



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 63001-23-33-000-2021-00084-01 (70.576)
Demandante: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.
Demandados: Municipio de Armenia y otros
Referencia: Controversias contractuales
Asunto: Aclaración de voto

Comparto la decisión adoptada por la Subsección en la sentencia del 27 de septiembre de 2024 en el marco del proceso de la referencia. Sin embargo, estimo necesario aclarar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo estaba llamada a resolver la pretensión de nulidad del contrato de seguro, no porque éste *“participe de la naturaleza jurídica”* del contrato estatal celebrado entre el municipio de Armenia y la Unión Temporal Puentes Armenia, sino porque se cumplían los requisitos para aplicar la figura del fuero de atracción. Por lo tanto, considero que el razonamiento sobre la aplicación de esta figura no debía presentarse como un argumento a mayor abundamiento, sino como el fundamento central para concluir que se cumplía el presupuesto procesal de jurisdicción para conocer dicha pretensión.

En la decisión adoptada por la Sala, con base en una providencia anterior de esta Corporación¹, se afirmó 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”, entre otros motivos, debido a que ‘los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, deben examinarse con la misma óptica conceptual con la que se ha diseñado el régimen legal especial de los contratos estatales que ellos garantizan’, motivo por el cual el contencioso administrativo ostenta jurisdicción al respecto”*. No comparto esta afirmación por las siguientes razones².

En primer lugar, la disposición normativa que en su momento³ sirvió de base para justificar esta afirmación —el artículo 70 del derogado Decreto 222 de 1983— no se encuentra en vigor. En el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública vigente no existe ninguna disposición que establezca, como lo hacía el Decreto 222, que *“los respectivos contratos de garantías forman parte integrante de aquél que se garantiza”*. Por lo tanto, no hay fundamento legal para afirmar que el contrato de seguro de cumplimiento participa de la naturaleza jurídica del contrato

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 30 de enero de 2008, Exp. 32867, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Las razones por las cuales no comparto otros argumentos esgrimidos en el auto del 30 de enero de 2008, que no fueron reproducidos en la decisión adoptada por la Sala, se encuentran consignadas en la aclaración de voto a la sentencia del 8 de abril de 2024 (Exp. 60.718).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de marzo 9 de 1988, Exp. 4913, C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

estatal amparado, máxime cuando el de seguro es un contrato conexo, pero a la vez principal, autónomo e independiente.

En segundo lugar, la calificación jurídica del contrato no puede apartarse de la precisa definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la cual está cimentada en un criterio subjetivo. El contrato es estatal si y solo si en su celebración concurre una de las entidades a que se refiere el artículo 2º de esa Ley. De acuerdo con el artículo 1037 del Código de Comercio, en el marco de un contrato de seguro, la calidad de parte se establece en función de los sujetos que asumen la posición de tomador y asegurador, y no en razón del interés que pueda tener el asegurado y/o beneficiario respecto de esa relación contractual. Que la entidad estatal asegurada y beneficiaria de la indemnización se constituya en acreedora de la aseguradora que asumió el riesgo no le otorga el carácter de parte del contrato de seguro, ya que no ocupa la posición del tomador. Por lo tanto, de acuerdo con la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro de cumplimiento no puede calificarse como estatal, salvo que una entidad estatal tenga la condición de aseguradora o tomadora, lo cual no ocurrió en este caso.

En tercer lugar, si bien es cierto que en la interpretación del contrato de seguro de cumplimiento debe tenerse en cuenta que el riesgo asegurado es el cumplimiento de obligaciones que emanan de un contrato estatal, esta no es una razón suficiente para afirmar que *“participa de su naturaleza jurídica”*. Como ya se indicó, la calificación jurídica de un contrato como estatal depende de la presencia de una entidad estatal como parte de él, y no de otros criterios como la finalidad de garantizar su cumplimiento. Además, si bien es cierto que la finalidad del seguro de cumplimiento es avalar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de otro contrato, lo cierto es que no por ello puede catalogarse como uno accesorio, en la medida que, a cambio del pago de una prima, la aseguradora asume una obligación propia consistente en cubrir al asegurado y/o destinatario de la indemnización de los perjuicios que puedan causarse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, lo cual realiza bajo una especial regulación. Por lo tanto, aun cuando dicha obligación de la aseguradora está condicionada a la realización del riesgo que se proyecta en el marco del contrato amparado, esto no significa que el contrato de seguro de cumplimiento se integre o haga parte de aquel.

Finalmente, es claro que, cuando se pide la nulidad de un acto administrativo contractual expedido por una entidad pública⁴ para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza de cumplimiento en cualquiera de sus amparos, el conocimiento del asunto corresponde a esta jurisdicción, tal y como lo establece el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, este razonamiento no puede trasladarse automáticamente a las pretensiones relacionadas con la nulidad contrato de seguro o de alguna de sus cláusulas, ya que la entidad asegurada, al no tener la condición de tomadora, no hace parte de él y, por tanto, este contrato no se califica como estatal. Otra cosa es que la entidad pueda tener interés directo en ello y que, según las circunstancias de cada caso, deba ser vinculada necesariamente al proceso. Para ello, habrá de analizarse si lo que se resuelva tiene la virtualidad de afectar su derecho a recibir la indemnización, en la medida en que esa decisión pueda dejar desprotegido el interés asegurable que se radica en

⁴ En los términos del párrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

cabeza suya y que deriva de su posición de contratante en el negocio jurídico cuyo cumplimiento se ampara.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto frente a lo decidido por la Subsección A de la Sección Tercera en sentencia del 27 de septiembre de 2024.

Fecha *ut supra*.

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrado

VF

*Nota: se deja constancia de que esta aclaración de voto se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.***

