

**ACTO SEPARABLE DEL CONTRATO - Evolución legal y jurisprudencial / ACTO CONTRACTUAL - Evolución legal y jurisprudencial / ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Noción. Interpretación / ACTO CONTRACTUAL - Actividad contractual. Control de legalidad / ACTO ADMINISTRATIVO CON OCASION DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Acción procedente / ACTO QUE DECLARA SINIESTRO - Naturaleza. Acción contractual**

Como se observa, el Decreto 01 de 1984, estableció un régimen distinto para impugnar los actos separables del contrato y los actos contractuales propiamente dichos, así, expresamente dispuso que los primeros serían impugnables, no mediante la acción contractual, sino por medio de "las otras acciones" que necesariamente corresponden a las mismas que establece la ley para controlar los actos administrativos en general, es decir, las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, consagradas en los artículos 84 y 85 del referido Decreto, mientras que los segundos, es decir, los actos contractuales serían enjuiciables mediante la acción contractual prevista en el artículo 87, ibídem. La norma en comento igualmente precisó que los actos separables del contrato serían impugnables por vía judicial "una vez terminado o liquidado el contrato", con excepción del acto de adjudicación, que a pesar de serlo, podía ser impugnado según las reglas generales, es decir, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su notificación, en los términos del artículo 136 del citado Decreto. No obstante la modificación de que fue objeto el Código Contencioso Administrativo, mediante el Decreto 2304 de 1989, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, mantuvo la misma postura en torno a los actos separables del contrato. En la providencia del 1º de marzo de 1994, expediente 9118, antes citada, la Sala precisó que la actividad contractual a que hace referencia el artículo 77 del Estatuto Contractual, comprendía la totalidad de las actuaciones administrativas que giraban en torno al contrato estatal, bien se tratara de actos previos, concomitantes o posteriores a su celebración y ejecución. Posteriormente la jurisprudencia de la Sala en un nuevo lineamiento precisó que el concepto y alcance de la actividad contractual, debía interpretarse en forma restrictiva y que tan solo comprendía los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato; así mismo, hizo una clara distinción entre el régimen de los actos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato y aquel que gobierna los actos proferidos posteriormente, al respecto precisó que los primeros podían ser impugnados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que los segundos solo serían enjuiciables mediante la acción relativa a controversias contractuales. La Ley 446 de 1998, acogió el criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado en cuanto al alcance del concepto de actividad contractual y definió, que los actos previos a la celebración del contrato podían ser demandados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, en un plazo perentorio de 30 días, pero que una vez celebrado el contrato solo podían impugnarse mediante la acción contractual y como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Si se examina la finalidad del acto administrativo impugnado, se observa que con su expedición se pretende hacer efectiva la garantía constituida para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la calidad del servicio prestado y el buen funcionamiento de los equipos, objeto del contrato de mantenimiento celebrado y de esta manera obtener el resarcimiento de los perjuicios causados a la Administración, en protección del patrimonio público, el cual se vio afectado por no contar con los equipos y maquinaria objeto del contrato en perfectas condiciones de funcionamiento, hecho que también incidió negativamente en el cumplimiento de los cometidos estatales buscados con la contratación, que no son otros que el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Con esto se evidencia que el acto administrativo expedido se encuentra directamente vinculado al contrato y su

existencia se justifica en la existencia misma del negocio jurídico celebrado, lo cual confirma, sin lugar a duda, que dicho acto es de naturaleza contractual así haya sido expedido después de la terminación del contrato. En relación con los actos expedidos por la Administración, después de terminado el contrato, concretamente sobre aquellos mediante los cuales se declara el siniestro para que el contratista responda por vicios y defectos de la obra o por la calidad del servicio prestado, la jurisprudencia de la Sala, ha precisado que dichos actos participan de la naturaleza de actos contractuales por ser expedidos como consecuencia de la ejecución del contrato. Con apoyo en los razonamientos expuestos y en los lineamientos jurisprudenciales de la Sala, se impone concluir que los actos impugnados, mediante los cuales se declaró el siniestro de mala calidad del servicio de reparación de los equipos y se ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba la calidad y el correcto funcionamiento de los mismos, son actos contractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato. De otra parte, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, norma vigente al momento de incoar la acción contractual, los actos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son controlables por vía administrativa mediante el recurso de reposición y judicialmente a través del ejercicio de la acción contractual, quiere decir que los actos administrativos expedidos por la Administración, después de la terminación del contrato, como lo es el acto mediante el cual se declara el siniestro en un contrato estatal, serán enjuiciables mediante el ejercicio de la acción contractual.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre los actos separables del contrato, sentencias CE, S3, Rad. 5604, 1990/02/07, MP. Carlos Betancur Jaramillo; Rad. 9118, 1994/03/10, MP. Juan de Dios Montes Hernández; Rad. 13945, 1997/08/06 y 1997/09/18, MP. Ricardo Hoyos Duque.

**ACTO ADMINISTRATIVO CON OCASION DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Caducidad de la acción / ACTO QUE DECLARA SINIESTRO - Acción contractual. Caducidad / CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL - Acto administrativo que declara siniestro. Conteo / GARANTIA DE CUMPLIMIENTO - Naturaleza**

Cuando se trata de la impugnación judicial de un acto administrativo de naturaleza contractual mediante el cual la Administración declara un siniestro con el fin de hacer efectiva la garantía constituida por el contratista ante una compañía de seguros, (mediante la celebración del contrato accesorio de seguro), es posible plantear distintas hipótesis en relación con la fecha a partir de la cual debe contabilizarse el término para la caducidad de la acción contractual, si se tiene en cuenta que la garantía de cumplimiento y los amparos que ella contiene, constituye una especie del seguro de daño y que algunas de estas pólizas pueden hacerse efectivas durante la ejecución del contrato estatal mientras que otras tan solo lo son, después de terminado o liquidado el respectivo contrato. A continuación se esbozan algunas de estas hipótesis: 1) Cuando la póliza puede hacerse efectiva durante la ejecución del contrato. En esta primera hipótesis la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declara el siniestro no tiene relevancia para efecto de la contabilización del término de caducidad de la acción contractual, puesto que es la fecha de liquidación o terminación del contrato, en cada caso, la determinante para este efecto. 2) Cuando la póliza solo puede hacerse efectiva después de la terminación o liquidación del contrato. En esta hipótesis prima la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declaró el siniestro, para efecto de la contabilización del término de caducidad de la acción.

Amén de lo anterior, cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto. Agrega en esta oportunidad la Sala que a la misma conclusión se llega, si se tiene en cuenta que la caducidad de la acción contractual es de dos años, término máximo del que dispondría la entidad contratante para pretender judicialmente el incumplimiento del contrato de seguro en el evento de acaecimiento del siniestro y, dado que la ley le otorga el privilegio o potestad de hacer efectivo dicho incumplimiento de manera unilateral mediante la declaratoria de ocurrencia del siniestro, tal facultad no podrá exceder del término antes señalado.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, sentencias, CSJ, Sala de Casación Civil, Rad. 5360, 2000/05/03, MP. Nicolás Bechara Simancas y CE, S1, Rad. 7840, 2005/10/06, MP. Camilo Arciniegas Andrade.

**CONTRATO ESTATAL - Cláusula de garantía / GARANTIA DE CUMPLIMIENTO - Naturaleza / CONTRATO ESTATAL- Vigencia de la garantía de cumplimiento / SEGURO DE CUMPLIMIENTO - Naturaleza**

En cumplimiento de las disposiciones legales, los contratos celebrados por las entidades estatales, salvo las excepciones previstas en la norma, deberán contener obligatoriamente una cláusula de garantía con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, es decir, que su inclusión en el contrato es imperativa y no está determinada por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares cuya estipulación tiene carácter dispositivo. El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración. La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía de seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido. En este orden de ideas, si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario

cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha sostenido que los seguros de cumplimiento constituyen una especie de los seguros de daños. De estos lineamientos jurisprudenciales, mediante los cuales se precisa el contenido y alcance del artículo 1088 del Código de Comercio, claramente se colige lo siguiente: i) la garantía de cumplimiento de los contratos estatales es una especie del seguro de daños; ii) dada la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños no basta que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor el cual debe ser resarcido; iii) el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente es el que corresponde al valor asegurado, sino aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; iv) el valor a indemnizar, no puede ser mayor a la suma asegurada mediante la póliza de garantía.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, sentencias CSJ, Sala de Casación Civil, Rad. 6140, 2000/09/21, MP. Silvio Fernando Trejos Bueno y Rad. 00191, 2006/07/24, MP. Carlos Ignacio Jaramillo.

**ACTO QUE DECLARA SINIESTRO - Contenido / ACTO QUE DECLARA SINIESTRO - Competencia / ACTO QUE DECLARA SINIESTRO - Alcances. Declarar el siniestro cuantificar el perjuicio y hacer efectivas las garantías / GARANTIA DE CALIDAD - Naturaleza / GARANTIA DE CORRECTO FUNCIONAMIENTO - Naturaleza**

La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual. En relación con las prerrogativas que posee la Administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador, toda vez que tal reclamación se suple a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantías sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente. Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que

presta mérito ejecutivo. Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial. Cabe precisar que la calidad y el correcto funcionamiento son dos amparos autónomos pues cubren dos tipos de riesgos diferentes: i) la calidad, cubre al asegurado contra el riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista en lo pertinente a las especificaciones y requisitos mínimos pactados en el contrato, y, ii) el correcto funcionamiento protege al asegurado por los perjuicios que puede sufrir por el deficiente funcionamiento de los bienes o equipos que le han suministrado, instalado o reparado. Tales riesgos bien pueden estar cubiertos con el mismo amparo, pues la complementación que se da entre ellos es estrecha, toda vez que en la medida en que la calidad del servicio - reparaciones de equipos o maquinaria-, haya sido satisfactoria, o los elementos -equipos y maquinaria- suministrados sean de buena calidad, ello incidirá de manera directa en su correcto funcionamiento.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D. C., veintidós (22) abril de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)**

**Actor: SEGUROS GENERALES AURORA S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA**

**Referencia: ACCION CONTRACTUAL**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 28 de octubre 1997, mediante la cual se tomaron las siguientes decisiones:

*“1.- Declárase nula la Resolución No. 2764 de 8 de octubre de 1993 por la que el Gobernador del Cauca declaró ocurrido el siniestro amparado mediante la póliza No. 39436 expedida por Seguros Generales Aurora S.A., para afianzar a la firma ROGAL TRADE LTDA. Y ordenó hacer efectiva la totalidad del valor asegurado.*”

2.- *Declárase nula la Resolución No. 3568 de 22 de diciembre de 1993 por la que, al resolver el recurso de reposición contra la resolución anterior, el Gobernador del Cauca la confirmó.*

3.- *Exonérase a la empresa demandante del pago pretendido por el Departamento del Cauca en cuantía de \$13'602.500.*

4.- *Niégrese la restante pretensión del demandante.*

5º.- *Sin costas de conformidad con el artículo 171 del C.C.A. (Fl. 245, cd. Ppal. 1)*

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1 La demanda:**

Mediante escrito presentado el 30 de agosto de 1994, la compañía Seguros Generales Aurora S. A, a través de apoderado judicial, formuló demanda en contra del Departamento del Cauca con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: (Fls. 1 a 14, cd. Ppal).

*"1) Que se declare nula la Resolución No. 2764 de 8 de octubre de 1993, por medio de la cual el Gobernador del Cauca declaró ocurrido el siniestro amparado mediante póliza No. 39436 expedida por Seguros Generales Aurora S.A., para afianzar a la firma Rogal Trade Ltda., Y ordenó hacer efectiva la totalidad del valor asegurado.*

*2) Que declare nula la Resolución No. 3568 del 22 de diciembre de 1993, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por mi mandante y se confirma la Resolución No. 2764 del 8 de octubre de 1993.*

*3) Que a título de restablecimiento del derecho se exonere a Seguros Generales Aurora S.A., del pago pretendido por el Departamento del Cauca.*

*4) Que se condene al Departamento del Cauca a pagar a mi mandante los perjuicios que le ha ocasionado con este proceso, los que se liquidarán conforme a la ley. (Fls. 1 a 2, cd. ppal 1)*

#### **1.1.1 Los hechos.**

Como fundamento de sus pretensiones, la sociedad demandante narró los siguientes hechos:

a) El 17 de diciembre de 1998, el Departamento del Cauca y la empresa Rogal

Trade Ltda., celebraron un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto consistió en la reparación y suministro de repuestos para varias volquetas, un cargador, una motoniveladora, un buldózer y un compresor. Con el fin de garantizar la buena calidad y correcto funcionamiento de los equipos reparados, la compañía de seguros demandante expidió la póliza de cumplimiento identificada con el número 39436.

- b) Refirió la parte actora que en acta suscrita el 16 de junio de 1993, entre el contratista y los funcionarios del Departamento, se dejó constancia de todos los trabajos ejecutados en desarrollo del contrato, como también de la existencia de reparaciones pendientes que no fueron parte del objeto contratado; igualmente, sostuvo que el contratista ROGAL TRADE LTDA., había cumplido cabalmente con el objeto de su contrato e inclusive, con el fin de entregar los trabajos a satisfacción de la Gobernación, efectuó algunas reparaciones adicionales no contenidas en dicho objeto.
- c) Señaló que el Departamento dejó de contratar la reparación de algunos elementos de los equipos y vehículos, los cuales resultaban esenciales para ponerlos en funcionamiento, situación que el contratista ROGAL TRADE LTDA., dio a conocer en repetidas comunicaciones dirigidas a la Administración y que el interventor del contrato aceptó, según consta en algunos oficios que él suscribió.
- d) Igualmente, manifestó que el 16 de julio de 1993, se presentó un sabotaje a los equipos que estaban siendo intervenidos, dentro de los talleres del Departamento.
- e) Que pese a las anteriores circunstancias, la Gobernación se negó a recibir, a satisfacción, los trabajos y exigió la realización de reparaciones adicionales a las contratadas, como requisito para recibir las, pero que como el contratista no atendió tal requerimiento, la entidad declaró el siniestro correspondiente a la póliza de calidad y correcto funcionamiento de los equipos y exigió la totalidad del valor asegurado.
- f) En todo caso el contrato no fue liquidado por la entidad pública la cual adeudaba al contratista la suma de \$6'000.000, valor que no tuvo en cuenta al expedir la resolución acusada y destacó que el valor asegurado en una

póliza es un límite máximo de responsabilidad y no una suma fija e invariable que la aseguradora deba pagar en todos los casos. (Fls. 2 a 4, cd, ppal 1)

### **1.1.2 Normas violadas y concepto de violación.**

Consideró como normas violadas el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 1602 y 1603 del Código Civil; los artículos 1088 y 1077 del Código de Comercio.

Como fundamento de la violación manifestó que las resoluciones impugnadas estuvieron falsamente motivadas porque se sustentaron en hechos que riñen con la verdad de lo ocurrido en la ejecución del contrato, puesto que se aduce la obligación del contratista de reparar totalmente la maquinaria cuando los trabajos contratados fueron específicos y concretos, los cuales, luego de ser conjugados con los que efectuarían otros contratistas, permitirían el correcto funcionamiento de los equipos.

Adicionalmente, la resolución omite aspectos importantes como el uso incorrecto de la maquinaria reparada, el sabotaje al que fue expuesta y el valor adeudado al contratista, lo cual califica como arbitrariedades de la Administración, puestas de manifiesto en los actos acusados y por tal razón solicita sean declarados nulos.

Adujo que la Gobernación había desconocido los artículos 1602 y 1603 del C.C., al exigir reparaciones no contratadas y después de recibir a satisfacción los trabajos, los consideró mal realizados, no canceló el saldo del contrato e hizo efectiva la póliza, desconociendo el objeto del contrato y, además, se abstuvo de hacer su liquidación.

Afirmó que la póliza de seguros tiene carácter indemnizatorio y, por lo tanto, solo cubre el valor del perjuicio realmente causado por el siniestro, pero que como el contratista realizó las reparaciones que le fueron contratadas no era posible hacer efectiva la garantía por el monto total amparado que asciende a \$13'602.500, amén de que no le fueron cancelados \$6'000.000, valor que debe entenderse ya cobrado por la Administración, como parte de los perjuicios que dice haber sufrido, los cuales, en su criterio, no fueron demostrados.

Consideró que el asegurado y beneficiario no ha cumplido con los deberes que la



ley les impone en caso de presentarse siniestro, consistentes en demostrar tanto la ocurrencia del hecho como la cuantía de la pérdida, con el fin de que el contrato de seguro no se convierta en fuente de enriquecimiento, pero que la Gobernación del Cauca desatendió estos deberes y, por lo tanto, la obligación condicional del asegurador aún no ha nacido. (Fls. 4 a 11, cd. Ppal1)

## **1.2. Actuación procesal.**

Mediante auto del 2 de marzo de 1995, el Tribunal admitió la demanda, ordenó su notificación personal al Gobernador del Departamento del Cauca y al Procurador en Asuntos Administrativos; igualmente dispuso su fijación en lista y reconoció personería al apoderado de la compañía demandante. (Fl. 111, cd. ppal. 1)

## **1.3. Contestación de la demanda.**

El Departamento demandado, por intermedio de apoderada judicial y dentro de la oportunidad establecida en la ley, se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda, escrito en el cual manifestó lo siguiente: (Fls. 118 a 123, cd. Ppal 1).

Sostuvo que la Resolución No. 2764 de 8 de octubre de 1993, por medio de la cual se declaró el siniestro y se ordenó hacer efectiva la póliza de garantía de calidad y correcto funcionamiento no se encontraba falsamente motivada, como lo sostiene el actor.

A continuación se refirió al contrato de prestación de servicios de 17 de diciembre de 1992, celebrado entre el Departamento del Cauca y la firma ROGAL TRADE LTDA.; a la adición en plazo que tuvo el citado contrato en dos oportunidades y al recibo de la maquinaria reparada según acta de liquidación parcial del 16 de junio del año 1993, que no obstante su denominación, tiene el carácter de acta de liquidación final.

Adujo que habían quedado pendientes de ensayo y comprobación, las reparaciones efectuadas por el contratista a la servotransmisión del cargador Komatsu WA-200, puesto que previamente la Secretaría de Obras Públicas debía efectuar la reparación del motor para así poder probar la reparación de la servotransmisión; agregó que el 9 de julio dicho motor había sido puesto en operación por parte de la Secretaría, momento en el cual se pudo confirmar que

el contratista no había cumplido con la reparación de la servotransmisión y, por tal razón, las reparaciones fueron contratadas con otro técnico a quien se le pagó el valor de \$5'200.000, ello explica el por qué ni se recibieron al contratista las reparaciones de la servotransmisión, ni se le pagó valor alguno por este concepto. Señaló que los otros valores dejados de pagar, correspondieron a i) al turbo del cargador 920, porque dicha máquina carecía de turbo y, ii) a la turbina del compresor ingersol porque estaba en buen estado y no fue necesaria su reparación; aspectos que quedaron plasmados en el acta de liquidación del contrato suscrita por las partes y sobre la cual el contratista no presentó reparo alguno.

A la firma del acta de liquidación, se convino que el contratista constituyera dos pólizas para amparar la calidad y correcto funcionamiento de los equipos reparados así: una, para los motores y la servotransmisión y, otra, para las demás reparaciones, la cual aseguraba la suma de \$13'602.500 y que finalmente se afectó con la declaración del siniestro.

Señaló que después de vencido el plazo contractual, liquidado el contrato, constituidas las pólizas y verificado el siniestro, el Departamento estaba facultado para expedir la resolución 2764 de 1993, acto que no se refirió al cargador Komatsu WA-200. (Fls. 118 a 123, cd. Ppal 1)

#### **1.4. Audiencia de conciliación.**

Practicadas las pruebas decretadas se cumplió con la audiencia de conciliación, pero el apoderado de la parte actora no se hizo presente, ni presentó excusa alguna, circunstancia que fue entendida por el Tribunal como falta de ánimo conciliatorio y procedió a declarar fracasada la diligencia (Fl. 209, cd. ppal. 1)

#### **1.5. La sentencia del Tribunal.**

Es la dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 28 de octubre de 1997, mediante la cual resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Las razones que fundamentaron su decisión se sintetizan de la siguiente manera: (Fls. 221 a 246, cd. Ppal. 1)

Después de analizar la prueba documental obtenida en el proceso, el Tribunal

estableció el estado que presentaban las reparaciones efectuadas por el contratista en los equipos de propiedad de la Gobernación del Cauca y adelantó el análisis pertinente a fin de determinar si habían sido cumplidas todas las actividades contratadas y si aquellas que reclamaba el Departamento, se encontraban dentro del objeto del contrato. El Tribunal arribó a las siguientes conclusiones:

- a) En cuanto al cargador Komatsu WA-200 A, equipo que según el Departamento presentó fallas en el sistema eléctrico, precisó que no existía prueba que demostrara su mal funcionamiento puesto que el mismo estaba vinculado con la reparación de la servotransmisión que no se encontraba amparada con la póliza que se hizo efectiva y porque, tal como lo admitió el Departamento, para ponerlo en marcha debían efectuarse otras reparaciones que no hacían parte del objeto contratado.
- b) Sobre la motoniveladora Caterpillar 120 G, serie 87V05574; el buldózer Carterpillar D4E serie 28X01742 y el cargador Carterpillar 920, serie 78P 20154, manifestó que era posible responsabilizar a la aseguradora por el mal funcionamiento de estos equipos, toda vez que los mismos hacían parte del objeto del contrato y se encontraban cubiertos por la garantía que se hizo efectiva, pero de manera proporcional al daño asegurado y de acuerdo con el perjuicio sufrido.
- c) Respecto de la volqueta No. 134 concluyó que efectivamente se presentaron algunos daños en las reparaciones efectuadas por el contratista que llevaron a un mal funcionamiento de la maquinaria y que son atribuibles a él.

Agrego el *a quo* que en los actos acusados no se cuantificó el perjuicio sufrido por el Departamento al no haberse demostrado el valor de la deficiente reparación, en relación con el monto total de la misma y, por lo tanto, no se había cuantificado el daño real sufrido por el Departamento, entidad que se limitó a declarar ocurrido el siniestro de incorrecto funcionamiento de los equipos y de mala calidad del servicio prestado por el contratista, sin cuantificarlo o determinarlo y haciendo efectiva la póliza por el valor total asegurado, sin que hubiere efectuado la liquidación del contrato, por cuanto al momento de la expedición de los actos acusados, tan solo existía una liquidación parcial.

Con fundamento en el artículo 1077 del Código de Comercio, afirmó que el Departamento del Cauca estaba en la obligación de demostrar no solo la ocurrencia del siniestro, sino también determinar la cuantía de la pérdida, obligación que no cumplió la entidad territorial y que, por ende, no puede exigir al asegurador que responda por el valor asegurado.

Admitió lo alegado por la compañía de seguros en cuanto que solamente debía responder por la suma exacta, equivalente al perjuicio sufrido por el Departamento, no obstante señaló que como la empresa demandante no había acreditado el pago del valor asegurado, tampoco había demostrado haber sufrido perjuicio alguno, razón por la cual denegó la pretensión relativa al restablecimiento del derecho.

Finalmente, sobre la retención de los \$6'000.000, precisó que el Departamento no los retuvo injustamente, porque del contenido del "Acta de recibo No. 1 y liquidación parcial se deducía que el valor de los trabajos ejecutados no ascendió a la suma de \$90'000.000, inicialmente contratada, sino a la de \$84'700.000, quedando un saldo en favor del Departamento.

#### **1.6. El recurso de apelación.**

En tiempo oportuno, el Departamento, por intermedio de representante judicial, apeló la sentencia de primera instancia (Fl. 248 cd. ppal 1); en el escrito de sustentación solicitó su revocatoria, para que en su lugar, se denegaran las pretensiones de la demanda. (256 a 259, cd. Ppal 1)

Los argumentos de la impugnación se concretan en la circunstancia de que para el Tribunal era claro que le asistía responsabilidad al contratista por la deficiencia en las reparaciones efectuadas a la maquinaria y equipos de propiedad del Departamento; sin embargo, el simple hecho de no haberse establecido, en los actos demandados, el valor proporcional de los perjuicios sufridos por el Departamento, fue suficiente para que declarara la nulidad de los actos acusados, cuando la verdad es que las pruebas aportadas al proceso son demostrativas de que el valor total de los perjuicios sufridos por el Departamento, era superior al monto de la póliza equivalente a \$13'602.500.

Consideró que la compañía aseguradora debía responder por el mal funcionamiento de las máquinas reparadas y a continuación afirmó:

*"Respetuosamente, me separo del criterio del Honorable Tribunal, en el sentido de no haberse cuantificado los perjuicios, pues éste se desprende del valor que cubría la buena calidad y correcto funcionamiento de las reparaciones."* (Fl. 258, cd. ppal. 1).

### **1.7. Actuación procesal en segunda instancia.**

El recurso fue admitido por auto del 30 de abril de 1998 (Fl. 264, cd. Ppal 2). Corrido el traslado a las partes para alegar y al representante del Ministerio Público para rendir concepto, guardaron silencio. (Fl. 268, cd. Ppal 2).

## **2. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Se controvierte en el presente proceso la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales el Departamento del Cauca declaró ocurrido el siniestro de mala calidad del servicio prestado por la firma ROGAL TRADE LTDA., relacionado con la reparación de la maquinaria e incorrecto funcionamiento de la misma y ordenó hacer efectiva la póliza de calidad y correcto funcionamiento de los equipos.

La presunta ilegalidad se fundó en la falsa motivación de los actos por contener situaciones fácticas que no correspondían a la verdad y porque la Administración no demostró la ocurrencia del siniestro, es decir, el hecho mismo consistente en la mala calidad e incorrecto funcionamiento del equipo reparado, tampoco determinó la cuantía o monto de los perjuicios causados.

Debe determinar la Sala, acogiéndose rigurosamente al aspecto apelado en la sentencia, si se configuró el hecho mismo de la mala calidad de las reparaciones e incorrecto funcionamiento de los equipos y si los actos administrativos impugnados fijaron o no el monto del perjuicio sufrido por el Departamento del Cauca, como consecuencia de la declaración del siniestro ocurrido por los defectos en las reparaciones de los equipos, hecho que llevó a hacer efectiva la póliza de calidad y correcto funcionamiento, o si, por el contrario, y tal como lo sostuvo la sentencia apelada, este requisito no se cumplió.

Para el examen del asunto se seguirá el siguiente orden: *i)* La acción incoada. Naturaleza del acto impugnado y término para incoar la acción; *ii)* La

titularidad de la compañía aseguradora para incoar la acción contractual; *iii*) La naturaleza de las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales; *iv*) La competencia de las entidades estatales para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato y hacer exigible la póliza constituida en su favor; *v*) La garantía de calidad y correcto funcionamiento *vi*) Los hechos probados y *vii*) El caso concreto.

## **2.1. La acción incoada. Naturaleza del acto impugnado y término para incoar la acción.**

Conviene precisar, en el presente asunto, la clase de acción que fue incoada toda vez que el debate gira en torno a la legalidad de dos actos administrativos, expedidos después de terminado el contrato y de haberse efectuado su liquidación en relación con los trabajos realizados, puesto que el contratista no efectuó la totalidad de las reparaciones contenidas en el objeto contractual; aspecto que tiene fundamental importancia toda vez que la ley ha determinado términos de caducidad diferentes para cada clase de acción.

### **2.1.1 Naturaleza del acto impugnado. Acto post-contractual.**

El tema, sobre los actos administrativos previos a la celebración del contrato y aquellos expedidos con posterioridad a su suscripción, ha sido materia de interesantes debates a nivel doctrinal y jurisprudencial que dieron lugar a desarrollar la teoría de los actos previos o separables del contrato y los actos derivados del contrato o propiamente contractuales, según que su expedición hubiere ocurrido antes de la celebración del contrato o durante su ejecución, en liquidación, o con posterioridad a ésta. Así, se determinó que los actos previos serían impugnables mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho y los actos contractuales a través de la acción contractual.

Conviene precisar la forma en que evolucionó la doctrina de los actos separables a la luz de la ley y la jurisprudencia.

#### **a) El Decreto 01 de 1984.**

En ejercicio de la facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo mediante la Ley 58 de 1982, se expidió el Decreto 01 de 1984, por el cual se reformó el

Código Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, dicha norma se ocupó de regular en el artículo 87<sup>2</sup>, lo pertinente a las acciones relativas a contratos, excluyendo de la misma, a los actos separables del contrato, tal como lo prescribía, expresamente, el inciso tercero de la citada disposición: *"Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código"*.

Por su parte el artículo 136, del mismo decreto al referirse al término de caducidad para las diferentes acciones, estableció en el penúltimo inciso que *"Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato"*.

Como se observa, el Decreto 01 de 1984, estableció un régimen distinto para impugnar los actos separables del contrato y los actos contractuales propiamente dichos, así, expresamente dispuso que los primeros serían impugnables, no mediante la acción contractual, sino por medio de *"las otras acciones"* que necesariamente corresponden a las mismas que establece la ley para controlar los actos administrativos en general, es decir, las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, consagradas en los artículos 84 y 85 del referido Decreto, mientras que los segundos, es decir, los actos contractuales serían enjuiciables mediante la acción contractual prevista en el artículo 87, ibídem.

La norma en comento igualmente precisó que los actos separables del contrato serían impugnables por vía judicial *"una vez terminado o liquidado el contrato"*, con excepción del acto de adjudicación, que a pesar de serlo, podía ser impugnado según las reglas generales, es decir, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su notificación, en los términos del artículo 136 del citado Decreto.

Sobre el tema la jurisprudencia de la Sección Tercera, en sentencia dictada el 7 de febrero de 1990, expediente 5604 precisó lo siguiente:

*"El Decreto 01 de 1984 no fue afortunado en el trato que le dio a los actos administrativos contractuales en cuanto a las acciones,*

---

<sup>1</sup> El antiguo Código Contencioso Administrativo se encontraba contenido en el Decreto 2733 de 1959.

<sup>2</sup> El artículo 87 del Decreto 01 de 1984 prescribía: *"Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la Administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativo, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él"*.

*caducidad, oportunidad y procedimiento. En tal forma la jurisprudencia, para ajustarse a las exigencias del código, distinguió los separables de los contractuales propiamente dichos y aceptó que aquellos eran los dictados por la administración antes de la celebración del contrato, y que podían existir aunque el contrato no llegara a celebrarse; y éstos, los dictados luego de su celebración, y que no podían darse sin la existencia de éste, por incidir en la relación negocial misma.*

*“Con estas precisiones se aceptó que los separables estaban sometidos a las mismas reglas establecidas para los actos administrativos en general, en cuanto a sus acciones (Nulidad y restablecimiento, artículos 84 y 85, en armonía con el 87 in fine), caducidad de cuatro meses (artículo 136 inciso 2º.) y procedimiento ordinario a seguir (artículos 206 y siguientes); y que los contractuales estaban sometidos a las acciones provenientes de los contratos (artículo 85 inciso 1º.), a la caducidad de dos años prevista en el inciso 7º. del artículo 136, y al procedimiento especial regulado en los artículos 217 y siguientes.*

*“Aunque durante la vigencia del inciso 8º del artículo 136 se debatió la índole del acto de adjudicación cuestionando incluso la calificación legal y dándole el carácter de bilateral por constituir, una vez notificado el vencedor de la licitación o concurso, el convenio mismo, esta Sala logró acuerdo en el sentido de que cuando el acto de adjudicación se impugnaba con prescindencia del contrato que se había celebrado con el adjudicatario (no se pide la nulidad de éste ni la adjudicación al licitante vencido) la controversia no difería fundamentalmente de las propias de los demás actos administrativos; pero que si la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumulaba con otra u otras pretensiones que tuviesen que ver con el contrato, por ejemplo, la nulidad absoluta de éste por ilegalidad de la adjudicación, la controversia sería contractual”<sup>3</sup>*

## **b) El Decreto-ley 2304 de 1989.**

En el año de 1989 se expidió el Decreto-ley 2304 de 1989, norma mediante la cual se introdujeron algunas reformas al Decreto 01 de 1984; entre los artículos modificados se encuentran el 87 y 136 a que se ha hecho referencia.

El nuevo artículo 87 del C.C.A., no hizo mención a los actos separables del contrato, de tal suerte que la impugnación de dichos actos seguiría la regla general de los demás actos administrativos, no relacionados con el contrato, toda vez que el objeto de la controversia contractual versaría únicamente sobre aspectos referidos al contrato, su existencia, o inexistencia, su nulidad, revisión económica, incumplimiento contractual, condena por los perjuicios causados y otras declaraciones.

---

<sup>3</sup> Sentencia de 7 de febrero de 1990, Expediente 5604. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.



Por su parte, el modificado artículo 136, suprimió la condición de que la impugnación de los actos separables sólo podía intentarse después de la terminación o liquidación del contrato y, en consecuencia, la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, contra dichos actos podía intentarse desde el momento mismo de la notificación, publicación o expedición del acto<sup>4</sup>.

No obstante la modificación de que fue objeto el Código Contencioso Administrativo, mediante el Decreto 2304 de 1989, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, mantuvo la misma postura en torno a los actos separables del contrato, como puede advertirse en el siguiente pronunciamiento:

*“El Decreto 2304 de 1989, por sus artículos 17 y 23 modificó los artículos 87 y 136 del C.C.A. y eliminó de ellos los textos transcritos; sin embargo, la situación de los actos contractuales y de los separables continuó igual, según diversas manifestaciones jurisprudenciales, con la salvedad de que la impugnación, por vía jurisdiccional, de estos últimos se podía hacer sin la limitación del artículo 136 antes transcrito; en otros términos, la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho se podía intentar desde el momento de su expedición, para todos ellos y no solamente para el acto de adjudicación.*

*Dentro de este contexto se admitieron demandas de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra diversos actos previos, tales como resoluciones de apertura de licitación, pliegos de condiciones, actos de adjudicación y aquellos por los cuales se declara desierta la licitación o el concurso, una vez expedidos dichos actos y sin que se cuestionara al mismo tiempo el contrato que pudo haberse celebrado; algunos de estos casos son invocados por los recurrentes como fundamento de su argumentación.*

*En lo demás, como se dijo, la situación no varió: los actos separables (vale decir los precontractuales), se podían cuestionar, bien con independencia del contrato a través de las acciones previstas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., o bien como fundamento de la nulidad del contrato, evento en el cual, se entendía que la acción revestía naturaleza contractual.”*<sup>5</sup>

### **c) La Ley 80 de 1993.**

Luego el legislador expidió la Ley 80 de 1993, norma que en su artículo 77 dispuso lo siguiente:

---

<sup>4</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. 9807, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 10 de marzo de 1994, Exp. 9118, M.P. Juan de Dios Montes.

*“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*PARAGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*PARAGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.”*

Sobre el contenido y alcance de esta disposición resulta pertinente traer a colación las diversas posiciones fijadas por la jurisprudencia de la Sala en relación con la naturaleza de los actos administrativos proferidos “*con motivo u ocasión de la actividad contractual*” y la clase de acción que procedía para impugnarlos.

En la providencia del 1º de marzo de 1994, expediente 9118, antes citada, la Sala precisó que la actividad contractual a que hace referencia el artículo 77 del Estatuto Contractual, comprendía la totalidad de las actuaciones administrativas que giraban en torno al contrato estatal, bien se tratara de actos previos, concomitantes o posteriores a su celebración y ejecución y que no existía razón alguna que justificara la exclusión de actos expedidos dentro de las distintas etapas de este procedimiento, razón por la cual todos éstos eran actos contractuales cuya impugnación debía tramitarse mediante el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales, regulada por el artículo 87 del C.C.A., con excepción de tres actos: i) el de calificación y clasificación de proponentes inscritos en la Cámara de Comercio; ii) el acto de adjudicación y iii) el acto mediante el cual se declara desierta la licitación o el concurso, los cuales podían impugnarse mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento. A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

*“a) Eliminadas las dos alusiones del Decreto 01 de 1984 a los llamados actos separables, por virtud del Decreto 2304 de 1989, según lo visto, no existe hoy precepto que regule el régimen de control jurisdiccional de los actos contractuales, distinto del artículo 77 y 45 de la Ley 80 de 1993.*

*b) Esta circunstancia y el hecho de que, excepcionalmente, la mencionada ley haga referencia de **ciertos actos** para permitir frente a ellos acciones distintas de la contractual, está indicando que la regla general **para todos los actos contractuales** está prescrita por el mentado artículo 77.*

Así ocurre, por ejemplo, con la calificación y clasificación de proponentes inscritos en las cámaras de comercio que **puede** "ser objeto... de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (artículo 225); el acto de adjudicación (parágrafo 1o. del artículo 77), y su contrario, el acto por el cual se declaran desierto la licitación o el concurso, por su propia naturaleza, y por la aplicación remisoria; que establece el mismo artículo 77, del C.C.A.(en éste, los artículos, 50, incisos primero y final, 83, 135 inc. 1o., y 138 inc. 3o.).

e) Por consiguiente, cuando el artículo 77 de la ley se refiere a "los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual", está comprendiendo, bajo una denominación única, a todos los actos, tanto los previos al contrato como los posteriores a su celebración y los está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sola acción contenciosa: la contractual, salvo que excepcionalmente la propia ley haya permitido que ciertos actos, tres en total, puedan ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

d) En consonancia con lo anterior y - teniendo en cuenta que la acción contractual parte del supuesto de la celebración del contrato; es claro que los actos previos a él, con las excepciones vistas, solamente se podrán impugnar con posterioridad a dicha celebración, conjuntamente con el contrato, o con independencia de él (parágrafo 2o. artículo 77), pero siempre bajo la égida de la misma acción"<sup>6</sup> (subrayado no es del original)

En auto dictado el 6 de agosto de 1997, expediente 13945, la Sala modificó su criterio y admitió que otros actos administrativos, diferentes de aquellos contemplados dentro de las tres excepciones, también podían ser enjuiciados por una acción diferente de la contractual, a través de la acción de simple nulidad, como lo era el acto de apertura de la licitación, oportunidad en la cual manifestó lo siguiente:

"Para la Sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder. En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.

Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también su justificación en el

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 10 de marzo de 1994, Exp. 9118.

*hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no sólo se volvió pública con la ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten.*

*En este sentido y para la procedencia de la causal de nulidad contemplada en el ordinal 4º del artículo 44 de la mencionada ley, habrá que aceptar que ciertos actos previos a la celebración del contrato podrán demandarse, por cualquier persona, en acción de simple nulidad (artículo 84 del C.C.A.). En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concurso y de adopción de pliegos de condiciones. Así mismo ha tramitado acciones de simple nulidad contra los actos de las asambleas o concejos que autorizan a los gobernadores o alcaldes para la celebración de ciertos contratos.*”(Subrayado es de la Sala)

Posteriormente la jurisprudencia de la Sala en un nuevo lineamiento precisó que el concepto y alcance de la actividad contractual, debía interpretarse en forma restrictiva y que tan solo comprendía los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato; así mismo, hizo una clara distinción entre el régimen de los actos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato y aquel que gobierna los actos proferidos posteriormente, al respecto precisó que los primeros podían ser impugnados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que los segundos solo serían enjuiciables mediante la acción relativa a controversias contractuales, pronunciamiento cuyos aspectos más significativos se transcriben a continuación:

*“En esta oportunidad se afirma que el concepto de ‘actividad contractual’ tiene el alcance restrictivo explicado anteriormente, es decir que comprende sólo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por las siguientes razones:*

*1. La Constitución Política desde el preámbulo -cuyo carácter normativo ha sido reconocido en forma expresa por la Corte Constitucional-<sup>7</sup> y el artículo 1º establecen dentro de los principios fundamentales de nuestro Estado de derecho el de la **participación**.*

*El numeral 6 del artículo 40 y el artículo 85 de la Carta Política lo consagran en forma especial como derecho constitucional de aplicación inmediata, esto es, no supeditado a “desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contempla condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que es exigible en forma directa o inmediata”<sup>8</sup>, el derecho de todo ciudadano a participar en el control del poder político a través de la*

<sup>7</sup> “Corte Constitucional, Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992.”

<sup>8</sup> “Corte Constitucional, Sentencia T-469 del 17 de julio de 1992.”

*interposición de acciones públicas en defensa de la constitución y la ley.*

*2. Pero también el derecho de participación en la contratación estatal tiene expresión legal en los artículos 45 y 66 del estatuto contractual cuando señala el primero, que la nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada "...por cualquier persona..." y el segundo, que todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a vigilancia y control ciudadano y que permite denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares que constituyen delitos, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal.*

*3. De otro lado, la redacción del ordinal 7º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión "actividad contractual" porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicompreensiva de todo tipo de actos.*

*4. La misma separación conceptual de las distintas categorías de actos que avala la interpretación restrictiva se encuentra en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 cuando expresa que '...la responsabilidad de la dirección y manejo **de la actividad contractual y la de los procesos de selección** será del jefe o representante de la entidad estatal...', de donde se desprende que unos son los actos expedidos con motivo de la actividad contractual y otros los actos previos correspondientes al proceso de selección.*

*5. Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato y éste, en la ley 80 de 1983, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito (artículo 41 *ibídem*)."<sup>9</sup>*

#### **d) La Ley 446 de 1998.**

La Ley 446 de 1998, acogió el criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado en cuanto al alcance del concepto de actividad contractual y definió, que los actos previos a la celebración del contrato podían ser demandados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, en un plazo perentorio de 30 días, pero que una vez celebrado el contrato solo podían impugnarse mediante la acción contractual y como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 9118, M. P. Ricardo Hoyos Duque.

El inciso segundo del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo el artículo 87 del C.C.A. dispuso:

*“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”*

La norma transcrita introdujo aspectos importantes para la impugnación de los actos administrativos previos o separables del contrato, a saber: **i)** permitió varias opciones para ejercer su control por vía jurisdiccional, mediante tres clases de acciones, la de nulidad, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual; **ii)** estableció como condición para incoar las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos separables, que el contrato no hubiere sido celebrado; **iii)** la oportunidad para ejercer las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho fue fijado en 30 días, contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto, lo cual, constituye una excepción en materia contractual, puesto que se aplica un plazo de caducidad diferente del previsto para estas mismas acciones cuando se impugnan los actos administrativos en general, el cual está previsto por la ley, por regla general, en cuatro (4) meses para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en cualquier tiempo para la acción de nulidad; **iv)** los actos pre-contractuales podrán ser impugnados mediante la acción contractual después de celebrado el contrato siempre y cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato como consecuencia de la ilegalidad del acto que se acusa.

Sobre las modificaciones introducidas al artículo 87 del C.C.A., por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la Corte Constitucional, en sentencia C-1048 de 4 de octubre de 2001, hizo las siguientes consideraciones:

*“Estas modificaciones tienen para la Corte una precisa significación: de un lado, buscan ampliar el espectro de garantías jurídicas reconocidas a los participantes en el proceso de contratación, que no obstante ser ajenos a la relación contractual pueden verse perjudicados por la actuación administrativa en las etapas precontractuales. Ahora ellos pueden demandar independientemente del contrato y desde el momento de su expedición, los actos administrativos ilegales que resulten lesivos de sus intereses (antes sólo podían demandarlos*

después de suscrito el contrato a través de las acciones contractuales, salvo las excepciones vistas). No obstante, esta posición garantista se ve acompañada por un término de caducidad corto, y por la fijación de un límite a la separabilidad de los actos previos, que viene marcado por la celebración del contrato. A partir de la suscripción del mismo los actos precontractuales, unilaterales de la Administración, se hacen inseparables para efectos de su control judicial, de tal manera que sólo pueden atacarse a través de la acción de nulidad absoluta del contrato. Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad, según la regla general. Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que éste ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual. Ahora bien, estos límites en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los treinta días que señala la disposición), ni la del interés general, pues éste, después de la celebración del contrato, puede ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio.

La nueva versión del artículo 87 del C.C.A. sitúa a la legislación a medio camino entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, y la de la inseparabilidad de los mismos, combinando las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de eficacia y celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, que se vinculan a la segunda de las mencionadas doctrinas. En efecto, la inseparabilidad una vez suscrito el contrato, pone a este último al amparo de acciones incoadas con fines ajenos al bien común, pues como se vio la titularidad de la acción de simple nulidad se restringe a las personas que demuestren un interés directo en el contrato, dejando eso si a salvo la facultad del Ministerio Público para interponerla o del juez para decretarla de oficio.

(...)

De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la

*ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.*<sup>10</sup>

Hechas estas precisiones sobre la evolución legislativa y jurisprudencial en torno a los actos precontractuales, separables del contrato, y aquellos expedidos después de su celebración o propiamente contractuales, conviene ahora precisar cuál es la naturaleza de aquellos actos que son expedidos por la Administración con posterioridad a la terminación del contrato.

A partir de los elementos constitutivos del acto administrativo<sup>11</sup>, entre ellos, su objeto o contenido, el motivo y la finalidad buscada con su expedición, se intentará desentrañar la naturaleza de los actos emanados de la Administración, después de terminado el contrato, es decir, si dichos actos son separables del contrato o por el contrario, son contractuales y de esta manera determinar la acción procedente para controlarlos y el término de caducidad con que cuenta el interesado en incoarla.

El objeto o contenido del acto administrativo, es entendido por la doctrina como *“el mundo jurídico a modificarse o alterarse en la ejecución del acto administrativo”*<sup>12</sup>, o también como *“lo que se decide en el acto, es el contenido del acto que debe corresponder, en su materialidad, precisamente a la función administrativa”*<sup>13</sup>. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha enseñado que el contenido del acto administrativo *“es el alcance de la decisión: crear, modificar, o extinguir una relación jurídica, en ejercicio de la función administrativa”*<sup>14</sup>.

Este concepto relativo al objeto o contenido del acto administrativo, aplicado al

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1048 de 4 de octubre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>11</sup> El Tratadista Juan Alfonso Santamaría Pastor en su obra *“Principios de Derecho Administrativo”*, ha clasificado los elementos o requisitos de validez de los actos administrativos en tres grupos; los que denomina elementos subjetivos del acto, los cuales aluden al órgano o autoridad que los expide; los elementos objetivos que se concretan en el contenido mismo del acto administrativo, concepto que define en los siguientes términos *“el contenido del acto administrativo consiste en una declaración productora de efectos jurídicos; una declaración por lo demás unilateral, en el sentido de que surte efectos por sí misma”*; e igualmente señala como elementos formales, el procedimiento, la estructura formal y la motivación del acto, la cual entiende como *“la indicación de los hechos y razones jurídicas que fundamentan la declaración.”* (Pag. 139 a 153, Volumen II, Tercera edición).

<sup>12</sup> SANTOFIMIO, Jairo Orlando, Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, página 75.

<sup>13</sup> Tafur Galvis Alvaro, citado por SANTOFIMIO, Jairo Orlando en la obra antes referida, Pág. 75.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 14 de noviembre de 1996, Exp. 12543.



caso sub lite, determina sin lugar a duda que la decisión adoptada por la entidad pública, después de terminado el contrato, con el fin de crear, modificar o extinguir una relación jurídica proveniente del mismo, consistente en declarar que se presentaron circunstancias posteriores a su terminación [deterioro prematuro de la obra o mal funcionamiento de los equipos reparados que se traducen en vicios ocultos de la cosa objeto del contrato], que determinan el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas, son manifestaciones que surgen o tienen su origen directamente en el contrato celebrado y ejecutado.

En otras palabras, el contenido de dicho acto tiene su razón de ser en el contrato mismo y, en tal sentido, debe concebirse como un acto contractual no separable del negocio jurídico que le dio origen, así haya sido expedido después de terminado el contrato, toda vez que carecería de todo fundamento fáctico y jurídico que la Administración expidiera un acto administrativo declarando la ocurrencia del incumplimiento de las obligaciones -declaratoria del siniestro-, de un contrato que no ha sido celebrado, es decir, que el acto administrativo y el contrato se tornan inescindibles y, por tal razón, el acto no puede subsistir autónomamente como un acto separable del contrato.

Ahora bien, si se examina otro de los elementos del acto administrativo, el relacionado con la causa o motivo, definido por la jurisprudencia de la Corporación como *“las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo,”*<sup>15</sup> se tiene, a la luz de este concepto, que la causa o motivo del acto administrativo que se impugna en este proceso (el por qué se expidió el acto), lo constituye el presunto incumplimiento de un contrato celebrado entre la Administración y un particular, es decir, que el acto administrativo se produjo con ocasión de la actividad contractual desplegada por la celebración y ejecución de un contrato estatal que en criterio de la Administración, no fue cumplido por su co-contratante, circunstancias que se convierten en los antecedentes de hecho y de derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo.

Lo anterior ratifica una vez más que el acto demandado no puede separarse del contrato que motivó su expedición y, en consecuencia, dicho acto administrativo debe tenerse propiamente como un acto de contenido contractual, el cual no es

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso administrativo, auto de 9 de marzo de 1971, M.P. Lucrecia Jaramillo Vélez.

susceptible de enjuiciarse mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, sino mediante la acción contractual.

El fin o finalidad como elemento esencial del acto administrativo (para qué se expide) estará orientado a la satisfacción del interés público y al acatamiento de principio de legalidad para así evitar que el acto se produzca con desviación de poder.

El Consejo de Estado<sup>16</sup> ha fijado unas reglas cuya observancia resulta indispensable en relación con este elemento esencial del acto administrativo, las cuales se encuentran referidas a: **i)** el agente administrativo no puede perseguir sino un fin de interés general; **ii)** el agente público no debe seguir una finalidad en oposición a la ley; **iii)** no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto y **iv)** siendo aún lícito el fin, de interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de actos que la ley ha establecido para el efecto.

Si se examina la finalidad del acto administrativo impugnado, se observa que con su expedición se pretende hacer efectiva la garantía constituida para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la calidad del servicio prestado y el buen funcionamiento de los equipos, objeto del contrato de mantenimiento celebrado y de esta manera obtener el resarcimiento de los perjuicios causados a la Administración, en protección del patrimonio público, el cual se vio afectado por no contar con los equipos y maquinaria objeto del contrato en perfectas condiciones de funcionamiento, hecho que también incidió negativamente en el cumplimiento de los cometidos estatales buscados con la contratación, que no son otros que el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Con esto se evidencia que el acto administrativo expedido se encuentra directamente vinculado al contrato y su existencia se justifica en la existencia misma del negocio jurídico celebrado, lo cual confirma, sin lugar a duda, que dicho acto es de naturaleza contractual así haya sido expedido después de la terminación del contrato.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 25 de noviembre de 1971, C.P. Eduardo Aguilar Vélez, cita referida por Santofimio, Jaime Orlando en la obra citada, página 79.

En relación con los actos expedidos por la Administración, después de terminado el contrato, concretamente sobre aquellos mediante los cuales se declara el siniestro para que el contratista responda por vicios y defectos de la obra o por la calidad del servicio prestado, la jurisprudencia de la Sala, ha precisado que dichos actos participan de la naturaleza de actos contractuales por ser expedidos como consecuencia de la ejecución del contrato. A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

*“A primera vista se advierte que una vez liquidado el contrato, la única responsabilidad que subsiste para el contratista con la administración como dueña de la obra, es la de acudir al saneamiento de los vicios y defectos de construcción de la obra en los términos del art. 2060 del C.C., cuando se trata de la ejecución de un contrato de obra pública, así como amparar la de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales o de los daños causados a terceros por el contratista, riesgos que en la contratación estatal es obligatorio garantizar (Art. 25-19 y 60 ley 80 de 1993). La Administración tiene la potestad de hacer efectiva las garantías correspondientes en el evento que se configure cualquiera de los anteriores riesgos. Ocurrido el siniestro la administración puede declararlo mediante acto administrativo debidamente motivado, que podrán impugnar judicialmente dentro de los dos años siguientes quienes se sientan afectados con la decisión de la administración, esto es, el contratista de la obra y la compañía de seguros. **En el presente caso, se trataría de un acto que es necesario expedir como consecuencia de la ejecución de un contrato y el cual tendría igual tratamiento y discusión judicial que los actos dictados durante el desarrollo del contrato**<sup>17</sup>. (Negrilla y subrayado no es del original)*

Con apoyo en los razonamientos expuestos y en los lineamientos jurisprudenciales de la Sala, se impone concluir que los actos impugnados, mediante los cuales se declaró el siniestro de mala calidad del servicio de reparación de los equipos y se ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba la calidad y el correcto funcionamiento de los mismos, son actos contractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato.

De otra parte, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993<sup>18</sup>, norma

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 13347 M. P. Ricardo Hoyos Duque, reiterada por la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. 14582.

<sup>18</sup> La norma prescribe lo siguiente" **ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.** En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código

vigente al momento de incoar la acción contractual, los actos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son controlables por vía administrativa mediante el recurso de reposición y judicialmente a través del ejercicio de la acción contractual, quiere decir que los actos administrativos expedidos por la Administración, después de la terminación del contrato, como lo es el acto mediante el cual se declara el siniestro en un contrato estatal, serán enjuiciables mediante el ejercicio de la acción contractual.

### **2.1.2 El término para incoar la acción. Caducidad de la acción.**

Una vez establecido que los actos materia de enjuiciamiento en este proceso son actos contractuales y, que por lo tanto, la acción procedente para impugnarlos es la contractual, deberá examinarse si ésta no se encontraba caducada, toda vez que éste constituye uno de los presupuestos de la acción, razón por la cual resulta pertinente precisar la fecha a partir de la cual empieza a contabilizarse el término de los dos años para efecto de la caducidad de la acción; para tal fin, deberá precisarse cuál era la normatividad que se encontraba vigente a la fecha de la terminación del contrato y de la expedición de los actos administrativos.

Se observa que el contrato que dio origen a los actos administrativos demandados fue celebrado el 17 de diciembre de 1992; el recibo de los trabajos tuvo lugar el 16 de junio de 1993; los actos impugnados datan del 8 de octubre y 22 de diciembre del mismo año y la presentación de la demanda ocurrió el 30 de agosto de 1994. Durante toda esta época estuvo vigente el Decreto 2304 de 1989, mediante el cual se introdujeron algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo, entre otras, al artículo 136,<sup>19</sup> disposición cuyo texto modificado, en relación con la caducidad de la acción contractual, estableció lo siguiente: *“las relativas a contratos caducarán en dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.”*<sup>20</sup>

---

de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

**PARÁGRAFO 1o.** *El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”. (negrillas de la Sala)*

<sup>19</sup> Norma modificada por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989.

<sup>20</sup> En la actualidad la norma vigente, se encuentra contenida en el numeral 10 del artículo 44 de la

Sobre el tema la jurisprudencia de la Sección Tercera<sup>21</sup> ha reiterado que para efecto de contabilizar el término de caducidad de la acción contractual deben distinguirse, los contratos que según la ley requieren de liquidación, de aquellos en los que no se exige.

En el evento de que no se requiera de la liquidación del contrato, la jurisprudencia determinó que el término para incoar la acción se contabilizaría a partir de la terminación del contrato, pero que cuando se exigía de la liquidación, el término empezaría a contarse desde la fecha en que efectivamente ésta se produjo o, en su defecto, desde la fecha en que tal liquidación debió realizarse.

Pero como en el caso sub lite la acción contractual incoada está dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo que declaró el siniestro y de aquel que resolvió el recurso de reposición interpuesto, deberá tenerse en cuenta, a efecto de contabilizar el término de la caducidad de la acción, que no siempre será determinante única y exclusivamente la fecha de la liquidación del contrato sino que también tiene relevancia la fecha de la ejecutoria del acto administrativo impugnado.

Sobre el fenómeno de la ejecutoria del acto administrativo, para efecto de contabilizar la caducidad de la acción, la doctrina ha indicado *“que solo podrá contarse el término de caducidad cuando dicha decisión no sea susceptible del recurso alguno por la vía gubernativa. El acto administrativo de contenido particular se entiende ejecutoriado, por regla general, al día siguiente de su notificación. Obviamente se refiere a la del acto que culmina la actuación o cierra el debate gubernativo y sobre el cual no procede recurso en sede administrativa. Este alcance lo demuestra claramente el artículo 136 nl. 2 del C.C.A.”*<sup>22</sup>

Adicionalmente, precisó que si se empieza a contar el término de caducidad a partir de la notificación es porque en esa oportunidad se entiende ejecutoriado el acto, bien porque contra él no procede recurso alguno por vía gubernativa o

---

Ley 446 de 1998, disposición en la cual se precisa el momento a partir del cual debe contabilizarse el término para la caducidad de la acción contractual.

<sup>21</sup> Entre otras, se citan las siguientes sentencias: de 31 de octubre de 2001, Exp. 12278; de 30 de agosto de 2001, Exp. 16256; de 13 de julio de 2000, Exp. 12513; y Autos de 8 de abril de 1999, Exp. 15872 y de 4 de diciembre de 2006, Exp. 15239.

<sup>22</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Séptima Edición, Librería Señal Editora, Medellín, 2009, pag. 182

porque estos ya fueron resueltos, puesto que, de lo contrario, “*existiendo un recurso pendiente el acto se estima apenas en vía de expedición y por ende, aún sin efectos para el administrado y sin valor ejecutorio alguno. En otros términos, los recursos pendientes suspenden la ejecución y los efectos del acto, ya que se conceden en efecto suspensivo (art. 55)*”

La sala acoge esta directriz para aplicarla al caso que se examina, con el fin de establecer si la acción contractual se encontraba o no caducada.

De conformidad con los anteriores lineamientos, cuando se trata de la impugnación judicial de un acto administrativo de naturaleza contractual mediante el cual la Administración declara un siniestro con el fin de hacer efectiva la garantía constituida por el contratista ante una compañía de seguros, (mediante la celebración del contrato accesorio de seguro), es posible plantear distintas hipótesis en relación con la fecha a partir de la cual debe contabilizarse el término para la caducidad de la acción contractual, si se tiene en cuenta que la garantía de cumplimiento y los amparos que ella contiene, constituye una especie del seguro de daño y que algunas de estas pólizas pueden hacerse efectivas durante la ejecución del contrato estatal mientras que otras tan solo lo son, después de terminado o liquidado el respectivo contrato.

A continuación se esbozan algunas de estas hipótesis:

i) Cuando la póliza puede hacerse efectiva durante la ejecución del contrato.

En esta primera hipótesis la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declara el siniestro no tiene relevancia para efecto de la contabilización del término de caducidad de la acción contractual, puesto que es la fecha de liquidación o terminación del contrato, en cada caso, la determinante para este efecto.

A manera de ejemplo podríamos estar ante el evento de una póliza que garantiza el pago de salarios y prestaciones sociales de un trabajador a quien el contratista ha incumplido el pago de estos rubros y aquel formula la correspondiente reclamación ante la Administración, en vigencia del contrato. En este evento, si la Administración declara el siniestro durante la ejecución del contrato y el acto administrativo alcanza su firmeza en vigencia del contrato, el término para la caducidad de la acción empezará a contarse, no a

partir de la ejecutoria del acto administrativo que la declaró, sino a partir de la fecha en que el contrato se liquide, si este requisito es necesario, o de la fecha en que termine el contrato, cuando éste no requiere de liquidación.

ii) Cuando la póliza solo puede hacerse efectiva después de la terminación o liquidación del contrato.

En esta hipótesis prima la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declaró el siniestro, para efecto de la contabilización del término de caducidad de la acción, tal como se explicará a continuación:

En presencia de una póliza que verbigracia, garantiza la estabilidad de las obras ejecutadas por un contratista, su efectividad solo podrá cumplirse después de la terminación y liquidación del contrato, puesto que es después de ejecutadas y entregadas las obras, y puestas al servicio de la comunidad, que la Administración puede detectar defectos en la construcción y amenaza de su deterioro prematuro; situación que como resulta obvio, genera perjuicios al Estado. En tal evento, el acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro, necesaria e inevitablemente, será expedido después de la liquidación del contrato y, por lo tanto, el término a partir del cual empezará a contabilizarse la caducidad de la acción contractual, será el de la ejecutoria del acto que declara el siniestro.

De otra parte cuando se trata de un contrato que según la ley no requiere de liquidación, como en el de compraventa de un bien, si éste presenta vicios ocultos, después de finalizado el negocio jurídico y ello determina la declaratoria del siniestro por parte de la Administración, es decir, después de agotado el contrato, dado que se trata de aquellos que la ley denomina de ejecución instantánea, la fecha a partir de la cual se contabilizará el término para la caducidad de la acción será también el de la ejecutoria del acto administrativo que declaró el siniestro.

Amén de lo anterior, cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento.

Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081<sup>23</sup> del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.<sup>24</sup>,

De otra parte ha señalado la doctrina que los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente, es decir, que dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años, lo cual no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia, a una u otra de las prescripciones anotadas<sup>25</sup> toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo<sup>26</sup>.

A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2005, reiteró el criterio que de tiempo atrás había sostenido en relación con el término del cual disponía la Administración para declarar el siniestro acaecido en un contrato estatal, amparado por un contrato de seguro. En el siguiente sentido se pronunció<sup>27</sup>:

---

<sup>23</sup> «**Artículo 1081.**- La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

*La prescripción ordinaria será de dos (2) años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*

*La prescripción extraordinaria será de cinco (5) años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.*

*Estos términos no pueden ser modificados por las partes.»*

<sup>24</sup> Al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

<sup>25</sup> LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro. Revista Fasecolda, No. 9.

<sup>26</sup> OSSA, Efrén, Teoría del contrato de Seguro, Segunda Edición. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia, pág. 443.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de la Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; de la Sección Primera, sentencia de



“El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos <sup>28</sup> :

*«Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del Código Contencioso Administrativo.*

*Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.» <sup>29</sup>*

*Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor:”*

De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como término máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la

---

21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.

<sup>28</sup> Cita original del texto, Sentencia de 11 de julio de 2002 (C.P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo) Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)

<sup>29</sup> Cita original del texto transcrito) Sentencia de 31 de octubre de 1994. (C.P: Dr. Guillermo Chaín Lizcano). Exp.5759. (Actor: Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.)

Administración para expedir el acto.

Agrega en esta oportunidad la Sala que a la misma conclusión se llega, si se tiene en cuenta que la caducidad de la acción contractual es de dos años, término máximo del que dispondría la entidad contratante para pretender judicialmente el incumplimiento del contrato de seguro en el evento de acaecimiento del siniestro y, dado que la ley le otorga el privilegio o potestad de hacer efectivo dicho incumplimiento de manera unilateral mediante la declaratoria de ocurrencia del siniestro, tal facultad no podrá exceder del término antes señalado.

Hechas estas precisiones procede examinar, en el *sub lite*, a partir de qué fecha, debe contabilizarse el término de caducidad de la acción contractual a efecto de determinar si la demanda fue incoada oportunamente.

En el asunto sometido a conocimiento de la Sala, el contrato de prestación de servicios para la reparación de maquinaria, era uno de aquellos que no requería de liquidación al tenor de lo prescrito por el artículo 287<sup>30</sup> del Decreto –ley 222 de 1983, razón por la cual nada se estipuló en el contrato respecto de la liquidación. Obra en el expediente el “*Acta de recibo No 1 y liquidación parcial*”,<sup>31</sup> de 16 de junio de 1993 que corresponde en estricto sentido a la entrega y recibo de los trabajos que fueron ejecutados parcialmente, según se evidencia en la mencionada Acta y en la constancia de recibo<sup>32</sup> de los equipos reparados, documentos suscritos en la misma fecha.

Como se observa, la Resolución No. 2764 de 8 de octubre de 1993, mediante la cual se declaró el siniestro y se ordenó hacer efectiva la póliza de calidad y correcto funcionamiento, fue expedida con posterioridad a la terminación del

---

<sup>30</sup> El artículo 287 del Decreto 222 de 1983, prescribe lo siguiente:

“De los casos en que procede al liquidación.- Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos:

1° Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad.

2° Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrán hacer en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos a favor de la entidad contratante.

3° Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declaró nulo.

4° Cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente conforme al artículo 19 del presente estatuto.

Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministros y de obras públicas deberán liquidarse una vez se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidos de los mismos”

<sup>31</sup> Folios 129 a 136, cd. ppal.

<sup>32</sup> folio 145 a 151, cd. ppal.

contrato, y **quedó ejecutoriada el 17 de enero de 1994**, fecha de la diligencia de notificación personal al representante legal de la Compañía Aseguradora de la Resolución No. 3568 de 22 de diciembre de 1993,<sup>33</sup> mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, contra ella interpuesto.

Quiere decir, que en el presente caso el término de caducidad empezaría a contabilizarse desde la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declaró el siniestro, por cuanto el mismo fue expedido después de terminado el contrato, es decir desde el **17 de enero de 1994** y como la demanda fue presentada el **30 de agosto de 1994**, resulta claro que al momento de incoar la acción aún no había vencido el término de los dos (2) años, previsto para la caducidad de acción contractual.

## **2.2 La titularidad de la Compañía aseguradora para incoar la acción contractual.**

La parte actora es la Compañía de Seguros Generales Aurora S.A., empresa que suscribió un contrato de seguro con el particular contratista, con el fin de asegurar el cumplimiento del contrato que éste a su vez, había celebrado con una entidad del Estado.

Se advierte que la compañía de seguros, demandante en el proceso, no suscribió el contrato de reparación de maquinaria y equipo, puesto que la calidad de contratista del Estado la detenta la firma *ROGAL TRADE LTDA*. No obstante lo anterior, dicha compañía de seguros instauró la acción contractual con el fin de impugnar la legalidad del acto administrativo contentivo de la declaratoria del siniestro del contrato de prestación de servicios que está garantizando, en la medida en que dicho acto la afecta directamente, así ésta no sea parte del referido contrato.

La pregunta que cabe formular es si dicha compañía de seguros se encuentra legitimada en la causa<sup>34</sup> para incoar la acción contractual con el

---

<sup>33</sup> Folio 80, cd. ppal 1

<sup>34</sup> La jurisprudencia de la Sala ha determinado que la legitimación en la causa como presupuesto de la acción "(...) es la identidad del demandante con la persona a quien la ley le otorga la vocación jurídica para reclamar la titularidad de un derecho y por pasiva la identidad del demandado, con aquel a quien se le puede exigir la obligación correlativa que se deriva del primero (...)" Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias: sentencias del 8 de agosto de 1988; Exp. No. 5154; actor: Hugo Napoleón Tovar, de 13 de febrero de 1996, Exp. 11213, de 12 de diciembre de 2001, Exp. 20456.

fin de impugnar la legalidad del acto administrativo expedido por la Administración, mediante el cual declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía contenida en la póliza expedida por ella, toda vez que el artículo 87 de la Ley 80 de 1993<sup>35</sup>, norma vigente para la fecha en que fue instaurada la demanda, limitó el ejercicio de la acción contractual tan solo para quienes son parte en el contrato, salvo en el evento de nulidad absoluta en el cual también podrá ser incoada por el Ministerio público o por cualquier persona a términos artículo 45 del mismo Estatuto.

Al respecto cabe señalar que es claro el interés directo de la compañía aseguradora en la impugnación del acto, toda vez que de él devine la obligación a su cargo de pagar la indemnización por concepto de la calidad y buen funcionamiento de los equipos, en virtud de la póliza que expidió a solicitud del contratista y en beneficio de la Administración.

En un caso similar al que hoy se examina, oportunidad en la cual también se cuestionaba la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró el siniestro en un contrato estatal, la Sala en relación con el interés de la compañía aseguradora para incoar la acción contractual, precisó lo siguiente:

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

*Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c de co. (Ver cláusula 9ª del contrato de seguro, a folios 116).”*<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> La norma, en la parte pertinente prescribe: “ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. (Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente): Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. (...)

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, M.P. Carlos

En providencia más reciente la Sala también determinó que las compañías aseguradoras se encuentran legitimadas para incoar la acción contractual contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración declara el siniestro por incumplimiento de las obligaciones contractuales; los apartes pertinentes se transcriben a continuación:

*“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>37</sup>*

Agrega la sala, que a más de que el acto es de naturaleza contractual por lo que su impugnación procede por la vía de la acción contractual con independencia del sujeto que la instaure, el sustrato o contenido de aquel

---

Betancur Jaramillo.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476.

es la exigibilidad de la obligación de amparo que surge del contrato de seguro, contrato que en términos del artículo 1499 del C.C. tiene la naturaleza de accesorio al contrato estatal, en cuanto ampara el cumplimiento de las obligaciones emanadas de éste y que como tales son obligaciones principales, razón para que el cuestionamiento de tal acto deba hacerse por la vía de la acción contractual.

### **2.3 La naturaleza de las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.**

El artículo 67 de Decreto 222 de 1983,<sup>38</sup> consagraba la obligación de garantizar el contrato, su texto es del siguiente tenor:

**ARTICULO 67. De la obligación de garantizar el contrato - (derogado por el artículo 81 de la ley 80 de 1993). 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.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 25, numeral 19<sup>39</sup>, también estableció esta

---

<sup>38</sup> El contrato que dio lugar a la declaratoria de siniestro se suscribió en vigencia del Decreto ley 222 de 1983.

<sup>39</sup> El artículo 24-19 de la Ley 80 de 1993, prescribía lo siguiente: "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 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."

obligación para los contratos celebrados por el Estado, mediante la figura de la garantía única y actualmente la Ley 1150 de 2007, en su artículo 7º, modificatorio de la Ley 80, igualmente consagra este deber legal.

En cumplimiento de las disposiciones legales, los contratos celebrados por las entidades estatales, salvo las excepciones previstas en la norma, deberán contener obligatoriamente una cláusula de garantía con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, es decir, que su inclusión en el contrato es imperativa y no está determinada por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares cuya estipulación tiene carácter dispositivo.

El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración.<sup>40</sup>

La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía de seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

*El artículo 1088 del Código de Comercio establece 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".*

---

<sup>40</sup> Escobar Gil Rodrigo, Teoría General de los contratos, Editorial Legis, Bogotá, 2000, Pág. 245.

Al tenor de la norma transcrita, los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio para el asegurado con el fin de evitar que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del hecho constitutivo del riesgo asegurado; en otras palabras, los seguros de daños tienen como finalidad última la de indemnizar al asegurado o beneficiario cuando su patrimonio es afectado por la realización del riesgo asegurado, principio este denominado "de la indemnización"<sup>41</sup> por la ley comercial.

En este orden de ideas, si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha sostenido que los seguros de cumplimiento constituyen una especie de los seguros de daños, así se desprende del contenido de los siguientes pronunciamientos:

En sentencia de 21 de septiembre de 2000<sup>42</sup>, precisó lo siguiente:

*1. El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, "serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor.*

En sentencia de 24 de mayo de 2000<sup>43</sup>, determinó la naturaleza de los seguros de

---

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 063 de 24 de mayo de 2000 de 2000, Exp. 5439, M.P. Manuel Ardila Velásquez.

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 170 de 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140; M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.



cumplimiento y la exigencia de la causación efectiva del perjuicio como elemento de su esencia, criterio que fue reiterado en idénticos términos en sentencia de 12 de diciembre de 2006<sup>44</sup>, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

“Reitera la Corte que los seguros como el de cumplimiento –que por 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 sentencia de 24 de julio de 2006<sup>45</sup>, respecto del contrato de seguro de cumplimiento, discurrió la Corte:

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

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

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

*Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la*

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de mayo de 2000, Exp. 5439; M.P. Manuel Ardila Velásquez.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 2006, Exp. 68001 31 03 001 2000 00137 01 M.P. Edgardo Villamil Portilla

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de julio de 2006, Exp. 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

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

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

En el seguro de cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, “...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico” (art. 1083 C.C.), [cas. civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo “consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’ (cas. civ. 15 de marzo de 1983” (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se reitera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles.

Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada.

En sentencia de 17 de julio de 2006<sup>46</sup> reiteró lo siguiente:

“(...) este tipo de seguro, conforme con su naturaleza y regido por el principio indemnizatorio, tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, como el incumplimiento de la obligación amparada o garantizada; de manera que la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de julio de 2006 Exp. 17191, M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio, que en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta la concurrencia, claro está, de la suma asegurada.

De estos lineamientos jurisprudenciales, mediante los cuales se precisa el contenido y alcance del artículo 1088 del Código de Comercio, claramente se colige lo siguiente: i) la garantía de cumplimiento de los contratos estatales es una especie del seguro de daños; ii) dada la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños no basta que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor el cual debe ser resarcido; iii) el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente es el que corresponde al valor asegurado, sino aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; iv) el valor a indemnizar, no puede ser mayor a la suma asegurada<sup>47</sup> mediante la póliza de garantía.

#### **2.4. La competencia de las entidades estatales para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato, cuantificar el monto del perjuicio y hacer exigible la póliza constituida en su favor. Prerrogativas de la Administración.**

Aunque la acusación formulada contra los actos administrativos cuya legalidad se cuestiona, no alude a la falta de competencia de la entidad estatal para expedirlos, sí resulta pertinente establecer, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente a la fecha de celebración y ejecución del contrato y de la expedición de los actos administrativos, si las entidades del Estado estaban investidas de potestad para declarar el siniestro derivado del incumplimiento contractual, cuantificar el monto del perjuicio y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor.

Lo primero que se ha de precisar es que el contrato que dio origen a la expedición de las resoluciones acusadas fue celebrado entre el Departamento del Cauca y la firma Rogal Trade Ltda., el 17 de diciembre de 1992, época para la cual se encontraba vigente el Decreto-ley 222 de 1983.

---

<sup>47</sup> En la obra "Teoría General del Seguro- El contrato" el tratadista Efrén Ossa, ha precisado que "la suma asegurada es el valor del seguro o valor asegurado, el cual debe indicarse en la póliza por medio de una cifra absoluta o de criterios que permitan su fijación. La determinación de la suma asegurada es una decisión del asegurado, adoptada atendiendo el grado de protección que estime conveniente y su capacidad de pago de prima.

Sobre la atribución que tienen las entidades públicas para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato y hacer exigibles las garantías constituidas a su favor, la jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades, fijando posturas orientadas todas a admitir que la Administración está investida de potestad para dictar esta clase de actos administrativos.

En vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, al decidir una demanda encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por la presunta falta de competencia de la administración para cobrar directamente la garantía de estabilidad de las obras exigida con ocasión de la ejecución de un contrato estatal, la Sala abordó el estudio de los diferentes aspectos que resultaban relevantes para la decisión, exponiendo en primer lugar lo pertinente a la obligación legal de garantizar los contratos celebrados por el Estado, argumentos que ahora se reiteran:

*“ En sentencia del 24 de mayo de 2001 (radicación 0296, No. interno 13.598), tuvo esta Sala oportunidad de decidir un caso similar al que hoy la ocupa, expresando, en primer lugar, que la controversia estaba referida a un aspecto de carácter estrictamente jurídico, en tanto se solicitaba, como en éste, la nulidad de los actos demandados “por falta de competencia de la administración para cobrar directamente la garantía de estabilidad de las obras, exigida con ocasión de la ejecución de un contrato estatal”. Para sustentar su decisión de negar las pretensiones formuladas, abordó la Sala, en dicha sentencia, el estudio de los diferentes aspectos relevantes, exponiendo, en primer lugar, los siguientes argumentos, que resulta pertinente reiterar ahora:*

*"1. La regulación de las garantías del contrato estatal (...)  
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 declara 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>48</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>49</sup>, *lo cual no tiene ninguna discusión.*

*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>50</sup>, (No lo destaca el texto)

Concretamente, sobre la competencia de la Administración para declarar el siniestro, con el fin de hacer efectiva la póliza de garantía de la obra o servicio contratado, a través de un acto administrativo, puntualizó la Sala, que tal facultad legal, se encuentra expresamente consagrada en los numerales 4° y 5° del artículo 68 del C. C. A.<sup>51</sup>, es decir, que la facultad unilateral deviene

---

<sup>48</sup> 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. 25-19), cuyos riesgos están reglamentados en el decreto 679 de 1994.

<sup>49</sup> El artículo 68 del decreto-ley 222 de 1983 contemplaba la obligación de constituir las garantías como cláusula presunta en tanto que la falta de estipulación no liberaba al contratista de la obligación de constituir las.

<sup>50</sup> (Cita original del texto) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 13599, reiteración jurisprudencial de la Sentencia de 24 de mayo de 2001, Exp. 13.598, M. P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>51</sup> Los numerales 4° y 5° del artículo 68 del C. C. A., norma en la cual se determinan los actos que prestan mérito ejecutivo, incluyeron, entre éstos los siguientes:

"4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad o la terminación según el caso.

de la propia ley, tal como lo señala el siguiente pronunciamiento:

*“Podía la entidad contratante declarar en forma unilateral la ocurrencia del siniestro? Para la Sala la respuesta es afirmativa, por cuanto la administración tenía la facultad para hacerlo unilateralmente luego de la terminación y liquidación del contrato. Facultad que se derivaba no sólo de la póliza que garantizó la estabilidad de la obra (cláusula 4ª ord. 1º) y de lo dispuesto en las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que señalaban las bases que debían cumplir en aquel entonces las pólizas de seguro de los contratos estatales (Resoluciones #s 10500/84, 10610/84 y 10756/84), sino, primordialmente, de lo que prevé el numeral 5 del art 68 del c.c.a. cuando dispone que prestarán mérito ejecutivo “las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación” (subrayas y negrilla fuera de texto).*

*Es este un poder de límites específicos que podía ser ejercido por la administración luego de la terminación y liquidación del contrato, como era de esta índole la declaratoria de incumplimiento que podía efectuar la misma para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (Art. 72 del Dec. 222 de 1983). En estos eventos se excepcionaba el principio de que los poderes exorbitantes de la administración en materia contractual tenían como límite temporal, en principio, la vigencia del contrato.*<sup>52</sup>

La doctrina ha precisado, en relación con el mismo tema lo siguiente:

*“Las garantías no son una pena convencional, porque su función no es la de constituir una estimación anticipada de los posibles perjuicios que pudiera sufrir la entidad pública por la inejecución del contrato, ni un medio coercitivo para apremiar al particular para que observe sus compromisos, sino esencialmente una salvaguarda que la ley le otorga al interés público frente a los eventuales incumplimientos del vínculo jurídico imputables al contratista. Por tanto es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias que le otorga la ley a la Administración en el ámbito de los contratos estatales, y que deben incluirse obligatoriamente en las cláusulas del contrato.*<sup>53</sup>

En relación con la facultad legal de las entidades estatales contenida en el

---

*"5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación". (Se subraya).*

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>53</sup> Cita original del texto transcrito: "GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo T.I, ob. Cit, Pág. 660. GARCÍA TREVIJANO, Ernesto, Las Garantías en los contratos Administrativos, Varios autores. Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Madrid. Cívitas S.A., 1996. Pág. 243"

artículo 68-4 del C. C. A., a propósito de la expedición de la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 75 dispuso que el juez competente para conocer de los procesos ejecutivos era el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sala se ocupó de examinar si el artículo 68-4 citado, había sido derogado por la disposición de la ley en comento, oportunidad en la cual determinó lo siguiente:

*“La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, si derogó el numeral 4° de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso.*

*El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal.”<sup>54</sup>*

Significa entonces que la Administración no obstante haber sido despojada de la potestad de adelantar, en contra de sus contratistas, el cobro ejecutivo mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva -puesto que el artículo 75 citado lo atribuyó al juez de lo Contencioso Administrativo, mediante el proceso ejecutivo-, sí conservó la competencia para expedir los actos administrativos mediante los cuales se hacía efectiva la garantía como consecuencia de la declaratoria del siniestro, con el fin de conformar el título ejecutivo, así lo destacó la Sala en sentencia de 14 de abril de 2005, Expediente 13599, cuyos apartes se transcriben a continuación:

*“De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala<sup>55</sup>, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos, a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que si quedó derogado fue el hecho de que dichos actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción*

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 2000, Exp. 11318.

<sup>55</sup> Cita original de la sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 13599 “Se refiere la Sala a la sentencia de 24 de agosto de 2000 ya citada, con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo.”

coactiva, pues el artículo 75 de la Ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

‘En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.

‘Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.

‘Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado -sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.

‘Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado, resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiese declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública.

‘De hecho, el Consejo de Estado ha dicho, respecto a la posibilidad de hacer efectivas las pólizas de cumplimiento, por medio de actos administrativos dictados por la administración, que indiscutiblemente esto es viable, teniendo en cuenta que:

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

"Lo anterior permite deducir que, una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto



administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción, como pasa a exponerse:" (Subrayas fuera de texto.) Sentencia de 24 de agosto de 2000, exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo.

La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual.

En relación con las prerrogativas que posee la Administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador<sup>56</sup>, toda vez que tal reclamación se suple a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantías sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente.

Al respecto, conviene precisar el contenido y alcance del artículo 1077 del C. de Co. mediante el cual se regula lo pertinente a la carga de la prueba que corresponde tanto al asegurado como al asegurador, dicho precepto consagra lo

---

<sup>56</sup> La objeción a la reclamación según el Tratadista Hernán Fabio López Blanco, se entiende como "la manifestación realizada por la compañía aseguradora frente a la reclamación debidamente formulada, indicando que no está obligada a indemnizar por no operancia del amparo o porque existiendo el mismo la cuantía reclamada excede de lo considerado como cantidad equitativa y correlativa al daño experimentado efectivamente, evento éste en que la objeción viene a ser parcial pues está aceptando la operancia del amparo y parte de la cuantía. Para realizar esa manifestación la empresa cuenta con un perentorio término legal de, por lo mismo inmodificable, de 60 días, contados a partir de aquel en que se haya completado la reclamación" (Revista Fasecolda No. 9, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro.)

siguiente:

**“Artículo 1077.** *Corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere del caso.*

*El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.”*

Del anterior texto normativo se infiere que en todo tipo de seguros, incluido el de cumplimiento, cuando el asegurado quiera hacer efectiva la garantía deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y de ser necesario también deberá demostrar la cuantía de la pérdida.

Lo anterior, por cuanto no siempre el beneficiario del seguro requiere demostrar la cuantía del daño, como cuando se reclama un seguro de vida, evento en el cual basta demostrar el hecho de la muerte, puesto que la suma asegurada se considera, dada la índole de esta clase de seguro, como el monto definitivo, único e indiscutible a cargo del asegurador<sup>57</sup>.

En otros casos y específicamente tratándose de los seguros de daño y por ende en los seguros de cumplimiento, en cuanto éstos constituyen una especie de aquellos, es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino determinar la cuantía del perjuicio ocasionado en el patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización, puesto que como quedó establecido, en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización.

La disposición a que se ha hecho referencia, está orientada hacia el régimen común de los seguros regulados por el Código de Comercio, que rige las relaciones entre particulares y por ello determina que el asegurado deba acreditar ante la entidad aseguradora, la ocurrencia del siniestro y el monto del perjuicio, por lo cual la carga de demostrarlos está en sus manos, pero teniendo presente que, en todo caso, es el asegurador quien determina si reconoce o no la existencia del siniestro y el monto del perjuicio, para lo cual emplea ajustadores y personal calificado que

---

<sup>57</sup> LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación en el contrato de seguro. Revista Fasecolda.

evalúan la reclamación que hace el asegurado (art. 1080 C. Co).

La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4º y 5º del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora, pues como ya se anotó, para que ello ocurra, según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co, deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños.

Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que presta mérito ejecutivo.

Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial.

Arribar a una conclusión contraria, en lo que concierne a la determinación de la cuantía del siniestro en el acto administrativo que declara su ocurrencia,

conduciría a hacer nugatoria y carente de efectos la facultad de la entidad contratante para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la obligación, pues ante la supuesta indeterminación de la cuantía del daño causado, no podría hacer efectiva dicha garantía.

Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicar el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.

Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional.

## **2.5 La garantía de calidad y correcto funcionamiento.**

En los contratos de prestación de servicios, como es el que ocupa la atención de la Sala, el contratista deberá responder por la calidad de los trabajos realizados de tal suerte que estos cumplan los cometidos estatales y logren satisfacer las necesidades de la Administración, finalidad primordial que se busca con la contratación pública.

La garantía de calidad de los bienes o servicios precave los posibles perjuicios que pueda sufrir la Administración cuando se presenten vicios en el objeto contratado, que no fue posible detectar al momento de la entrega de los trabajos y que inciden en el cumplimiento de los fines previstos.

La calidad en la adquisición de bienes y servicios, según el caso, y el adecuado funcionamiento de los primeros, es un asunto de trascendental importancia no sólo para quienes son parte en un contrato, estatal o privado, sino que, incluso, la ley ha asumido el tema de manera directa, en el sentido de exigir responsabilidad por su calidad y funcionamiento correcto a cargo de quienes, en el comercio, se dedican a proveer o a producir los bienes.

Para estos efectos, el Decreto 3466 de 1982 -Estatuto del Consumidor- dispone en los artículos 9, 11, 12 y 13, como obligación a cargo de los proveedores, expendedores y productores, garantizar la idoneidad y calidad de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado.

Este estatuto establece dos tipos de garantías: **i) La mínima presunta** - (art. 11), que se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios, a cargo de los productores, proveedores y expendedores, quienes están en la obligación de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad previstas en el registro de calidad de la Superintendencia de Industria y Comercio o en las normas técnicas oficiales. **ii) Las garantías voluntarias** (art. 12)-, son aquéllas que, de manera especial y diferente a la garantía mínima presunta, otorgan los productores o proveedores, a fin de cubrir la calidad de los bienes y servicios que suministran, las cuales deben constar por escrito.

Estas garantías, de conformidad con el artículo 13 del citado Estatuto, se extienden, según la naturaleza del bien o servicio, a la obligación de proporcionar la asistencia técnica indispensable para la utilización del bien, a su reparación y a que se suministren los recursos necesarios para este último efecto. Dichas obligaciones se entenderán pactadas en todos los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios, sometidos al régimen de garantía mínima presunta o respecto de los cuales se hubieren otorgado garantías diferentes.

Sobre este tema ha dicho la Sala<sup>58</sup>

*"Como quiera que de los artículos 11 y 29 del decreto ley 3466 de 1982 se desprende, que ante el consumidor, la responsabilidad por la garantía mínima presunta recae directamente en los proveedores y expendedores y es a éstos a los que deben solicitarla los consumidores afectados, la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de esos artículos frente a lo dispuesto por el art. 78 de la Carta, según el cual<sup>59</sup> serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud y la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios', consideró que: 'Privar a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios, de la acción directa contra los productores... viola el núcleo esencial del derecho del consumidor que, en su faceta procesal, no puede ser despojado de un medio de defensa efectivo contra el productor, en su condición de garante principal de la calidad y servicios que ofrece al mercado y responsable de los daños causados por sus defectos (...)'. Las garantías del fabricante, de este modo, se extienden frente al universo de los consumidores, con independencia de la existencia de un contrato directo con aquél. Por lo que respecta a la responsabilidad por el hecho ilícito vinculado con la puesta en circulación de productos defectuosos, se mantiene el rigor de esta institución que obliga a responder al productor no solamente frente al adquirente inmediato, sino frente a todos los siguientes que en su condición de consumidores pueden sufrir un perjuicio por ese concepto". De ahí que la Corte declarara exequibles las disposiciones demandadas 'bajo el entendido de que ellas se interpreten en el sentido de que el consumidor o usuario puede de manera directa exigir del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos'"*

Como se advierte, la garantía de calidad y correcto funcionamiento, por mandato legal, se encuentra a cargo de productores y proveedores; no obstante, tratándose de contratos con el Estado las normas especiales-tanto el Decreto 222 de 1983<sup>60</sup> como la ley 80 de 1993, y sus decretos reglamentarios- han impuesto a las entidades el deber de asegurarse, en forma adicional, con una garantía constituida, a cargo del contratista, ante una compañía de seguros o bancaria, con la cual cubran, entre otros, el riesgo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos que se adquieren o cuya reparación se contrate.

---

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 14 de 2003, Exp. 15.303.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 1141 del 30 de agosto de 2000.

<sup>60</sup> El artículo 67 del Decreto 222 de 1983 impone que en todo contrato celebrado por el Estado, se pactará expresamente la obligación para el contratista de garantizar entre otros la calidad del servicio y el correcto funcionamiento de los equipos y el artículo 68 ibídem consagra la cláusula presunta de garantías, según la cual el contratista no está eximido de constituir las, así no hayan sido pactadas en el contrato.

Al respecto cabe precisar que la calidad y el correcto funcionamiento son dos amparos autónomos pues cubren dos tipos de riesgos diferentes: **i)** la calidad, cubre al asegurado contra el riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista en lo pertinente a las especificaciones y requisitos mínimos pactados en el contrato, y, **ii)** el correcto funcionamiento protege al asegurado por los perjuicios que puede sufrir por el deficiente funcionamiento de los bienes o equipos que le han suministrado, instalado o reparado. Tales riesgos bien pueden estar cubiertos con el mismo amparo, pues la complementación que se da entre ellos es estrecha, toda vez que en la medida en que la calidad del servicio -reparaciones de equipos o maquinaria-, haya sido satisfactoria, o los elementos -equipos y maquinaria- suministrados sean de buena calidad, ello incidirá de manera directa en su correcto funcionamiento.

## **2.5 Los hechos probados.**

Según el material probatorio allegado al expediente, documentos que fueron aportados en originales y copias autenticadas, se encuentra probado en el proceso, lo siguiente:

2.5.1. Entre el Departamento del Cauca y ROGAL TRADE LTDA., se celebró, el 17 de diciembre de 1992, el contrato de prestación de servicios, cuyo objeto consistía en “efectuar la reparación” de algunos vehículos y equipos de propiedad del Departamento, Secretaría de Obras Públicas. El plazo del contrato se pactó a tres (3) meses y su valor en la suma de \$90'000.000. Documento aportado en original (Fls. 107 a 114, cd. pbas 1.)

El plazo contractual fue prorrogado en dos oportunidades, mediante adiciones suscritas el 15 de marzo de 1993 (Fls. 90 a 91, cd. Ppal 1) y de 13 de mayo del mismo año. (Fl. 92 a 93, cd. Ppal 1)

El recibo de los trabajos o reparaciones en los equipos del Departamento se hizo, el día 16 de junio de 1993, según consta en el acta respectiva (Fls. 94 a 101, cd. ppal).

2.5.2. En la cláusula décima del contrato se pactó la obligación del contratista de constituir en favor del Departamento, entre otras, la garantía de calidad del servicio y buen funcionamiento “*para*

*responder por la calidad del servicio y que garantice la calidad de los repuestos y funcionamiento de la maquinaria reparada,(...) cuyos defectos aparezcan después del recibo final”, por un valor equivalente al 25% del valor total del contrato y con una vigencia de tres (3) meses contados a partir de su liquidación.(Fl. 108, cd. pbas. 1)*

2.5.3. En cumplimiento de la previsión contractual, citada en el numeral anterior, ROGAL TRADE LTDA., celebró un contrato con Seguros Aurora SA, en virtud del cual esta compañía expidió dos (2) pólizas, a fin de amparar la calidad del servicio y correcto funcionamiento de los equipos respecto de las reparaciones efectuadas en ellos según el objeto del contrato; dichas pólizas son: la No.39418 por un valor asegurado de \$ 8'897.500 y la No. 39436 por un valor asegurado de \$13.602.500, (Fls. 158 a161, cd. ppal. 1).

En las condiciones generales de la póliza, se lee lo siguiente:

*"1.6. GARANTIA DE CALIDAD DEL SERVICIO. Por medio de la garantía de calidad del servicio, las entidades contratantes se precaven contra el riesgo que, un servicio que se ha contratado con unas determinadas especificaciones, no reúna los requisitos mínimos contractuales.*

*1.7. GARANTÍA DE CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS. Por medio de la garantía de correcto funcionamiento, las entidades contratantes se precaven contra los perjuicios originados por el incorrecto funcionamiento de los equipos que deba suministrar o instalar el contratista.*

*CUARTA. SINIESTRO. Se entiende causado el siniestro:*

*1. 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 la Compañía (...)" (Fl. 162, cd. ppal. 1).*

2.5.4 El 8 de octubre de 1993, mediante oficio ST-91, el interventor del contrato, Ingeniero Gustavo Vélez S., manifestó al Secretario de Obras Públicas que las máquinas, relacionadas en dicho oficio, presentaban fallas, pese a haber sido reparadas por el contratista (Fl. 127 a 128, cd. Ppal.).

2.5.5 Mediante la resolución No. 2764, expedida el 8 de octubre de 1993, el



Gobernador del Departamento del Cauca declaró ocurrido el siniestro de incorrecto funcionamiento de los equipos y mala calidad del servicio prestado y ordenó hacer efectiva la póliza No. 39436, que amparaba la calidad de las reparaciones y el correcto funcionamiento de los equipos reparados, expedida por Seguros Generales Aurora SA, por un valor de \$13'602.500. (Fls 20 a 22, cd. ppal. 1).

2.5.6 Contra el citado acto administrativo, la compañía de seguros interpuso recurso de reposición (Fl. 23 a 25, cd. ppal 1).

2.5.7. El Departamento, mediante la Resolución No. 3568 del 22 de diciembre de 1993, resolvió el recurso interpuesto, confirmando la decisión en todas sus partes (Fls. 26 a 28, cd. ppal 1), acto que fue notificado el 17 de enero de 1994, momento en el cual el acto administrativo -Resolución No 2764, de 8 de octubre de 1993-, adquirió firmeza. Fl. 80, cd. Ppal. 1)

## **2.6 El caso concreto.**

Los hechos anteriormente relacionados son demostrativos de que la entidad pública demandada, declaró el siniestro por defecto de las reparaciones efectuadas en equipos de su propiedad, en desarrollo del contrato de prestación de servicios celebrado con la empresa ROGAL TRADE LTDA., el 17 de diciembre de 1992, e hizo efectiva la póliza No. 34.436, que amparaba la calidad del servicio y el correcto funcionamiento de los equipos reparados, mediante la expedición de un acto administrativo que quedó ejecutoriado el 17 de enero de 1994, con la notificación de la Resolución No. 3568 de 1993, que desató el recurso. (fl. 80, cd. ppal 1)

El Tribunal Administrativo admitió la ocurrencia del siniestro, después de haber valorado la prueba que fue arrimada al expediente y así lo dejó consignado en la sentencia apelada, no obstante lo anterior declaró nulos los actos demandados con fundamento en que éstos no habían determinado el monto del perjuicio causado al Departamento tal como lo ordena el artículo 1077 del Código de Comercio, no obstante haberse acreditado en el proceso, la mala calidad de las reparaciones por parte del contratista y como consecuencia de ello el mal funcionamiento o inutilización de los equipos.

La Sala revocará la decisión apelada, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Si bien es cierto que las entidades estatales están facultadas legalmente para declarar el siniestro en relación con las garantías constituidas a su favor, tanto bajo el régimen contractual del Decreto-ley 222 de 1983, norma aplicable al sub lite, como en vigencia de la ley 80 de 1993, también debe precisarse, al igual que lo hizo el a quo, que las entidades públicas en su condición de aseguradas están en la obligación de acreditar el acaecimiento del siniestro así como la cuantía de la pérdida o perjuicio, según los claros mandatos del artículo 1077 del Código de Comercio, sin desconocer que la aplicación de esta norma, cuando se trata de entidades del Estado, resulta un tanto distinta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, sino que es la entidad pública asegurada la que tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, se determina la cuantía del daño causado.

En este orden de ideas resulta imperativo analizar el contenido de los actos administrativos expedidos por el Departamento del Cauca que son materia de impugnación en este proceso, a fin de establecer si se encuentran debidamente motivados y fundamentados en hechos ciertos que soporten la ocurrencia del siniestro y si realmente se determinó el valor de los perjuicios que la Administración estimaba haber sufrido.

Encuentra la Sala que el Departamento del Cauca, en los actos demandados soportó con un informe técnico de interventoría, las fallas que presentaron las máquinas reparadas. Dice al respecto la Resolución No. 2764 de 1993 (Fls. 20 a 21, cd. ppal. 1)

*"Que de conformidad con el informe del interventor del contrato, contenido en el oficio ST.91 del ocho (8) de octubre de 1993 se señala que la maquinaria presenta falla en la calidad de la reparación y funcionamiento del equipo así: El sistema eléctrico del cargador Komatsu WA-200 A; el sistema eléctrico, sistema de emergencia, sistema de frenos de la motoniveladora Caterpillar 120G..., el sistema eléctrico, no*

*suministro de kit para gato y sprokets, carril suspensor en mal estado, el sistema hidráulico del bulldozer caterpillar D4B..., el sistema hidráulico y eléctrico del cargador Caterpillar 920..., la revisión de la caja de velocidades de la volqueta No. 134, mangueras de refrigeración y martillo del compresor Ingersoll Rand..."*

*"Que lo anterior constituye la mala calidad del servicio prestado por la firma ROGAL TRADE LTDA., por lo cual debe declararse ocurrido el siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza."*

Se advierte que el citado oficio ST-91 de 8 de octubre de 1993, fue aportado al expediente en fotocopia debidamente autenticada (Fls. 127 a 128, cd. ppal 1), documento demostrativo de los defectos que presentaron las reparaciones contratadas. Dicho oficio constituye uno de los soportes fáctico de los actos administrativos acusados.

Detectados los defectos de la maquinaria la Administración Departamental le hizo conocer al contratista sobre el no funcionamiento en algunos de los equipos y los defectos encontrados en otros, prueba de ello son los oficios ST-28 de 21 de octubre de 1993, ST-29 de 9 de noviembre del mismo año y los oficios sin número de 3 y 9 de noviembre de 1993 (fls. 163 a 167, cd. ppal).

Igualmente, se destaca que con anterioridad, la Administración Departamental había hecho varios requerimientos al contratista para que cumpliera en debida forma con las reparaciones contratadas, prueba de ello son los oficios ST-11 de 1º de julio de 1993, ST-52 de 9 de julio de 1993 fls. 153 a 155, cd. ppal.), como también se observa la exigencia que le hizo para que constituyera la garantía de de calidad y correcto funcionamiento de los equipos reparados (fl. 157, cd. ppal)

Cabe destacar que el *a quo* al efectuar la valoración de la prueba, llegó a la conclusión de que realmente existían defectos en las reparaciones efectuadas por el contratista en desarrollo del contrato celebrado con el Departamento y, que por tal razón, era factible responsabilizar a la Compañía Aseguradora por el mal funcionamiento de la maquinaria, pero en forma proporcional a los daños reportados; sin embargo, no se adelantó examen alguno de los documentos aportados al plenario con el fin de establecer si el valor determinado en la Resolución 2764 de 8 de octubre de 1993, correspondía a los perjuicios reales sufridos por la Administración como consecuencia del incumplimiento del contratista, al no haber efectuado las reparaciones de los equipos y maquinaria

en debida forma.

En este orden de ideas, no existe duda de que se encuentra probada la existencia del daño, razón por la cual se examinará si el mismo fue cuantificado por la entidad pública para dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 1077 del Código de Comercio.

En el artículo segundo de la parte resolutive del mismo acto administrativo, Resolución No. 2764 de 1993 se ordenó "*hacer efectiva la póliza de calidad y correcto funcionamiento de los equipos (...) por un valor de TRECE MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$13'602.500)*".

Al resolver el recurso de reposición interpuesto por la Compañía de Seguros, contra el acto antes referido, el Departamento del Cauca mediante Resolución No. 3568 de 1993, confirmatoria de la anterior decisión, expuso lo siguiente:

*"Así las cosas, el señor Gobernador en su calidad de representante legal de la Administración departamental, se vio obligado a declarar el siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza de calidad y correcto funcionamiento, para lo cual en la Resolución 2764 de octubre 8 de 1993, objeto de este recurso, estableció en forma descriptiva y precisa cada una de las maquinarias y equipos y su defectuosa reparación, como la persistencia de las fallas de los mismos luego de reiterados y fallidos intentos de la firma ROGAL TRADE LTDA., por garantizar la calidad y correcto funcionamiento de las reparaciones acometidas, hecho que sin lugar a dudas se constituye en una prueba de la ocurrencia del siniestro que junto con el informe del señor interventor, permite cuantificar no solo la pérdida, sino los enormes perjuicios causados al Departamento del Cauca como a la comunidad, otra cosa es que la firma ROGAL TRADE LTDA, pretenda desestimar la ocurrencia del mismo como los perjuicios ocasionados por su ineficiente labor de reparación.*

*Finalmente es importante precisar que en el contrato quedaron fijadas las pautas, determinados los porcentajes para el cobro de las pólizas, en caso de que ocurriera el riesgo amparado, como en efecto aconteció y en virtud que el contrato es ley para las partes mediante el cual se establecieron recíprocos derechos y obligaciones, habiendo cumplido el Departamento del Cauca las obligaciones a su cargo, si estaba facultado para declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza de seguros, y no en la forma proporcional como lo sugiere la compañía aseguradora, puesto que las repercusiones defectuosas y*

las fallas en los equipos objeto del contrato, acarrearón la parálisis en dicha maquinaria, cuyo monto en perjuicios para la administración y comunidad Caucana es enorme y demostrable" (Fls. 27 a 28, cd. ppal 1)

Para la Sala, de estas consideraciones contenidas en la parte motiva de la Resolución No. 3568 de 1993, cuya ilegalidad se acusa, se desprende que la administración estimó el valor del daño en el límite del riesgo asegurado, esto es, en la suma de \$13'602.500, por considerar que los perjuicios sufridos por la Administración eran de tal entidad o magnitud y también estableció las consecuencias de la defectuosa reparación de la maquinaria, en los siguientes términos "*(...) este hecho sin lugar a dudas se constituye en una prueba de la ocurrencia del siniestro que junto con el informe del señor interventor permite cuantificar no solo la pérdida, sino los enormes perjuicios causados al Departamento del Cauca como a la comunidad"* (fl. 27 a 28, cd. ppal 1).

Considera igualmente, que se encuentra probado el siniestro y determinada la cuantía del daño por parte de la Administración, razón por la cual corresponde examinar, si el valor por el cual el Departamento hizo efectiva la garantía, equivalente al monto del riesgo asegurado, realmente corresponde a los daños sufridos por el Departamento o si dicho valor es menor o mayor.

Para tal fin, resulta útil examinar, en el contrato, los ítems que fueron contratados en cada uno de los equipos y máquinas objeto del contrato y que presentaron fallas en su reparación; el informe del interventor contenido en el oficio ST-91 de 8 de octubre de 1993, en el cual detalla la relación de las fallas que han venido presentando las diferentes máquinas reparadas por el contratista y la Resolución No. 2764 de 8 de octubre de 1993, mediante la cual se declaró el siniestro y se ordenó hacer efectiva la póliza de calidad y correcto funcionamiento, en la cual también se relacionan las fallas en la calidad de la reparación y funcionamiento de los equipos.

A continuación se presentan cada uno de los equipos que hicieron parte del objeto contratado con su valor total indicando, discriminando los elementos o ítems que los integran y su respectivo valor; se destacan (subrayados) aquellos elementos que presentaron fallas e impidieron el correcto funcionamiento de los equipos y maquinaria:

**1) Cargador Komatsu WA200A Serie 10984. (Valor total: \$10'500.000)**

Elementos que lo componen:

- a) Servotransmisión: No se incluye descripción por estar amparado el riesgo con póliza diferente de aquella que se hizo efectiva por el Departamento.
- b) Sistema eléctrico.
- c) Llantas. No se presentaron fallas.
- d) Transmisión. No se presentaron fallas.
- e) Pintura. No se presentaron fallas.
- f) Mantenimiento general. No se presentaron fallas.

<b>Elementos</b>	<b>Alcance en el contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Cauca y la firma Rogal Trade Ltda.</b>	<b>Informe del interventor ST-91 de 8 de octubre de 1993 que sirvió de base</b>	<b>Resolución 2764 de 8 de octubre de 1993</b>	<b>Cuantía pactada en el contrato</b>
b) Sistema eléctrico.	Reparación general, colocando motor de arranque, revisión del alternador, luces, circuitos integrados y baterías	Por falta de funcionamiento su calidad de reparación es imprecisa	Señala las fallas presentadas en la calidad de la reparación y funcionamiento del sistema eléctrico	\$1'800.000

Como quiera que en el acto administrativo que declaró el siniestro y ordenó hacer efectiva la calidad y correcto funcionamiento de los equipos, no se determinó cuáles eran los defectos de las reparaciones, puesto que el interventor se limitó a afirmar “ *por la falta de funcionamiento su calidad de reparación es imprecisa*”, no es posible derivar responsabilidad a la compañía aseguradora por los trabajos efectuados en el sistema eléctrico del Cargador Komatsu WA 200A Serie 10984, por parte del contratista; situación que también advirtió el Tribunal en la

sentencia apelada.<sup>61</sup>

## 2) Motoniveladora Caterpillar 120G serie 87V05574. (Valor total: \$13'450.000)

Elementos que lo componen:

- a) Motor. No se presentaron fallas.
- b) Sistema hidráulico. No se presentaron fallas.
- c) Frenos.
- d) Sistema eléctrico.
- e) Llantas. No se presentaron fallas.
- f) Pintura. No se presentaron fallas.
- g) Mantenimiento General. No se presentaron fallas.

Elementos	Alcance en el contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Cauca y la firma Rogal Trade Ltda.	Informe del interventor ST-91 de 8 de octubre de 1993 que sirvió de base	Resolución 2764 de 8 de octubre de 1993	Cuantía pactada para cada ítem, en el contrato
c) Sistema de frenos	Reparación y revisión del sistema y reforzada de bandas	En el compresor de aire se presentan fugas en las mangueras de aire por la rotura de estas.  La varilla del acelerador no es la original y su funcionamiento es deficiente.	Presenta fallas en la calidad de la reparación y funcionamiento el sistema de frenos y de emergencia.	\$500.000

<sup>61</sup> "Como conclusión de lo anterior puede decir el Tribunal que no hay prueba exacta sobre el mal funcionamiento del sistema eléctrico porque el funcionamiento del motor estaba vinculado con el de la servotransmisión, no amparado por esta póliza y con la reparación de otros elementos que permitieran poner en marcha el motor, reparaciones estas últimas que, como lo admiten los propios funcionarios del ente demandado, no hacía parte del contrato, razón por la cual no puede cargarse este rubro a la póliza 39436." (fl. 236, cd. ppal 1).

d) Sistema eléctrico.	Revisión general, reparación motor de arranque alternador, luces, tablero de control, circuitos internos y baterías.	Problemas en el encendido; luces, cambio de lámparas, swiche y cambio luces.  Presencia de agua en el aceite hidráulico que fue reparado por la Secretaría de Obras Públicas Departamentales	Presenta fallas en la calidad de la reparación y funcionamiento.	\$1'600.000
-----------------------	--	--	--	-------------

### 3) Buldózer Caterpillar D4E 20X- 01742. (Valor total: \$19'900.000)

Elementos que lo componen:

- a) Motor. No se presentaron fallas.
- b) Tren de rodaje
- c) Sistema hidráulico.
- d) Sistema eléctrico.
- e) Sistema de empuje. No se presentaron fallas.
- f) Sistema de frenos. No se presentaron fallas.
- g) Revisión mandos. No se presentaron fallas.
- h) Latonería, pintura, fabricar casilla y tapizar asiento del operador. No se presentaron fallas.

Elementos	Alcance en el contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Cauca y la firma Rogal Trade Ltda.	Informe del interventor ST-91 de 8 de octubre de 1993 que sirvió de base	Resolución 2764 de 8 de octubre de 1993	Cuantía pactada para cada ítem, en el contrato
b) Tren de rodaje	Incluye cambio de reconstrucción de carriles superiores e inferiores, reconstrucción tensoras, reconstrucción de las sprokets de	Fallas del alineamiento en rodamientos, en rueda tensora y sprokets que fue reparado por la Secretaría de Obras Públicas Departamentales	Presenta fallas en la calidad de la reparación por defectos en el alineamiento de rodamientos, rueda tensora y sprokets.	\$5'800.000



	las dos tensoras, desvenas de las 2 cadenas (78 unidades) cambio de una zapata, cambio de tornillería (312 unidades), metalización cámaras, tornillo tensor de la cadena, cambio 10 bujes.	Tiene un carril suspensor en mal estado.	Carril suspensor en mal estado.	
c) Sistema hidráulico	Incluye reparación bomba hidráulica, cambio sellos, gatos principales, empaquetadura control válvulas, revisión y cambio de mangueras hidráulicas en general.	Deben suministrar kit para gato de levante, émbolo en mal estado.  Arreglo de tuercas, mandos finales. Chavetas de pedales de frenos.  Proveer aceites hidráulico y de caja. Estos defectos fueron reparados por la Secretaría de Obras Públicas Departamentales	Presenta fallas en la calidad de la reparación y funcionamiento por no suministro de kit para gato de levante, émbolo en mal estado	\$3'900.000
d) Sistema eléctrico.	Incluye alternador y arranques nuevos, cambio de baterías y terminales de baterías, cables, indicadores, arreglo y revisión general del sistema, instalación clutch master.	Fallas en el motor de arranque.	Presenta fallas en la calidad de la reparación y funcionamiento.	\$2'400.000

**4) Cargador Caterpillar 920 62 K 7505 con motor 3304, serie 78P20154 (Valor**

**total: \$15'600.000)**

Elementos que lo componen:

- a) Motor. No se presentaron fallas.
- b) Servotransmisión. No se presentaron fallas.
- c) Sistema hidráulico.
- d) Sistema eléctrico.
- e) Llantas. No se presentaron fallas.
- f) Pintura General. No se presentaron fallas.
- g) Mantenimiento general. No se presentaron fallas.

<b>Elementos</b>	<b>Alcance en el contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Cauca y la firma Rogal Trade Ltda.</b>	<b>Informe del interventor ST-91 de 8 de octubre de 1993 que sirvió de base</b>	<b>Resolución 2764 de 8 de octubre de 1993</b>	<b>Cuantía pactada para cada ítem, en el contrato</b>
c) Sistema hidráulico	Incluye revisión general controlando bomba y presiones del sistema, revisión del cilindro de levante, descarga y dirección, cambio de empaquetaduras.	No se reparó la bomba hidráulica ni se hizo cambio de mangueras.	Presenta fallas en la calidad de la reparación y funcionamiento.	\$1'500.000
d) Sistema eléctrico.	Revisión total del sistema, revisión y reparación del motor de arranque y del alternador, luces, cambio de batería y de instrumentos.	Swiche de encendido en mal estado, no fue reparado.  Presencia de agua en el aceite hidráulico el cual fue reparado por la Secretaría de Obras Públicas Departamentales.	Presenta fallas en la calidad de la reparación y funcionamiento.	\$1'500.000

**5) Compresor INGERSOLL RAND 940238. (Valor total: \$6'280.000)**

Elementos que lo componen:

- a) Motor. No se presentaron fallas.
- b) Turbina. No se presentaron fallas.
- c) Llantas. No se presentaron fallas.
- d) Cambio válvula reguladora de presión.
- e) Latonería y pintura y cambio de filtros y aceites.
- f) Martillo, barrero y sus mangueras con acoples

Elementos	Alcance en el contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Cauca y la firma Rogal Trade Ltda.	Informe del interventor ST-91 de 8 de octubre de 1993 que sirvió de base	Resolución 2764 de 8 de octubre de 1993	Cuantía pactada para cada ítem, en el contrato
f) Martillo, barrero y sus mangueras con acoples	Martillo, barrero y sus mangueras con acoples	La interventoría no está de acuerdo con la manguera suministrada ni con el martillo pues no se acomoda a los requerimientos del trabajo. El recalentamiento por mala postura de mangueras de refrigeración fue reparado por la Secretaría de Obras Públicas Departamentales.	Presenta fallas en la calidad de la reparación y funcionamiento, en las mangueras de refrigeración y martillo.	\$1'800.000

#### 6) Volqueta Nissan Diesel No. 134.

Tanto en la Resolución No. 2764 de 8 de octubre de 1993 como en el informe del interventor que le sirve de fundamento y en relación con la volqueta Nissan Diesel No. 134, se dice, únicamente: *“la Revisión de caja de velocidades”* (fls.21 y 128, cd. Ppal 1), expresión de la cual no puede deducirse la existencia de un daño para el Departamento, amén de que en el alegato de conclusión el Departamento

demandado afirmó: “Se aceptó que fue reparada la caja de velocidades de dicha volqueta.”, razón por la cual no se incluye entre los elementos que presentaron defectos en la reparación y que se consideran constitutivos del daño.

A continuación se presenta un cuadro resumen que contiene aquellos elementos que integran la maquinaria y equipos que presentaron defectos de reparación y, por lo tanto, conllevaron a su no funcionamiento, como también el valor que para tales elementos fue pactado en el contrato de prestación de servicios.

<b>EQUIPO</b>	<b>ELEMENTOS QUE PRESENTARON FALLAS EN SU REPARACIÓN</b>	<b>VALOR</b>
2) Motoniveladora Caterpillar 120G serie 87V05574	c) Sistema de frenos	\$500.000
	d) Sistema eléctrico	\$1'600.000
3) Buldózer Caterpillar D4E 20X- 01742.	b) Tren de rodaje	\$5'800.000
	c) Sistema hidráulico	\$3'900.000
	d) Sistema eléctrico.	\$2'400.000
4) Cargador Caterpillar 920 62 K 7505 con motor 3304, serie 78P20154	c) Sistema hidráulico	\$1'500.000
	d) Sistema eléctrico	\$1'500.000
5) Compresor INGERSOLL RAND 940238	f) Martillo, barrero y sus mangueras con acoples	\$1'800.000
<b>TOTAL</b>		<b>\$ 19'000.000</b>

Como se observa el valor de los ítems que presentaron defectos de reparación, según el informe de la interventoría contenido en la Resolución 2764 de 1993 y demás pruebas allegadas al plenario, alcanzan la suma de \$19'000.000, monto superior al riesgo asegurado que según la póliza de garantía asciende a \$13'602.500.

Cabe precisar que el amparo de la póliza otorgada, según se desprende de la cláusula contractual pactada y del contenido mismo de la póliza, estaba cubriendo no sólo la calidad del servicio prestado sino también el correcto funcionamiento de los equipos reparados y, por lo tanto, resultaba perfectamente viable para la Administración, tasar el daño tomando en cuenta también este segundo aspecto que hacía parte del riesgo asegurado.

En el caso sub lite, la entidad pública estatal como ya se advirtió, determinó en los actos administrativos impugnados, el valor de los perjuicios que se imputaban a la garantía, monto que no superó la cuantía asegurada y, por tal razón, dichos actos no se encuentran afectados de vicio alguno que determine su ilegalidad.

Para la Sala, según las circunstancias anotadas, al actor correspondía la carga de probar, en el proceso, los siguientes aspectos, a fin de sacar adelante sus pretensiones:

- i) De un lado, debió probar que los hechos constitutivos del siniestro, expuestos en los actos acusados, no existieron, pero como se evidencia del análisis del material probatorio, el actor no logró probarlo y, por el contrario, en la sentencia de primera instancia el Tribunal luego de hacer un análisis sobre cada uno de los equipos reparados, llegó a las siguientes conclusiones: *“Analizado en conjunto la confrontación anterior concluye el Tribunal que efectivamente se presentaron algunos daños en las reparaciones efectuadas por el contratista que produjeron mal funcionamiento de la maquinaria y que son atribuibles a él.”* (Fls. 243, cd. ppal); igualmente se lee, *“Con base en lo anterior considera el Tribunal posible responsabilizar a la aseguradora por el mal funcionamiento de esta máquina por estar dentro de los términos del contrato y la garantía pero solo en términos proporcionales al daño asegurado y de acuerdo con el perjuicio sufrido.”* (fls. 238, 240 y 241, cd. ppal 1).
- ii) De otro lado, debió demostrar el vicio que se le imputa a los actos demandados, referido a la falta de determinación del perjuicio sufrido por la entidad, pero no simplemente para impetrar su nulidad, sino acreditando que el monto definido en la parte resolutive del primero de los actos expedidos, no podía ser por el total del valor asegurado, sino por una suma

inferior en razón de la proporcionalidad, que tampoco pudo demostrar.

Lo anterior por cuanto los actos administrativos están amparados por las presunciones de legalidad y veracidad, en virtud de las cuales, se consideran ajustados al ordenamiento jurídico mientras no se demuestre lo contrario.

Correspondía entonces al actor, que demandó la declaratoria de nulidad de los actos, la carga de probar ante la instancia judicial, la existencia de vicios que afectaban la decisión administrativa; en el caso concreto, la no ocurrencia del siniestro o la no determinación o determinación en exceso del valor del perjuicio que se hizo efectivo como consecuencia de la declaratoria del mismo.

Tratándose de una entidad estatal, y estando claro que ella es quien declara el siniestro, en las condiciones establecidas en el artículo 1077 del Código de Comercio, le corresponde a la compañía aseguradora discutir estos aspectos, para lo cual puede acudir en primer lugar a la vía gubernativa y, luego, de ser necesario, ante la instancia judicial, en procura de desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo, esto es, debe demostrar que el siniestro no existe, que el monto del perjuicio no fue determinado por la Administración o que a pesar de haber sido declarado, su monto es inferior.

En el presente caso se advierte que la compañía de seguros afirmó que los hechos constitutivos del siniestro no acaecieron y que los actos acusados no determinaron el monto del perjuicio, cuando en verdad, como lo admitió el propio Tribunal, sí se presentó mal funcionamiento de los equipos por defectos de las reparaciones efectuadas y, adicionalmente, como pudo demostrarse al examinar los actos acusados, éstos si determinaron el monto del perjuicio sufrido por el Departamento, solo que de una manera que no resulta aceptable para el actor, quien finalmente no logró probar en el proceso que el monto del perjuicio causado por los defectos en la reparación de los equipos objeto del contrato, era menor de aquel que fue determinado en el acto administrativo acusado.

Los anteriores razonamientos son suficientes para que la sentencia apelada sea

revocada y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

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

### **FALLA**

**PRIMERO: REVÓCASE** la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 28 de octubre 1997, mediante la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones 2764 de 8 de octubre de 1993 y 3568 de 22 de diciembre de 1993, expedidas por el Departamento del Cauca y se exoneró a la empresa demandante del pago ordenado en los citados actos administrativos. En su lugar se dispone:

**DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**COPÍESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y PUBLÍQUESE**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**  
Presidente de la Sala

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**  
Salvo voto

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
aclara voto

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

## **SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. RUTH STELLA CORREA PALACIO**

### **ACTO QUE DECLARA SINIESTRO - Contenido / ACTO QUE DECLARA SINIESTRO - Competencia / ACTO QUE DECLARA SINIESTRO - Alcances**

Aunque la Sala reitera el criterio que años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado del incumplimiento de los contratos estatales y de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, con lo cual estoy de acuerdo, en esta oportunidad, creo que en forma errónea, va más allá cuando precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aun después de terminar el contrato, mediante actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo por vía de los recursos ante la Administración y judicial mediante el ejercicio de la acción contractual. A mi juicio se debió confirmar la sentencia del juez a quo en cuanto anuló los actos acusados, aunque por motivos diferentes a los expuestos por éste, toda vez que, contrario a lo sostenido sin sustento legal en la providencia de la cual discrepo, entiendo que la autoridad pública carecía de competencia para fijar autónomamente los perjuicios con el fin de hacer efectiva la garantía que amparaba el contrato, ante el siniestro por incumplimiento del mismo. En esta materia, considero que únicamente el monto convenido por las partes en la cláusula penal en caso de que ésta haya sido pactada, será el que la Administración pueda hacer efectivo en el acto administrativo en el que se declare la caducidad o el siniestro de incumplimiento del contrato para hacer efectiva la póliza que lo ampara, y si ella estima que los perjuicios son superiores o exceden el valor fijado por mutuo acuerdo en tal cláusula, o no existe dicha estipulación contractual, deberá exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato, mediante la interposición de la respectiva acción contractual, pero no podrá en ningún caso imponer una tasación de los mismos de manera unilateral. Como una de las funciones que se le atribuyen a la cláusula penal -quizás la más importante- es la de constituirse en una liquidación anticipada del daño producido por el incumplimiento contractual hecha por las propias partes del negocio jurídico, su fuente deviene de la autonomía de la voluntad y, por contera, no podría imponerla una de ellas si no fue estipulada previamente, so pena de contravenir la ley del contrato.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D. C., veintidós (22) abril de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)**

**Actor: SEGUROS GENERALES AURORA S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA**



Referencia: ACCION CONTRACTUAL

### SALVAMENTO DE VOTO

Con toda consideración y respeto por la Sala, procedo a explicar las razones que me llevaron a disentir de la decisión mayoritaria adoptada en providencia de 22 de abril de 2009, a través de la cual se revocó la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 28 de octubre de 1997, en la que se declaró la nulidad de las Resoluciones 2764 de 8 de octubre de 1993 y 3568 de 22 de diciembre de 1993, expedidas por el Departamento del Cauca y se exoneró a la empresa demandante del pago pretendido por el ente territorial.

La demanda que dio lugar al proceso estudiado se originó en varios actos administrativos expedidos por el Gobernador del Cauca, mediante los cuales declaró el siniestro amparado en la póliza No. 3968 de 22 de diciembre 1993, en virtud del incumplimiento del contrato de prestación de servicios celebrado el 17 de diciembre de 1992 por el ente departamental a su cargo y la sociedad Rogal Trade Ltda., para la reparación y suministro de repuestos, volquetas, motoniveladoras, bulldózer y un compresor, de propiedad del Departamento del Cauca - Secretaría de Obras Públicas. Como restablecimiento se pidió la exoneración del pago pretendido por el departamento.

En síntesis, la Sala señaló para fundamentar su decisión:

“Si bien es cierto que las entidades estatales están facultadas legalmente para declarar el siniestro en relación con las garantías constituidas a su favor, **tanto bajo el régimen contractual del Decreto- ley 222 de 1983, norma aplicable al *sub lite*, como en vigencia de la ley 80 de 1003, también debe precisarse al igual que lo hizo el a quo, que las entidades públicas en su condición de aseguradas están en la obligación de acreditar el acaecimiento del siniestro, así como la cuantía de la pérdida o perjuicio**, según los claros mandatos del artículo 1077 del Código de Comercio, sin desconocer que la aplicación de esta norma, cuando se trata de entidades del Estado, resulta un tanto distinta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza - entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, sino que **es la entidad pública asegurada la que tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, se determina el daño causado**. En este orden de ideas resulta imperativo analizar el

contenido de los actos administrativos expedidos por el Departamento del Cauca que son materia de impugnación en este proceso, a fin de establecer si se encuentran debidamente motivados y fundamentados en hechos ciertos que soporten la ocurrencia del siniestro y si realmente se determinó el valor de los perjuicios que la Administración estimaba haber sufrido. (...) **[N]o existe duda de que se encuentra probada la existencia del daño**, razón por la cual se examinará si el mismo fue cuantificado por la entidad pública para dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 1077 del Código de Comercio. (...) Para la Sala, de estas consideraciones contenidas en la parte motiva de la Resolución No. 3568 de 1993, cuya ilegalidad se acusa, se desprende que **la administración estimó el valor del daño en el límite del riesgo asegurado, esto es, en la suma de \$13'602.500**, por considerar que los perjuicios sufridos por la Administración eran de tal entidad o magnitud (...).

“(...)

“En el presente caso se advierte que la compañía de seguros afirmó que los hechos constitutivos del siniestro no acaecieron y que los actos acusados no determinaron el monto del perjuicio, cuando **en verdad, como lo admitió el propio Tribunal, sí se presentó mal funcionamiento de los equipos por defectos de las reparaciones efectuadas y, adicionalmente, como pudo demostrarse al examinar los actos acusados, éstos si determinaron el monto del perjuicio sufrido por el Departamento...**” (Fls. 297 y ss.). (Negrilla ajena al texto original).

Es decir, aunque la Sala reitera el criterio que años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado del incumplimiento de los contratos estatales y de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, con lo cual estoy de acuerdo, en esta oportunidad, creo que en forma errónea, va más allá cuando precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aun después de terminar el contrato, mediante actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo por vía de los recursos ante la Administración y judicial mediante el ejercicio de la acción contractual.

A mi juicio se debió confirmar la sentencia del juez *a quo* en cuanto anuló los actos acusados, aunque por motivos diferentes a los expuestos por éste, toda vez que, contrario a lo sostenido sin sustento legal en la providencia de la cual discrepo, entiendo que la autoridad pública carecía de competencia para fijar autónomamente los perjuicios con el fin de hacer efectiva la garantía que amparaba el contrato, ante el siniestro por incumplimiento del mismo.

En esta materia, considero que únicamente el monto convenido por las partes en la cláusula penal en caso de que ésta haya sido pactada, será el que la

Administración pueda hacer efectivo en el acto administrativo en el que se declare la caducidad o el siniestro de incumplimiento del contrato para hacer efectiva la póliza que lo ampara, y si ella estima que los perjuicios son superiores o exceden el valor fijado por mutuo acuerdo en tal cláusula, o no existe dicha estipulación contractual, deberá exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato, mediante la interposición de la respectiva acción contractual, pero no podrá en ningún caso imponer una tasación de los mismos de manera unilateral.

En efecto, repárese que la cláusula penal (art. 1592 C.C)<sup>62</sup> es un cálculo anticipado de perjuicios que hacen las partes por el incumplimiento del contrato (art. 1600 *ejusdem*)<sup>63</sup>; por manera que, para poder hacerla efectiva, no es necesario acreditar dichos perjuicios por el acreedor en vista de la infracción a las obligaciones del mismo por el deudor (art. 1599 C.C<sup>64</sup>).

Dicha pena consiste, precisamente, en que de antemano se ha fijado por las partes los perjuicios por la inejecución o la ejecución tardía o defectuosa de los deberes contractuales, lo que significa que ante la violación del contrato se releva al acreedor de la carga de probar la existencia del daño y el monto del resarcimiento del mismo. En todo caso, su aplicación no se opone a que puedan demandarse ante el juez del contrato los mayores perjuicios que se causen, aun cuando, por regla general, habrá de tenerse en cuenta que no se puede pedir la pena y la indemnización de perjuicios al tiempo, sino excepcionalmente, como ocurre en las hipótesis prevista en el artículo 1594 del Código Civil<sup>65</sup>.

Lo cierto es que, como una de las funciones que se le atribuyen a la cláusula penal -quizás la más importante<sup>66</sup>- es la de constituirse en una liquidación

---

<sup>62</sup> C.C. "ART. 1592.—La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."

<sup>63</sup> La ley -art. 1592 C.C. transcrito- no señala expresamente que la cláusula penal sea un cálculo anticipado de perjuicios, sino la doctrina y la jurisprudencia con acentuada influencia francesa así lo han entendido con base en el artículo 1600 del C.C., que establece, salvo pacto expreso, la posibilidad de exigir el valor de la pena o la indemnización pero no ambas al tiempo, petición sujeta en todo caso a que no se exceda del doble de la obligación, según el art. 1601 *ibidem*.

<sup>64</sup> "ART. 1599. *Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.*"

<sup>65</sup> "ART. 1594.- *Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.*"

<sup>66</sup> Igualmente, se han señalado como otras funciones de la cláusula penal la de apremio al deudor cuando se pacta que

anticipada del daño producido por el incumplimiento contractual hecha por las propias partes del negocio jurídico, su fuente deviene de la autonomía de la voluntad y, por contera, no podría imponerla una de ellas si no fue estipulada previamente, so pena de contravenir la ley del contrato.

Tampoco, por la misma razón antes aludida, es posible que por fuera de una cláusula de esta índole y sin autorización de la ley una de las partes se arrogara la facultad de determinar unilateralmente los perjuicios por desatención del contrato y su *quantum*, tal y como lo interpretó la Sala al estimar en el caso concreto que bien podía hacerlo la Administración en el acto demandado que declaró ocurrido el siniestro de incumplimiento del contrato amparado en la póliza expedida por Seguros Generales Aurora S.A.

En este sentido, si en el *sub exámine* no se había pactado la cláusula penal o no se hizo ella efectiva en los actos demandados, no es válido que el ente departamental hubiese incluido en los mismos el valor de los perjuicios irrogados, con el propósito de hacer efectiva la garantía constituida a su favor, en tanto no le estaba permitido en esas circunstancias establecer su cuantía unilateralmente, por cuanto la ley no le ha otorgado a las entidades públicas esa facultad exorbitante.

Debo recordar que las potestades exorbitantes que puede ejercer la Administración en los contratos por ella celebrados son expresas y de interpretación restrictiva, en virtud del principio de legalidad que rige esta actividad, de manera que la providencia no tuvo en cuenta este principio, dado que ni en el Decreto ley 222 de 1983, ni en la Ley 80 de 1993, ni en la reforma surtida a ésta por la Ley 1150 de 2007, se le ha conferido a la Administración el poder para cuantificar el monto de los perjuicios en el acto administrativo en el cual declara la caducidad o el siniestro del incumplimiento.

En efecto, el Decreto ley 222 de 1983 -estatuto contractual vigente para cuando se suscribió el contrato que originó el proceso- si bien establecía como cláusula obligatoria del contrato la penal pecuniaria (art. 60), y prescribía su efectividad directa por la entidad en caso de declaratoria de caducidad<sup>67</sup> o de incumplimiento

---

la pena no sustituya la obligación principal ni la indemnización; y la de garantía, en tanto asegura el cumplimiento de la obligación principal de la cual es accesoria.

<sup>67</sup> En el artículo 63 de dicho estatuto se determinaba que “[e]n todo caso la resolución que declare la caducidad, en cuanto ordene hacer efectivas las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria, prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva”.

del mismo, descontando su valor de los saldos a favor del contratista, o por medio de la garantía constituida, o por jurisdicción coactiva, en cuyo evento el pago así obtenido se consideraría como parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante (arts. 72<sup>68</sup> y 73<sup>69</sup>), a mi modo de ver no extendía dicho poder unilateral de recaudo a la cuantificación de los valores por mayores perjuicios que pudieran exceder al avalúo que de éstos realizaron de consuno y anticipadamente las partes del contrato en la cláusula penal, ni con mayor razón en caso de ausencia de una estipulación de este linaje.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, como se sabe, no contempló disposiciones que hicieran obligatorio el pacto de la cláusula penal pecuniaria, lo cual no obsta para que con fundamento en la autonomía de la voluntad (art. 32 *ibídem*) y en la legislación civil (art. 1592 C.C.) y comercial (art. 867 C. Co.) pueda acordarse en los contratos celebrados entre los particulares y la Administración; empero, si en vigencia de este estatuto, con fundamento en lo dispuesto por los numerales 4 y 5 del artículo 68 del C.C.A.<sup>70</sup>, la jurisprudencia estimó que las entidades estatales gozaban de la facultad para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato y hacer exigible la póliza constituida a su favor, entiendo que no fue clara en identificar que tuviesen una potestad excepcional expresa en el sentido propugnado en la providencia para regular *mutuo proprio* los perjuicios cuando no se hubieran estipulado en la cláusula penal.

Igualmente, observo que la Ley 1150 de 2007 -que reformó la citada ley 80-, a este respecto solamente indicó:

a) Que “[e]l acaecimiento del siniestro que amparan las garantías [entre ellas la de cumplimiento] será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare” (art. 7 inciso 5);

---

<sup>68</sup> “ART. 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA -. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. / La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. / El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.”

<sup>69</sup> “ART. 73. DE LA APLICACION DE LAS MULTAS Y DE LA CLAUSULA PENAL. El valor de las multas y de la cláusula penal Pecuniaria a que se refieren los artículos anteriores ingresará al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida, y si esto no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva.”

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 10 de julio de 1997, Exp. 9.286; de 3 de mayo del 2001; de 24 de agosto de 2002, Exp. 13.598, y de 14 de abril de 2005, Exp. 14.583.

b) Que las entidades públicas pueden declarar unilateralmente el incumplimiento, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (art. 17 *ibídem*); y

c) Que la cláusula penal así impuesta se hará efectiva directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto, entre otros, a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de jurisdicción coactiva (art. 17 parágrafo).

Sin embargo, como puede apreciarse, la Ley 1150 de 2007, tampoco previó una facultad para que las entidades públicas cuantifiquen el valor de la pérdida cuando estimen que existen perjuicios superiores a la cuantía fijada en la cláusula penal, o cuando ella no se hubiera pactado en el contrato.

Aun más, en respaldo de lo afirmado en precedencia, encuentro que la Sala había expuesto en varias providencias la postura de la cual participo. Así, en Sentencia de 22 de noviembre de 1989, señaló:

“...Cuando se declara la caducidad por incumplimiento o se declara el sólo incumplimiento en los eventos del antecitado artículo 72, la ley presume que se causaron perjuicios por el valor de la cláusula. **Y hasta ese valor el acto de caducidad prestara mérito ejecutivo; vale decir, en este campo sólo hasta ese valor irá el poder exorbitante de la administración contratante en materia [sic] de perjuicios por incumplimiento.** Porque si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral...”<sup>71</sup> (Negrilla ajena al texto original).

Igualmente, en Sentencia de 1 de octubre de 1992, reiteró:

“...Podía hacerse esa declaración de incumplimiento, no con la finalidad señalada en el artículo 72 del decreto 222 de 1983 (la efectividad de la cláusula penal), sino, pura y simplemente, para hacer efectiva la garantía de cumplimiento pactada en el contrato? **Estima la sala que no.** Y su pensamiento ha sido no solo coherente sino reiterado. Durante la ejecución del contrato la declaración de incumplimiento solo puede hacerse para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato, y vencido el plazo contractual únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Y esa misma jurisprudencia ha afirmado que **si la administración estima que los perjuicios son mayores al valor de esa cláusula penal, no**

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de noviembre de 1989, Exp. 5.253.

**podrá decidirlo unilateralmente sino que tendrá que acudir al juez del contrato.”<sup>72</sup> (Negrilla ajena al texto original).**

Y en época más reciente, en providencia de 4 de noviembre de 2004, adujo:

“...Cuando la administración declara la caducidad del contrato, en ejercicio del privilegio de la decisión previa tiene competencia para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista incumplido, y así lo ha sostenido la Corporación. Ahora si los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria resultaría lógico que el afectado con la decisión de la administración pidiera en vía gubernativa y luego en ejercicio de la acción contractual ante el juez natural la modificación del acto para que este ajustara la liquidación de los perjuicios anticipados al porcentaje real de incumplimiento, pero, **si la cláusula penal no alcanzara a cubrir el monto de los perjuicios ocasionados, la entidad estaría también en condiciones de solicitar al juez del contrato el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios que excediera la penalidad pactada.**”<sup>73</sup> (Negrilla por fuera del texto)

Así mismo, en Sentencia de 27 de julio de 2005, indicó:

“...La cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato que las partes celebraron, constituyó una tasación anticipada -parcial pero definitiva- que las partes hicieron respecto de los perjuicios que le representaba a la entidad contratante el incumplimiento definitivo de su contratista, en tal forma que si ella lo declaraba, podía proceder a cobrar dicha cláusula sin necesidad de acreditar nada más; **en la medida en que pretendiera que los perjuicios fueron superiores a tal monto, le correspondía probarlo dentro de un proceso, para que el juez procediera a la respectiva condena;** y así mismo, en cuanto el contratista considerara que los perjuicios no eran equivalentes al monto de esa cláusula penal sino inferiores, debía probarlo así en el proceso, o en el presente caso, ha debido hacerlo la aseguradora, cosa que evidentemente no hizo...”<sup>74</sup> (Negrilla por fuera del texto)

En el anterior orden de ideas, concluyo que:

(i) Cuando la Administración declara la caducidad o el siniestro de incumplimiento del contrato y pretende hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, mediante el cobro de la garantía que lo ampara, no está obligada a demostrar el monto del daño, porque tal estipulación es una fijación convencional antelada de los mismos y de su cuantía, de suerte que bien puede incluir ese valor en el respectivo acto administrativo.

---

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1992, Exp. 6.631.

<sup>73</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 4 de noviembre de 2004, Exp. 24.275.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de julio de 2005, Exp. 12.394.

(ii) Si la Administración recibe perjuicios adicionales a los señalados en dicha cláusula penal, no le está permitido tasarlos y agregarlos unilateralmente dentro del acto administrativo correspondiente, toda vez que ninguna de las leyes en materia de contratación pública le han otorgado tal facultad exorbitante, caso en el cual haciendo la salvedad de que el pago de la cláusula penal se considera como parcial de los perjuicios causados a la entidad contratante, debe acudir al juez del contrato para que en proceso de responsabilidad contractual determine el mayor daño alegado.

(iii) En el evento en que no se hubiese pactado cláusula penal en el contrato ante el incumplimiento podrá exigirse la garantía que lo ampara presentando una reclamación extrajudicial a la aseguradora garante en los términos del Código de Comercio (arts. 1077 y ss. C. de Co.) o, en caso de controversia, demandado judicialmente el incumplimiento con la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

En los anteriores términos, dejo expuestos los motivos que me llevaron a salvar el voto en el presente caso.

*Fecha ut supra*

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

#### **ACLARACION DE VOTO DEL DR. MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**CONTRATO ESTATAL - Noción / CONTRATO ESTATAL - Partes. Aseguradora / ASEGURADORA - Es parte del contrato estatal / CONTRATO DE SEGURO ESTATAL - Naturaleza jurídica**

Estimo pertinente precisar que, en casos como el que en esta ocasión ocupó la atención de esta Corporación, a mi juicio la respectiva compañía aseguradora sí es parte de un contrato estatal, precisamente de aquél de seguros que tiene por objeto garantizar el cumplimiento del contrato principal celebrado entre el contratista particular y la entidad estatal contratante, todo por cuanto esa es la naturaleza que le corresponde de conformidad con múltiples y variados argumentos que se encuentran desarrollados con detalle en el auto que fue expedido en enero 30 de 2008, expediente N° 32.867, del cual tuve oportunidad



de ser ponente y a cuyo contenido me remito mediante la transcripción de los apartes pertinentes.

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

**Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D. C., veintidós (22) abril de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)**

**Actor: SEGUROS GENERALES AURORA S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA**

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala y reafirmando que comparto la decisión que se adoptó mediante el fallo al cual se refiere la presente aclaración, al punto que lo acompañé con mi voto, estimo pertinente precisar que, en casos como el que en esta ocasión ocupó la atención de esta Corporación, a mi juicio la respectiva compañía aseguradora sí es parte de un contrato estatal, precisamente de aquél de seguros que tiene por objeto garantizar el cumplimiento del contrato principal celebrado entre el contratista particular y la entidad estatal contratante, todo por cuanto esa es la naturaleza que le corresponde de conformidad con múltiples y variados argumentos que se encuentran desarrollados con detalle en el auto que fue expedido en enero 30 de 2008, expediente No. 32.867<sup>75</sup>, del cual tuve oportunidad de ser ponente y a cuyo contenido me remito mediante la transcripción de los apartes pertinentes, en los cuales se sostuvo:

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

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

---

<sup>75</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de enero 30 de 2008. Expediente 32.867, radicación número 520012331000200500512 01. Actor: Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL. Demandado: Aseguradora Colseguros S. A.

*Al respecto resulta pertinente mencionar que en su momento la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido el 4 de abril de 1974<sup>76</sup> –aunque en vigencia de un ordenamiento legal totalmente diferente al que se encuentra vigente en la actualidad y que de manera principal recoge hoy la Ley 80 de 1993, pero de gran importancia para la ilustración de la materia-, a propósito de la clasificación de los contratos de la Administración Pública aplicable para esa época, realizó las consideraciones que se transcriben a continuación acerca de los elementos o criterios que permitirían identificar un contrato como administrativo, así:*

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

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

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

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

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

*“f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos (sic) que contiene una serie de condiciones inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consciente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste;*

*“g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el*

---

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de abril de 1974. Anales del Consejo de Estado, páginas 22 y siguientes.

*empleo de estipulaciones no usuales ni admisibles en los contratos privados por razón del interés público envuelto en el contrato, como cuando se conviene la caducidad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, sin indemnización y a favor del Estado el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes;*

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

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

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

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

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

*A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual –al margen de los reparos que amerita la definición contenida en la parte inicial de su artículo 32-, se encuentra legalmente definido como aquel acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales que menciona el artículo 2º *ibídem*<sup>77</sup>, independientemente de que se trate de contratos previstos o*

---

<sup>77</sup> Así reza el artículo 2º de la Ley 80:

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

tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad como suele suceder con los que se clasifican como atípicos e innominados (artículo 32, Ley 80).

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

Ahora bien, a propósito de la expresión “**contratos estatales**” (artículos 8-2, 11, 13, 27, 28, 32, 39, 40, 70, entre otros), que la propia Ley 80 asimila y equipara con las de “**contratos del Estado**” (artículos 41 y 44, entre otros) y “**contratos de las entidades estatales**” (artículos 1, 6, 8-1, 13, 32-1, 32-2, 32-3, 32-4, 39, 66, entre otros), la cual dio lugar al surgimiento de la clasificación que lleva su nombre, cabe señalar que por diversas razones –tales como su sentido natural y obvio, su amplia aceptación, su vasta comprensión, su permanente utilización-, tuvo una dinámica tal que incluso ha determinado su utilización por normas que en modo alguno la circunscriben a los específicos contratos de que se ocupa el estatuto de contratación estatal<sup>78</sup> o a los cuales le sean aplicables, total o parcialmente, sus disposiciones, por manera que manteniendo el señalado criterio subjetivo u orgánico, las expresiones, equivalentes entre sí, de “contratos estatales”, “contratos del Estado” o “contratos de las entidades estatales”, se han extendido a tal punto que en la actualidad integran un verdadero género que se encuentra conformado por todos aquellos contratos en los cuales interviene como parte una entidad pública o estatal, sin que dicha categoría pueda reducirse a los contratos de que se ocupa específicamente la Ley 80 (artículo 32) o en cuya celebración participa una de las entidades que ese estatuto contractual define como estatales (artículo 2), puesto que éstos últimos contratos –estatales propiamente dichos-, apenas si corresponden a una de las especies de ese género.

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

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

---

<sup>78</sup>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.(...)”.

<sup>78</sup> Precisamente en ese sentido amplio cabe entender la expresión “contrato estatal” que utiliza el artículo 32 de la Ley 446, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A., al igual que la expresión “contratos de las entidades estatales” que aparece en el numeral 5 del artículo 132 del mismo C.C.A., modificado por el artículo 40 de la citada Ley 446.

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

*“.....*

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

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

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

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

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

*“2º Contratos estatales especiales”<sup>79</sup>.*

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

---

<sup>79</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 20 de 1998. Radicación No. 14202. Actor: Universidad del Tolima. Magistrado Ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

de derecho público como de derecho privado<sup>80</sup>.

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

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

En el caso de los contratos de seguro a cuya celebración se procede con el objeto de garantizar el cumplimiento de contratos estatales previamente celebrados entre entidades públicas y contratistas particulares, se alega que aquellos no pueden pertenecer a la referida categoría de los contratos estatales, máxime si el criterio determinante de éstos es el subjetivo u orgánico, por la sencilla razón de que en ninguno de los extremos del vínculo contractual se ubica la entidad pública beneficiaria del seguro, puesto que el contrato en cuestión sería celebrado exclusivamente entre dos particulares, esto es entre el contratista particular en su condición de tomador y la respectiva aseguradora, quienes, por tanto, en los términos del artículo 1037<sup>81</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, como quiera que el mismo fue formulado desde mucho antes de que entrara en vigencia el actual estatuto de contratación estatal contenido en la Ley 80 y, por tanto, mucho antes también de que el ordenamiento positivo colombiano adoptara la mencionada clasificación de los contratos estatales, como quiera que respecto de la categoría de los contratos administrativos resultaba igualmente problemático aceptar, sin una explicación plausible y suficiente, que pudiera tenerse como administrativo un contrato de seguro que aparentemente sería celebrado, de manera exclusiva, entre dos particulares sin que del mismo formare parte entidad pública alguna, a lo cual se agregaba la dificultad adicional de que la clasificación de los contratos administrativos respondía a un criterio eminentemente legal y entre el listado correspondiente las normas no incluyeron los mencionados contratos de seguros.

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

---

<sup>80</sup> Cf. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de septiembre 23 de 1997. Expediente S-701-Contractual. Actor: Diego Giraldo Londoño. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>81</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”.

*“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 reconvencción, 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>82</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.*

*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*

---

<sup>82</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.

*adecuar algunos de los argumentos y razonamientos que fueron consignados en la aludida providencia de marzo 9 de 1988 –incluso en cuestiones terminológicas relacionadas con la clasificación entonces vigente de los contratos de derecho público-, pero sin que ello determine una modificación en la conclusión de fondo.*

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

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

**B.-** *Porque el estatuto de contratación estatal también se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, de lo cual se deduce que los mismos se encuentran sometidos a las disposiciones contenidas en el estatuto de contratación estatal, normatividad especial que, al menos, da lugar a la configuración de un régimen legal de carácter mixto que en modo alguno puede tildarse como integrado exclusivamente por normas de derecho privado, tal como lo reflejan el contenido del numeral 4<sup>83</sup> del artículo 5, el inciso final del artículo 18<sup>84</sup>, el numeral 19<sup>85</sup> del artículo 25, el inciso 2 del*

---

<sup>83</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>84</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>85</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.*

artículo 41<sup>86</sup> y el inciso final del artículo 60<sup>87</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>88</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, como quiera que resultan totalmente diferentes de los demás contratos normales o corrientes de seguros que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio, de conformidad con las siguientes anotaciones:

**a).-** En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le

---

"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".

<sup>86</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>87</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>88</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".

*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>89</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 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>90</sup>.*

---

<sup>89</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.

<sup>90</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*

- c).**- El riesgo que debe amparar el contrato de seguro lo determina la entidad estatal contratante, de manera unilateral, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia, sin que su alcance pueda ser libre y voluntariamente convenido entre el contratista particular y la correspondiente aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).
- d).**- El término de vigencia del respectivo contrato de seguro, así como el de sus diferentes amparos, también obedece a decisiones que adopta de manera unilateral la entidad estatal contratante, sin que ese aspecto pueda ser definido de manera libre y voluntaria entre el contratista particular y la compañía aseguradora. (Artículo 25-19, Ley 80).
- e).**- La cuantía de cada amparo es impuesta unilateralmente por la entidad estatal contratante, sin que su monto pueda responder al libre y voluntario convenio entre el contratista particular y la aseguradora. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).
- f).**- Aquellas características o cláusulas que deba contener la respectiva póliza y que la entidad estatal contratante hubiere señalado o exigido como obligatorias en el pliego de condiciones o términos de referencia, en modo alguno podrán ser variadas, discutidas o negociadas por el contratista particular o por la aseguradora. (Artículo 30-6, Ley 80).
- g).**- El correspondiente contrato de seguro se celebra de manera obligatoria, por mandato de la ley, en los términos que establezca la respectiva entidad estatal contratante, sin que el contratista particular o la aseguradora tengan la opción de discutir o negociar si hay lugar, o no, a su celebración o a la expedición de la respectiva póliza. (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80).
- h).**- La ejecución de los contratos estatales se encuentra supeditada, por expreso mandato legal, a la previa aprobación que la entidad estatal

---

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”.

*contratante debe impartir respecto del correspondiente contrato de seguro mediante el cual se garantice el cumplimiento de aquellos. (Artículo 41, Ley 80).*

*Ese mismo mandato legal impone el requisito consistente en que el contrato de seguro deba someterse a la revisión y aprobación expresa de la entidad estatal contratante, acerca de cuyos efectos se realizará un desarrollo específico más adelante.*

- i).- En cuanto el objetivo del contrato de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que ambos contratos participan de una misma y común finalidad, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales.*

*Si una de las principales razones que a lo largo del tiempo han justificado la existencia misma de la clasificación de los contratos estatales y su sometimiento a un régimen legal especial –por lo general mixto o de derecho público–, radica en el hecho de que los contratos del Estado conllevan la satisfacción del interés general y constituyen una herramienta eficiente e idónea para asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales –a diferencia de lo que ocurre con los contratos celebrados entre particulares, los cuales, en principio y sin perjuicio de la función social que le corresponde a la propiedad privada<sup>91</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 normatividad consagrada en la Ley 80, la Sala ha sostenido:*

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

*“Bajo este orden de ideas, independientemente de que la Ley 80 de 1993, guarde silencio frente al contrato de seguro, como no ocurría*

---

<sup>91</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”.



*en la legislación anterior y que dicha figura se someta fundamentalmente a las reglas de derecho privado; también lo es que su fin último es garantizar el cumplimiento de un contrato principal celebrado entre una entidad pública y un particular y, desde este punto de vista no hay duda que sigue la suerte del contrato garantizado”.*

“.....

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

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

“.....

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

*“De este modo, el contrato de seguro no puede valorarse separadamente de aquel cuya ejecución garantiza, ni es válido predicar del mismo su plena autonomía para someter la ejecución a la jurisdicción ordinaria, ya que se rompería la continencia de la causa y se desconocería la circunstancia que da origen a la ejecución de la póliza de seguro, que no es otra cosa que el incumplimiento del contrato estatal por parte del contratista”<sup>92</sup>.*

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

*Para la Sala resulta válido sostener que en los contratos de seguros que se celebran con el fin de garantizar el cumplimiento de contratos estatales, las*

---

<sup>92</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.

*entidades contratantes sí toman parte.*

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

*Después de examinar el alcance de la norma legal que en el derecho común regula, de manera general, la institución de la estipulación a favor de un tercero, contenida en el artículo 1506<sup>93</sup> del Código Civil, se evidencia que la aceptación que el tercero manifiesta respecto de la estipulación que se ha efectuado a su favor genera efectos retroactivos al momento de la celebración de la convención entre estipulante y prometiende, al tiempo que determina el surgimiento de una relación contractual entre el beneficiario y el prometiende, en virtud de la cual, precisamente, aquél en condición de acreedor podrá exigirle al prometiende el cumplimiento de su obligación.*

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

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

*“... Por el motivo que sea, el delegado promete a favor de un tercero, el delegatario, o sea que asume frente a él la obligación ajena (del delegante). Y queda a la entera discreción de dicho tercero aceptar o no tal promesa, en los términos en que se le ofrece, que no está al arbitrio suyo modificar. Su derecho a la promesa es directo e inmediato, y mientras no haya manifestado su aceptación o conformidad, estipulante y prometiende pueden variar los términos del acuerdo y de la promesa y retractarse. Ese es asunto de ellos y que se definirá entre ellos. Pero, una vez que el tercero-delegatario-acreedor acepta, la promesa, revocable o no, da paso a un contrato en razón del cual el delegado queda comprometido definitivamente para con él, y con efecto retroactivo”<sup>94</sup>.*

---

<sup>93</sup> Así reza el artículo 1506 del Código Civil:

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

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

<sup>94</sup> HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las obligaciones – concepto, estructura, vicisitudes”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D. C. Marzo de 2002. Primera edición.

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

*“d) El derecho colombiano. Al tenor del ya transcrito art. 1506 de nuestro Código Civil, la estipulación para otro ha sido acogida en la forma más amplia y compatible con las necesidades del comercio, apartándose así dicha obra de los prejuicios restrictivos de sus modelos romano, francés y español: “cualquier persona, aunque no tenga derecho para representar a un tercero, puede, sin embargo, estipular a favor de este una obligación a cargo del otro contratante”. De esta suerte queda abierto ancho campo a esta institución de creciente importancia práctica en materia de seguros, de transportes, de títulos valores, etc., en los cuales es indispensable admitir la existencia de un derecho, siquiera condicionado, a favor del tercero beneficiario y a cargo del contratante promitente, desde el momento mismo de la celebración del contrato entre este y el estipulante. Igualmente, el citado art. 1506 precisa, según lo veremos con más amplitud, los efectos de la estipulación, tanto entre los contratantes, a quienes se les reconoce el derecho de revocarla antes de la aceptación del beneficiario, como respecto de este, quien adquiere, desde la celebración del contrato, el derecho correlativo al compromiso unipersonal o unilateral que contrae el promitente en su favor”<sup>95</sup>.*

La formación de un negocio jurídico, a partir de la aceptación que manifiesta el tercero beneficiario, al cual quedan vinculados el prometiente y el acreedor en cuyo favor se ha extendido la estipulación, se evidencia con claridad en las líneas que al tema dedica el profesor Claro Solar al examinar el artículo 1499 del Código Civil chileno, cuyo texto corresponde, en su totalidad, al del artículo 1506 del Código Civil patrio:

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

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

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

---

<sup>95</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. OSPINA ACOSTA, Eduardo. “TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DE LOS DEMÁS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS”. Cuarta edición actualizada. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1994.

*voluntad de adquirirlo*<sup>96</sup>. (Se ha destacado).

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

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

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

*“Desde el momento en que el asegurador haya recibido la noticia de rechazo, cesarán los riesgos a su cargo y el tomador quedará liberado de sus obligaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119<sup>97</sup>”.*

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

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

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

*“De las diferentes especies que participan de la noción de seguros de daños, el de cumplimiento es precisamente una de ellas, si se toma en consideración que, dada su particular naturaleza, a través de un negocio tal **la compañía aseguradora se compromete a pagarle al asegurado los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador** nacidas de leyes y contratos, cual lo prevé la ley 225 de 1938, o, como lo dijo la Sala en otra ocasión, aquel “en el que un acreedor persigue ponerse a*

<sup>96</sup> CLARO SOLAR, Luis. EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO. Volumen V. Tomo Undécimo – De Las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis. Bogotá, 1988.

<sup>97</sup> El artículo 1119 del Código de Comercio dispone:

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

*cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia” (sentencia 078 de 2 de mayo de 2002, exp. # 6785); (...)98”. (Se ha deja resaltado).*

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

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

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

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

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

*“Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura “...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su*

---

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

*indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de lo regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil” (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670).*

*“En el seguro de cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, “...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico” (art. 1083 C.C.), [cas. civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo “consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’ (cas. civ. 15 de marzo de 1983” (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se itera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles”<sup>99</sup>. (Las subrayas pertenecen al texto original).*

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

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

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

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

---

<sup>99</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 24 de julio de 2006. Expediente No. 00191. Magistrado Ponente, Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

entidad contratante por cuya virtud acepta los términos del contrato que inicialmente se estipuló a su favor pero sin facultades para representarla y a partir de ese momento, con efectos retroactivos, se vincula como parte del respectivo contrato de seguro.

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

“C) Obrando a nombre de un tercero sin representación

**“(…) En estos casos el asegurado sólo queda circulando jurídicamente cuando ratifica el contrato, aun después de ocurrido el siniestro (Código de Comercio, art. 1038), en cuyo caso, en cabeza de él se radican todas las obligaciones y derechos. Si, por el contrario, el asegurado no ratifica el contrato, competirá el cumplimiento de las obligaciones al tomador-solicitante, hasta cuando la compañía tenga conocimiento del rechazo: pero ésta devengará la prima proporcional al riesgo cubierto, valor que deberá pagarlo el tomador-solicitante, y si se rechaza su pago, consideramos que podrá hacerse efectiva la obligación por medio del juicio ejecutivo (...)”<sup>100</sup>.**  
(Se ha resaltado).

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

“Tomador provisional. El tomador puede estipular el seguro “en nombre de un tercero sin poder para representarlo” (art. 1038). El tomador, según lo expuesto, obra en nombre propio y “por cuenta propia o ajena”. Y de este modo es parte en el contrato, en su formación y en el transcurso de su vigencia. Es un supuesto excepcional el que consigna la ley en el citado art. 1038 del Código de Comercio. Porque nos coloca en presencia de un “tomador” (así denominado textualmente) que estipula “en nombre de un tercero”, solo que desprovisto de poder para representarlo. Y naturalmente, por cuenta del mismo, para proteger su interés como “asegurado”. Un “tomador” de carácter precario, llamado a ostentar esa calidad mientras el tercero en cuyo nombre “estipula” define su posición en el contrato. Sea porque lo ratifique, lo que puede hacer “aun después de ocurrido el siniestro”. A fortiori, durante el término que antecede a este evento y sucede a la celebración del seguro. O porque lo rechace. Lo cierto es que “está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, hasta el momento en que el asegurador haya tenido noticia de la ratificación o del rechazo de dicho contrato por el asegurado”, como “el tomador” strictu sensu, solo que, producida la ratificación, el asegurado (el tercero) asume la calidad de “tomador” ex tunc (art. 844) y, con ella, las obligaciones derivadas del contrato, el pago de la prima entre ellas si aún no ha sido satisfecho por el “tomador” original. Y recibida por el asegurador “la noticia de rechazo”, cesan los riesgos a

<sup>100</sup> FLOREZ ENCISO, Saúl. “Estudios de Derecho Comercial EL CONTRATO DE SEGURO”. Editorial Derecho y Ley Ltda. Bogotá, D. E. 1982.

*su cargo, lo que vale tanto como decir que termina o se extingue el contrato, quedando “el tomador” inicial “liberado de sus obligaciones” ex nunc, hay que entenderlo, porque hasta entonces hubo interés, riesgo, prima, obligación condicional, hubo “seguro” y, por tanto, el asegurador ha debido devengar la parte correlativa de la prima”<sup>101</sup>.*

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

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

Por todo lo anterior estimo que en el fallo de la referencia no hacían falta generar la duda acerca de si a la compañía aseguradora que demandó le asistía interés y legitimación para promover el proceso de la referencia.

RESPETUOSAMENTE,

---

<sup>101</sup> OSSA G. Efrén. TEORÍA GENERAL DEL SEGURO – EL CONTRATO. Editorial Temis. Bogotá. 1991.



**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**  
**Consejero de Estado**