revocatoria directa interpuesta por la Compañía de Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución 1586 del 15 de febrero de 2001, acto administrativo que con excepción de la cuantía indicada en su artículo segundo, se confirma, en todas sus partes.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** *Precisar que la suma correspondiente al diez por ciento (10%) del valor del Contrato No. 054 de 1998 indicada en el artículo segundo de la Resolución 1586 del 15 de febrero de 2001, corresponde a \$ 49'934.422.10 y no como allí se indica.*

**ARTÍCULO TERCERO.-** *Notificar la presente Resolución en los términos del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, al representante legal de la firma contratista y a la doctora Constanza Rodríguez de Villamil, apoderada de la Compañía de Seguros del Estado S.A., de conformidad con el poder otorgado por el representante legal de la misma, debidamente aportado a la Entidad con la solicitud de revocatoria interpuesta por la Aseguradora.”*

4.2. Sobre la necesidad de declarar el incumplimiento del contrato previamente al siniestro. Consideró la sociedad demandante que los actos administrativos se encuentran viciados por falsa motivación puesto que la entidad demandada no ha demostrado la ocurrencia del siniestro de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código del Comercio. En su criterio, falta el acto administrativo previo que declare el incumplimiento por motivos imputables al contratista.

Para la Sala este planteamiento no resulta de recibo puesto que reiteradamente la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo que reconoce o declara la ocurrencia del riesgo es **CONSTITUTIVO** del siniestro. Así, por ejemplo, se sostuvo en la sentencia de diciembre 11 de 2002, expediente No. 22.511:

*“Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador **se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme y se le haya dado a conocer.***

(...)

*Ese acto administrativo **es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado (hecho).**” (Las negrillas y subrayas no corresponden al texto original).*

Esa precisión relacionada con el hecho de que el acto administrativo que declara la ocurrencia del riesgo asegurado en realidad es **constitutivo del siniestro** y no simplemente declarativo del mismo ya había sido formulada en anteriores oportunidades por la Jurisprudencia de la propia Sección Tercera del Consejo de Estado, tal como lo refleja el fallo de mayo 24 de 2001, expediente No. 13.598, en el cual se sostuvo:

**“1. La regulación de las garantías del contrato estatal.**

“.....

*Es cierto que el contrato indicaba cada uno de los riesgos que debían ampararse, la cuantía y vigencia de la póliza y los eventos en que debía reponerse y modificarse y expresamente no señaló qué procedimiento seguiría*

la entidad contratante en el evento que el riesgo ocurriera; sin embargo, no había necesidad de definir ningún procedimiento como más adelante se concluirá.

El formato de condiciones generales de la póliza No. 9348596 de la compañía Seguros del Estado (fl. 66), **tal como lo siguen insertando las pólizas que expiden las compañías de seguros para garantizar las obligaciones del contratista particular frente a la administración**, sí señaló en la estipulación CUARTA lo siguiente:

“Se entiende causado el siniestro:

**Cuando quede debidamente ejecutoriada la Resolución Administrativa que declare la realización del riesgo que ampara la presente póliza, por causas imputables al contratista, cuando tal Resolución haya sido notificada oportuna y debidamente a SEGURESTADO”.**

El decreto ley 222 de 1983 en lo referente a las garantías que debían acompañar al contrato administrativo para garantizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, estableció en los artículos 25, Lit.d, 48, 58, 60, 67 a 70 su estipulación forzosa y su constitución como requisito para el perfeccionamiento, los tipos de riesgos que se hacía obligatorio cubrir (cumplimiento del contrato, el manejo y buena inversión del anticipo, la estabilidad de la obra o calidad del servicio, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal; el correcto funcionamiento de los equipos a suministrar o instalar) y dejó en manos de la Contraloría General de la República la reglamentación de las mismas (art. 69), la cual fue adoptada por medio de la resolución 10500 de 5 de marzo de 1984.

**Dicha reglamentación señalaba que se entendía causado el siniestro “con la ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se declare la ocurrencia del riesgo que cubre el seguro”** (art. 2º, estipulación sexta, ord. 3º); previsión igual a la ya citada cláusula de las condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades oficiales que expidió la aseguradora.

Las garantías en los contratos estatales a lo largo de los diferentes estatutos que han regido la materia, han tenido la connotación de ser obligatorias, toda vez que las debe otorgar todo particular que contrate con la administración pública para asegurar su ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público. Así que cualquiera que sea la legislación que se consulte, vale decir, el decreto ley 150 de 1976, el decreto ley 1670 de 1975 como la Ley 225 de 1938, todas exigían que se aseguraran las obligaciones derivadas de los contratos celebrados con la administración pública.<sup>31</sup>

De lo anterior se concluye que es la ley la que impone la exigencia al contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal y de ahí que sea obligatorio insertar la cláusula de garantías en los mismos<sup>32</sup>, lo cual no tiene ninguna discusión.

---

<sup>31</sup> Nota original del fallo transcrito: “Por su parte la ley 80 de 1993 contempla la denominada garantía única, entendida como aquella que debe prestar el contratista para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato (art. 25 Nal. 19), cuyos riesgos están reglamentados en el decreto 679 de 1994”.

<sup>32</sup> Nota original del fallo transcrito: “El artículo 68 del decreto-ley 222 de 1983 hacía de las garantías una cláusula presunta en tanto la falta de estipulación no liberaba al contratista de la obligación de constituir las”.

***Tampoco es discutible que la reglamentación del organismo fiscalizador, el cual para entonces era el competente para fijar las reglas en la materia de los seguros para las entidades estatales, señalaba que la entidad pública debía declarar el siniestro a través de la expedición de un acto administrativo. Igual previsión contenía la póliza, ya que las condiciones generales establecían igual exigencia; vieja práctica que hoy conservan las condiciones generales de la garantía única que expiden las aseguradoras en cumplimiento de la ley 80 de 1993***<sup>33</sup>. (Las negrillas no pertenecen al texto original).

Igualmente se encuentran importantes pronunciamientos jurisprudenciales que desde el año de 1998 ya habían definido con claridad que la configuración del siniestro no dependía exclusivamente de la ocurrencia meramente fáctica de los hechos o riesgos asegurados, sino que, para la constitución del mismo, resulta indispensable la expedición del correspondiente acto administrativo:

***“b) Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro que se le incorpora, el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia; el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración”***<sup>34</sup>. (Se ha resaltado). .

Y es que esa postura jurisprudencial, no responde a una simple creación Jurisprudencial del Consejo de Estado, sino que se limita a cumplir, a acatar y a reflejar los dictados de la ley, los cuales, sin lugar a la menor hesitación, de manera expresa y precisa definen en la actualidad que el acto administrativo que declare la ocurrencia del riesgo es **constitutivo** del respectivo siniestro. Especialmente demostrativo de lo anterior resulta el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 expedida en el año de 1993:

*“La declaratoria de caducidad será **constitutiva** del siniestro de incumplimiento”*. (Se ha destacado y subrayado).

En este orden de ideas, encuentra la Sala que la entidad pública demandada al proferir la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001, cumplió con el requisito exigido por la Ley 80 de 1993 de *constituir* el siniestro de incumplimiento en lo que se refería al amparo de mantenimiento preventivo y correctivo de las redes suministradas, sin que hubiere necesidad de efectuar pronunciamiento previo alguno, como lo reclamó el recurrente.

**4.3. Sobre la cuantía del amparo de mantenimiento correctivo y preventivo.** Considera la parte actora que los actos demandados vulneraron el artículo 1079 del Código de Comercio pues la Administración Judicial lo que pretende hacer efectivo es el amparo de

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 24 de 2001. Radicación número 25000-23-26-000-1994-0296-01 (13598). Magistrado Ponente, doctor Ricardo Hoyos Duque.

<sup>34</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de marzo 9 de 1998. Expediente número 4913 (180). Magistrado Ponente, doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.

**mantenimiento correctivo y preventivo** sin tener en cuenta el anexo a la póliza. A su juicio lo afectado no es el amparo de cumplimiento, sino otros amparos, para lo cual debe tener en cuenta lo pertinente y las cuantías consignadas en el anexo 2 de la póliza, que obra en el expediente. En el alegato de conclusión quedó claramente señalado este aspecto.

Pues bien, como lo expuso la Sala en vigencia del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 16 del Decreto 679 de 1994 definió que el objeto de la Garantía Única es “*respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía*”. En concordancia con lo anterior, el artículo 17 del mencionado decreto reglamentario preceptuó cuáles eran los riesgos amparados en la Garantía Única:

*“**Artículo 17°.** De los riesgos que debe cobijar la garantía única. La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas.*

*Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, **correcto funcionamiento de los equipos**, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.*

*La garantía de salarios y prestaciones sociales del personal que el contratista emplee en el país para la ejecución del contrato se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los cuales de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.” (Subraya la Sala)*

En este orden de ideas, no advierte la Sala en los actos administrativos la ocurrencia de equívoco alguno, comoquiera que la parte motiva de la Resolución No. 1586 del 15 de febrero de 2001 no deja duda de que, el evento de incumplimiento de la obligación contraída por parte de la sociedad Hitech Ltda., fue el de prestar el mantenimiento preventivo y correctivo. En cuanto a la modificación del monto asegurado mediante la Resolución No. 2313 del 9 de mayo de 2001, coincide la Sala con el Tribunal *a quo* en que se trató de la corrección de un error aritmético que de manera alguna afectó el

porcentaje asegurado del 10% respecto del valor total del contrato que era de CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$499'344.221.00)<sup>35</sup>.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

## **5. Condena en costas**

Habida consideración de que para el momento en que se dicta este fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el veintiuno (21) de abril de dos mil cuatro (2004), por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas.

**TERCERO.-** En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÀN ANDRADE RINCÓN**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

---

<sup>35</sup> Cláusula cuarta del contrato, folios 38 y 39 cuaderno 2.

