

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUB SECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

JUNIO 14 DE 2019

RADICACIÓN: 11001 03 26 000 2009 00047 00 (36860)

*MARÍA CRISTINA ISAZA POSSE**

Para la elaboración de esta reseña y con el fin de ceñirnos de la manera más rigurosa a la decisión adoptada por el Consejo de Estado, la sentencia está tomada de manera textual en casi su totalidad.

Aspecto fáctico

Mediante el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, se expidió “el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública”. En el mes de mayo de 2009, la Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA) presentó demanda contra la Nación –Ministerio del Interior– Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, con el fin de obtener la nulidad de varios apartes.

El acto acusado

El texto literal del decreto, cuyos apartes destacados con negrilla fueron acusados, es del siguiente tenor:

“Art. 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente decreto regulan los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley N° 80 de 1993 y la Ley N° 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos, y (ii) los contratos y de su liquidación; (iii) así

* Abogada Universidad Javeriana. Especialista y Magistra en Derecho de Seguros, Universidad Javeriana. Asesora y Consultora. Profesora Universitaria. Contacto: mcisaza@isazaposse.com.

como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 7° de la Ley N° 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos aquí previstos.

Las normas contenidas en el presente capítulo son aplicables a todos los mecanismos de cobertura del riesgo señalados en el presente decreto.

Parágrafo. El presente decreto no contiene reglamentación sobre los riesgos a que se refiere el Art. 4° de la Ley N° 1150 de 2007”.

“Art. 2°. Mecanismos de cobertura del riesgo. Se entiende por mecanismo de cobertura del riesgo el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.

El mecanismo de cobertura del riesgo es por regla general indivisible, y sólo en los eventos previstos en el presente decreto, la garantía otorgada podrá ser dividida por etapas contractuales.

Art. 3°. Clases de garantías. En los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías:

- 3.1 Póliza de seguros.
- 3.2 Fiducia mercantil en garantía.
- 3.3 Garantía bancaria a primer requerimiento.
- 3.4 Endoso en garantía de títulos valores.
- 3.5 Depósito de dinero en garantía.

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

Art. 4°. Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones. La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:

4.1 Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:

La garantía de seriedad de la oferta cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento, en los siguientes eventos: (...)

4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:

La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

4.2.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo (...)

4.2.2 Devolución del pago anticipado (...)

4.2.3 Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato (...)

4.2.4 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales ...

“4.2.5 Estabilidad y calidad de la obra (...)

(sic) [sin numeral '4.2.6'].

4.2.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados (...)

4.2.8 Calidad del servicio (...)

4.2.9 Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados.

Art. 5°. Cubrimiento de otros riesgos. En adición a las coberturas de los eventos mencionados en el artículo anterior, la entidad pública deberá exigir en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

Cuando en algunos de los contratos de que trata el párrafo anterior la entidad contratante autorice previamente la subcontratación, se exigirá al contratista que en la póliza de responsabilidad extracontractual se cubran igualmente los perjuicios derivados de los daños que sus subcontratistas puedan causar a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos, o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro de responsabilidad civil extracontractual propio para el mismo objeto.

Lo anterior sin perjuicio de que la entidad contratante deba evaluar los demás riesgos a que puede estar expuesta, en cuyo caso exigirá al contratista las demás garantías que la mantengan indemne frente a esos eventuales daños.

Art. 7°. Suficiencia de la garantía. Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:

7.1 Seriedad del Ofrecimiento (...)

7.2 Buen manejo y correcta inversión del anticipo (...)

7.3 Pago anticipado (...)

7.4 Cumplimiento (...)

7.5 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales (...)

7.6 Estabilidad y calidad de la obra (...)

7.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados ...

7.8 Calidad del servicio (...)

7.9 Responsabilidad extracontractual. El valor asegurado en las pólizas que amparan la responsabilidad extracontractual que se pudiera llegar a atribuir a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor del contrato, y en ningún caso inferior a doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (200 smlmv) al momento de la expedición de la póliza. La vigencia de esta garantía se otorgará por todo el período de ejecución del contrato.

En el evento en que se deban amparar otros riesgos, la suficiencia de la garantía deberá fijarse por la entidad contratante, teniendo en cuenta el objeto del contrato y la naturaleza de tales riesgos.

Art. 13. Incumplimiento de las obligaciones del contratista relativas a mantener la suficiencia de la garantía. Una vez iniciada la ejecución del contrato, en caso de incumplimiento del contratista de la obligación de obtener la ampliación de la garantía o de la obligación de obtener su renovación o de la obligación de restablecer su valor o de aquella de otorgar una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones que surjan por razón de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, la entidad contratante podrá declarar la caducidad del mismo.

Art. 15. Condiciones generales de las pólizas que garantizan el cumplimiento de obligaciones. De conformidad con lo previsto en el inciso 2° del Art. 7° de la Ley N° 1150 de 2007, la póliza única de cumplimiento tendrá como mínimo las siguientes condiciones generales, aplicables según el objeto del contrato amparado y el riesgo cubierto:

15.1 Amparos (...)

15.2 Exclusiones

En la póliza única de cumplimiento expedida en favor de entidades públicas solamente se admitirán las siguientes exclusiones:

15.2.1 Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

15.2.2 Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de este.

15.2.3 El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.

15.2.4 El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

Cualquier otra estipulación contractual que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a las anteriores no producirá efecto alguno.

15.3 Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad

En la garantía única de cumplimiento no podrá incluirse la ‘Cláusula de Proporcionalidad’ u otra similar, conforme a la cual el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada.

La inclusión de una cláusula de ese tenor no producirá efecto alguno.

15.4 Cesión del contrato (...)

15.5 Improcedencia de terminación automática del seguro de cumplimiento (...)

15.6 Inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada.

A la entidad estatal no le serán oponibles por parte del asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.

Art. 16. Requisitos que deben cumplir las pólizas que garantizan la responsabilidad extracontractual.

16.1 Modalidad e intervinientes

En las pólizas de responsabilidad extracontractual que se contraten con fundamento en este decreto, la delimitación temporal de la cobertura deberá hacerse bajo la modalidad de ocurrencia, sin que resulte admisible establecer, para que haya cobertura, plazos dentro de los cuales deba presentarse la reclamación del damnificado al asegurado inferiores a los términos de prescripción previstos en la ley para la acción de responsabilidad correspondiente. En ellas tendrán la calidad de asegurados la entidad contratante y el contratista, limitado ello únicamente a los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la entidad contratante como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad extracontractual del contratista o sus subcontratistas.

16.2 Amparos

La póliza de responsabilidad extracontractual deberá contener, como mínimo, en adición a la cobertura básica de predios, labores y operaciones, los siguientes amparos:

16.2.1 Cobertura expresa de los perjuicios que cause el asegurado tanto en la modalidad de daño emergente, como en la modalidad de lucro cesante.

16.2.2 Cobertura expresa de perjuicios extrapatrimoniales

16.2.3 Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo en el evento en que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.

16.2.4 Cobertura expresa de amparo patronal.

16.2.5 Cobertura expresa de vehículos propios y no propios.

16.3 Mecanismos de participación en la pérdida, por parte de la entidad asegurada.

En la póliza de responsabilidad extracontractual solamente se podrán pactar deducibles con un tope máximo del 10% del valor de la cobertura que en ningún caso podrá ser superior a 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 smlmv). Las franquicias, coaseguros obligatorios y demás formas de estipulación que conlleven asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada se tendrán por no escritas.

16.4 Protección de los bienes

De conformidad con lo previsto en el numeral 6 del Art. 4° de la Ley N° 80 de 1993, la entidad contratante deberá evaluar si con ocasión de la ejecución del contrato existe riesgo de daño para sus bienes. En ese evento deberá exigir a su contratista, en la póliza de responsabilidad extracontractual, la contratación de un anexo de responsabilidad contractual que cubra los daños a esos bienes que se puedan generar con ocasión del contrato. El valor asegurado se establecerá a criterio de la entidad.

Si para efectos del contrato a ejecutar no se requiere póliza de responsabilidad extracontractual, deberá solicitarse la póliza específica que ampare ese riesgo”.

Decisión del Consejo de Estado

El Consejo de Estado hace las siguientes consideraciones, una vez analizada la competencia y la oportunidad para el ejercicio de la acción:

Precisa que el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008¹ fue derogado en su integridad por el Decreto 734 del 13 de abril de 2012 (Art. 9.2), el cual, a su vez, también fue derogado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 (Art. 163)².

Así las cosas, aun cuando el acto administrativo haya sido derogado, como sucede en el presente asunto, su presunción de legalidad sólo puede ser desvirtuada por una decisión de carácter judicial³; por consiguiente, previa consideración sobre la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional, la Sala estudiará los cargos de ilegalidad formulados en contra del decreto acusado.

¹ Publicado en el Diario Oficial 47.213 de la misma fecha.

² Decreto compilado en el Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 0166-01.

La potestad reglamentaria

Acerca de la potestad reglamentaria dice el Consejo de Estado, no debe perderse de vista que, como ha dicho la Sala⁴, la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (Art. 189, núm. 11, C.P.). Se trata, evidentemente, de una típica función administrativa que faculta al gobierno para formular los actos indispensables y adoptar las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, para concretar, por la vía del acto administrativo, el enunciado abstracto de la ley, en orden a tornar efectivo tal enunciado en el terreno práctico, por lo que el acto reglamentario debe contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no puede extenderse más allá de su objeto, cual es la cumplida ejecución de la ley.

Bajo este escenario, el ejecutivo, al ejercer la potestad reglamentaria, no puede desconocer la Constitución ni las pautas trazadas en la ley; de lo contrario, se invadiría la órbita de competencia del legislador y, con ello, la atribución reglamentaria se extralimitaría

Las garantías en materia contractual

Los contratos de seguro, celebrados en ejercicio de la actividad contractual estatal, constituyen una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de ellos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista – en su calidad de colaborador de la administración –, con miras a asegurar el cumplimiento del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de las finalidades estatales⁵.

Los contratos de seguro, entonces, son celebrados para garantizar los riesgos o siniestros derivados del contrato estatal, así como para reparar la totalidad de los perjuicios o los eventuales detrimentos que se produzcan en el patrimonio público con ocasión de la actividad contractual; por consiguiente, constituyen, se insiste, una tipología contractual de naturaleza especial y, como tales, les resultan aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, así como las de derecho público que le sean compatibles⁶. Sobre la naturaleza del contrato de seguro estatal, esta Corporación señaló: “... el contrato de seguro por naturaleza es de derecho privado; (sic) la cláusula de garantía incorporada en los

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, expediente 29393.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de febrero de 2009, exp. 24.609.

⁶ “... muchas de las instituciones del derecho administrativo tienen su génesis en el derecho privado, como también lo es que el llamado derecho de la Administración Pública, luego de construirse y asentarse, fue creando demarcaciones no solo para crear sus propias categorías y conceptos jurídicos sino también en los que aún requieran utilizar prestados elementos de *ius privatum*” (VÁSQUEZ GÓMEZ Jean Paul y ALVAREZ QUIROZ, Lilia Yaneth: “El debido proceso en las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias”. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2018, p. 33).

contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella”.

En este orden de ideas, si bien los contratos de seguro están regidos por normas de derecho privado (y particularmente por las disposiciones del Código de Comercio), también es cierto que –en determinados aspectos– están sujetos a normas de derecho público; en efecto, el estatuto de contratación estatal 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, lo cual evidencia que tales contratos igualmente se encuentran sometidos a las disposiciones de este último estatuto. Tal particularidad, sin duda, permite afirmar que el régimen legal en este tipo de contratos (celebrados para garantizar los riesgos derivados de la actividad contractual) es de carácter mixto.

Desde esta perspectiva, no hay duda de que los contratos de seguro –en la contratación pública– son contratos especiales y diferentes de los demás contratos de seguro que, de ordinario, se rigen por las disposiciones del Código de Comercio.

Análisis de los cargos de ilegalidad

Cargo 1

Para la parte demandante el Presidente de la República desbordó la potestad reglamentaria de que trata el Art. 189, numeral 11, de la Constitución Política, pues en el decreto acusado reglamentó lo relativo a los mecanismos de cobertura del riesgo de responsabilidad civil extracontractual en los contratos de obra, cuando, en realidad, según aquella, la norma reglamentada –Art. 7, Ley N° 1150– únicamente se refirió a los amparos de seriedad de la oferta y de cumplimiento.

Señala el Consejo de Estado que, en el marco de la contratación estatal, existen dos tipos de garantías: I) la garantía de la seriedad de los ofrecimientos hechos a la administración [en la etapa previa a la celebración del contrato] y ii) la garantía única de cumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud del contrato estatal.

La norma reglamentada, por su parte, faculta al Gobierno Nacional para señalar los criterios que seguirán las entidades estatales para la exigencia de las garantías, las clases y los niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en los que, por las características y complejidad del contrato a celebrar, “... la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato”; en otras palabras, el legislador entendió que existen diversas circunstancias, niveles de amparo de los riesgos y/o complejidad en los contratos estatales que deben ser desarrollados por el reglamento, con el fin de señalar las pautas que las entidades públicas –bajo la libertad de configuración contractual– deben tener presentes a la hora de determinar las condiciones de aseguramiento que exigirán a los contratistas para la ejecución de los contratos estatales.

Tales pautas fueron desarrolladas en el Decreto 4828 de 2008, en el cual se incluyó la responsabilidad civil extracontractual como uno de los riesgos que se pueden presen-

tar durante el desarrollo de un contrato estatal y que, por supuesto, la entidad pública debe evaluar previa ejecución del mismo.

Así, pues, siguiendo los derroteros señalados previamente en la Ley N° 80 de 1993, la Ley N° 1150 pretendió mejorar el marco normativo de la contratación estatal, para lo cual efectuó un mayor énfasis en lo que se refiere a la distribución o asignación de riesgos entre los extremos de la relación contractual; en este sentido, reiteró la obligación del contratista de prestar o constituir la garantía única respecto de las obligaciones contractuales, pero, al mismo tiempo, le autorizó al Gobierno Nacional para reglamentar, entre otros asuntos, las clases y niveles de amparo de los riesgos que se puedan presentar durante la actividad contractual.

Puestas así las cosas, para la Sala no es de recibo el cargo de ilegalidad formulado por la parte demandante, pues el decreto acusado lo que hace es desarrollar –vía reglamento– la facultad conferida por el mismo Art. 7 de la Ley N° 1150 de 2007, la cual está dirigida a que se definan, entre otros aspectos, ... las distintas circunstancias o niveles de amparo de los riesgos que se pueden presentar con ocasión de la actividad contractual del Estado y ante los cuales la entidad pública contratante debe estar asegurada. Lo anterior implica, por supuesto, que se contemplen las posibles actuaciones u omisiones en que puedan incurrir los contratistas y que puedan generar daños y perjuicios a los terceros.

La Sala considera que el extremo demandante parte de un falso juicio, pues asume que el gobierno nacional se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria, bajo el entendido de que la norma reglamentada –Art. 7 de la Ley N° 1150– se refirió únicamente a las garantías de “seriedad de la oferta” y de “cumplimiento” y no a la responsabilidad civil extracontractual, a la cual se refiere el decreto acusado.

La anterior interpretación no es de recibo para esta Corporación, pues parte de un criterio hermenéutico meramente textual o gramatical, el cual es útil, por supuesto, pero no suficiente para extraer el sentido y el alcance de la norma legal reglamentada⁷. En efecto, una lectura literal del Art. 7 de la Ley N° 1150 permite concluir que dicha norma no se refiere a la responsabilidad civil extracontractual; no obstante, tal interpretación, sin duda, desconoce la naturaleza especial que gobierna a los contratos de seguro para garantizar la actividad contractual del Estado, cuya finalidad, se insiste, es proteger el patrimonio público y garantizar el cumplimiento de los fines estatales [ver, numeral 5 supra]. A lo anterior se agrega que desconoce que, en materia contractual, lo que se amparan son los “riesgos”⁸

⁷ Diversas posturas jurídicas se han alzado en contra de este método de interpretación, planteándose la necesidad de recurrir a otros cánones interpretativos para obtener el sentido y significado de la ley (que es la obtención y concreción de normas jurídicas), sin que ello implique su completo abandono, pues la reflexión textual o gramatical de una disposición constituye, apenas, el paso inicial para el ejercicio interpretativo, esto es, “... no parece que sirva como único criterio a la hora de determinar un significado. Más bien se constituye en un presupuesto de toda interpretación ...” (DE ASIS ROIG, Rafael “Jueces y Normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento”, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1995, p. 205).

⁸ Art. 1054 C.Co. Definición de Riesgo. “Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

que se pueden presentar durante la celebración, ejecución e inclusive liquidación de los contratos, con independencia o no de la actuación del contratista⁹.

Lo anterior significa que la garantía contractual básica es la denominada garantía única que a veces debe incluir la de responsabilidad civil frente a terceros, como garantía adicional, imperativa en los contratos de obra pública (por ejemplo), la cual no está orientada a avalar el cumplimiento del contrato, sino la responsabilidad civil que le pueda incumbir a la entidad pública frente a terceros por daños causados durante la actividad contractual.

Puestas así las cosas, para la Sala es claro que a través del seguro de cumplimiento no sólo se ampara la satisfacción de las obligaciones contractuales (como lo entiende la parte demandante), sino también las obligaciones de orden legal tendientes a salvaguardar el patrimonio público¹⁰, entre otras, la obligación de asegurar la “seriedad de los ofrecimientos”, el pago de las “cauciones judiciales”, el “pago de impuestos”, el “pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores”¹¹, así como la “responsabilidad civil frente a terceros”¹².

Bajo este escenario y como quiera que el contratista debe salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y/o servicios prestados, así como amparar a la administración de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de obligaciones laborales o de los daños causados a terceros (obligaciones cuya vigencia se extiende, inclusive, por un tiempo superior a la vigencia del contrato), para la Sala es claro que la administración contratante puede exigirle al contratista que en la póliza de cumplimiento incluya la cobertura del riesgo de responsabilidad civil extracontractual, cuando el objeto y la conveniencia del contrato así lo aconsejen, en tanto dicha póliza funge como garantía única de las obligaciones emanadas del contrato, lo cual implica que cada amparo deba analizarse de manera independiente según la naturaleza del riesgo.

En consecuencia, niega la nulidad solicitada por este cargo.

⁹ Sobre el amparo de los riesgos en la contratación estatal, se recomienda consultar, entre otras, la sentencia del 19 de noviembre de 2015, dictada por esta Subsección, radicado: 05001-23-31-000-2006-02579-01(43324), actor: Mundial de Seguros S.A.

¹⁰ Conferencia de BOTERO MORALES, Bernardo: “V seminario de la Asociación Panamericana de Finanzas”, Buenos Aires, 1986 (citado por: NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo: ob. cit., pp. 232 y 233).

¹¹ Este amparo cubre a la entidad pública asegurada de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal requerido para la ejecución del contrato amparado; al respecto, el Art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra es “... solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores (...)”.

¹² La administración pública, como dueña de la obra, se encuentra llamada a responder por los perjuicios que se hayan producido con ocasión de la construcción o reparación de la misma frente a terceros, independientemente de las acciones que pueda tener el propietario frente al contratista; al respecto, el Art. 2350 del Código Civil establece:

“Art. 2350. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto. Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio”.

Cargo 2

Para la parte actora el Presidente de la República violó el Art. 11 de la Ley N° 489 de 1998, pues, en su criterio, el Art. 7 de la Ley N° 1150 “delegó” en el Gobierno Nacional la facultad para reglamentar “... los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de las garantías contractuales ...”, pero no autorizó que éste –el Gobierno Nacional– “subdelegara” en las entidades contratantes la adición de “... otras modalidades de incumplimiento de obligaciones que hayan de ser materia de amparo ...”, como se dispuso en el numeral 4.2.9 del Art. 4 del decreto demandado.

Lo primero que se advierte es que el demandante parte de un error conceptual frente a lo que es la potestad reglamentaria, al considerar que ésta deviene de un acto de “delegación” que el órgano legislativo hace en cabeza del Gobierno Nacional. La anterior interpretación –por demás antitécnica– sugiere que se genera una “subdelegación” (o delegación de lo delegado) al establecerse en la norma acusada (numeral 4.2.9 del Art. 4 del Decreto 4828 de 2008) la posibilidad de que la entidad contratante pueda señalar otros amparos (distintos a los enunciados en la misma norma reglamentaria) cuyo riesgo deba ser protegido por la garantía de cumplimiento.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la potestad reglamentaria no corresponde a una “delegación” de funciones por parte del órgano legislativo al ejecutivo, mal puede sostenerse que la norma acusada (numeral 4.2.9 del Art. 4) contiene una “subdelegación” de tal potestad y, por tanto, contraria a lo dispuesto en el Art. 11 de la Ley N° 489 de 1998. Lo dicho, sin duda, deja sin sustento el juicio formulado en este cargo por la parte actora, lo cual impide desvirtuar la presunción de legalidad que reviste la norma acusada, sin que sea admisible –como es de esperar– analizar motivos diferentes a los alegados por dicha parte y tampoco se puede hacer un control general de legalidad [como el que debe hacerse en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad], pues solo se puede examinar el tema a la luz de las normas señaladas por el demandante como vulneradas, teniendo en cuenta que, de lo contrario, se estaría modificando la demanda en su causa *petendi*¹³.

Por las razones expuestas, niega la nulidad solicitada conforme a este cargo.

Cargo 3

La parte demandante señaló que el Gobierno Nacional se excedió en su potestad reglamentaria, pues, so pretexto de reglamentar el tema de las exclusiones, el numeral 15.2 del Art. 15 del decreto acusado estableció unas presunciones de culpa y una cau-

¹³ Resulta relevante tener presente que la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del numeral 4 del Art. 137 del C.C.A., declaró la constitucionalidad condicionada de tal precepto, en el entendido de que los requisitos allí establecidos no limitan los poderes del juez administrativo (aun cuando en la demanda no se hubiesen señalado las normas violadas y el concepto de violación), cuando éste advierta: i) la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata o ii) la incompatibilidad entre la Constitución y otra norma jurídica de inferior jerarquía. En el primer supuesto, deberá proteger el derecho vulnerado y, en el segundo, aplicar el Art. 4 de la Constitución (cfr. sentencias C-197 de 1999, C-131 de 1993 y SU 039 de 1997).

sal de ineficacia de los actos jurídicos, lo cual no le está permitido al reglamento, sino única y exclusivamente a la ley; en su criterio, la disposición acusada viola los Arts. 6 y 1604 del Código Civil, así como el Art. 897 del Código de Comercio.

También indicó que el numeral 15.6 del Art. 15 *ibídem* consagró la “...inoponibilidad de las excepciones provenientes de la conducta del tomador del seguro”¹⁴, reglamentación con la cual se violó lo dispuesto en el Art. 1058 del Código de Comercio, que permite “...una serie de posibilidades de defensa en caso de que el tomador hubiere incurrido en reticencia e inexactitud”¹⁵.

Por último, expresó que el numeral 15.3 del mismo Art. 15 es violatorio del Art. 1596 del Código Civil; sin embargo, no expresó las razones por las cuales solicitaba su nulidad (fl. 14, c. 1).

Para la Sala es claro que señalar los amparos, las exclusiones, las reglas de cesión del contrato o la inoponibilidad de las excepciones a la entidad asegurada, entre otras cosas, como se hace en el Art. 15 acusado, no representa cosa distinta que la intención del mismo legislador de establecer las condiciones generales que debe contener la garantía de cumplimiento en materia contractual y no implica un exceso de la potestad reglamentaria, ni la violación de las normas citadas como vulneradas, pues, como se vio, la ley reglamentada se limitó a establecer unas condiciones básicas mínimas y defirió expresamente al Gobierno Nacional su reglamentación.

En este orden de ideas, no se observa que las exclusiones previstas en el numeral 15.2 constituyan “presunciones de culpa”, como lo entiende la parte actora, pues lo cierto es que la norma reglamentaria no establece ningún tipo de inferencia lógica –propio de las presunciones–, sino que simplemente lo que hace es enunciar las situaciones por las cuales considera que determinadas circunstancias pueden estar excluidas de los amparos previstos en la garantía de cumplimiento y en relación con las cuales no cabe cláusula convencional alguna en orden a exonerar a la compañía aseguradora de la responsabilidad que le pueda corresponder, todo lo cual, sin duda, se encuentra al margen de alguna presunción de “culpa” (recuérdese que las presunciones llevan asignada *ex ante* la carga de la prueba de lo que se pretende proteger o de los hechos o situaciones a las cuales se les pretende dar certeza o seguridad desde una perspectiva jurídica, carga de la prueba que, entre otras cosas, no se evidencia en la norma demandada)¹⁶.

Por las razones expuestas, niega la nulidad solicitada del numeral 15.2, Art. 15, del Decreto 4828 de 2008.

En relación con la acusación formulada en contra del numeral 15.6 demandado, se tiene lo siguiente:

¹⁴ Fl. 14, c. 1.

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ “Las presunciones son un procedimiento de técnica jurídica acogido por el legislador en ejercicio de la libertad de configuración normativa de las instituciones procesales, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos” (Corte Constitucional, sentencia C-123 de 2006).

La norma demandada establece:

“15.6 Inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada. A la entidad estatal no le serán oponibles por parte del asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista” (el resaltado le pertenece a la autora).

Para el demandante, dicha disposición vulnera el Art. 1058 del Código de Comercio, que permite “...una serie de posibilidades de defensa en caso de que el tomador hubiere incurrido en reticencia e inexactitud” (pág. 38).

Para la Sala, la norma acusada se ajusta al ordenamiento jurídico, pues, dada la finalidad que se persigue con la exigencia de las garantías en materia contractual (la protección del patrimonio público y el cumplimiento de los fines estatales – ver, numeral 5 –), la administración no puede quedar expuesta a las excepciones que se formulen y que tengan origen en la conducta del tomador del seguro por lo que el Art. 1058 del Código de Comercio denomina la conducta “reticente” o “inexacta” de aquel –contratista–, ya que, si esto se permitiera, la efectividad de la garantía contractual quedaría supeditada no solo al incumplimiento por parte del contratista, sino también al comportamiento que éste haya asumido al momento de “...declarar sinceramente (...) el estado del riesgo”¹⁷, esto es, en la oportunidad de adquirir la póliza, como lo dispone la norma presuntamente vulnerada (Art. 1058 acabado de citar).

Tales circunstancias, sin duda, harían nugatoria la efectividad de las garantías en materia de contratación pública, pues, se insiste, la administración quedaría a merced del comportamiento asumido por el contratista no solo ante su eventual incumplimiento del contrato garantizado, sino también ante la reticencia e inexactitud en que haya incurrido al momento de adquirir la póliza, conductas estas últimas que –como se vio– implicarían la nulidad relativa del contrato de seguro, lo cual, como es apenas obvio, afectaría el patrimonio público y los cometidos estatales que debe asegurar.

Bajo este escenario, no es de recibo el argumento formulado por la parte actora, pues, como se vio, el numeral 15.6 responde, precisamente, a la necesidad de mantener indemne el patrimonio público y, con ello, garantizar los intereses generales; además, para la Sala es claro que la norma reglamentada (Art. 7, Ley N° 1150 de 2007) habilitó al Gobierno Nacional para establecer –vía reglamento– las condiciones generales que debían incluirse en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

Desde esta perspectiva, el hecho de que en el decreto acusado se hayan establecido los amparos, las exclusiones, las reglas de cesión del contrato, la improcedencia de la terminación automática del seguro –por falta de pago– y la inoponibilidad de las excepciones por la conducta del tomador, entre otras, como se hace en el Art. 15 acusado, no es otra cosa que la definición de las condiciones generales que debe contener toda garantía de cumplimiento y no implica, por tanto, ningún exceso de la potestad reglamentaria (ni la violación de las normas citadas como vulneradas), pues, como se vio,

¹⁷ Art. 1058 del C. de Co.

la ley reglamentada se limitó a establecer unas condiciones básicas mínimas que deben contener tales pólizas y, expresamente, defirió al Gobierno Nacional su reglamentación¹⁸.

En consecuencia, niega la nulidad del numeral 15.6 del Art. 15 del Decreto 4828 de 2008.

Prohibición de incluir Cláusula de Proporcionalidad:

Finalmente y en relación con la acusación formulada en contra del numeral 15.3 del mismo Art. 15, la Sala se abstendrá de analizar su presunta ilegalidad, por la sencilla razón de que no se expusieron en la demanda los motivos por los cuales el demandante considera que contraviene el Art. 1596 del Código Civil, es decir, la demanda no contiene uno de los elementos exigidos por el Art. 137 del Código Contencioso Administrativo, según el cual no solo se deben indicar las normas violadas, sino explicar el “concepto de su violación”, lo cual, como se dijo, no ocurrió en este asunto. Es necesario que quienes pretendan desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos de contenido general cumplan con una carga argumentativa mínima que permita emprender el juicio de validez y delimitar los aspectos sobre los cuales deben recaer las decisiones correspondientes.

En consecuencia, niega la nulidad del numeral 15.3 del Art. 15 del Decreto 4828 de 2008.

Cargo 4

Por este cargo se deprecia la nulidad del Art. 13 del decreto acusado, pues, según la demandante, en dicha disposición se estipuló una nueva causal de caducidad administrativa del contrato, asunto que corresponde a la órbita de competencia exclusiva del legislador, de modo que, arguye, el Gobierno Nacional infringió el Art. 189, numeral 11, de la Constitución Política.

La norma demandada dispuso:

“**Art. 13.** Incumplimiento de las obligaciones del contratista relativas a mantener la suficiencia de la garantía. Una vez iniciada la ejecución del contrato, en caso de incumplimiento del contratista de la obligación de obtener la ampliación de la garantía o de la obligación de obtener su renovación o de la obligación de restablecer su valor o de aquella de otorgar una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones que surjan por razón de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, la entidad contratante podrá declarar la caducidad del mismo”.

Lo primero que se advierte es que esta norma fue derogada por el Art. 6 del Decreto 2493 de 2009; sin embargo, como se indicó al inicio [numeral 3 supra], tal circunstancia no es óbice para que esta corporación pueda revisar su validez o legalidad.

¹⁸ El Art. 1044 del Código de Comercio establece que: “Salvo disposición en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser éstos distintos de aquél, y al asegurado las que hubiere constituye un elemento de la naturaleza del contrato (que no esencial), razón por la cual, si las partes pueden disponer del mismo, con mayor razón lo puede hacer el reglamento, como ocurrió en el presente asunto.

La norma acusada facultó a la administración para declarar la caducidad del contrato estatal, cuando ocurriera el incumplimiento –por parte del contratista– de sus obligaciones de ampliar o renovar la garantía de cumplimiento, de restablecer su valor o de otorgar una nueva. Sobre el particular, es de recordar que la Ley N° 80 de 1993 estableció la caducidad de los contratos estatales como facultad excepcional de la administración pública.

La caducidad es una forma de terminación anormal de los contratos estatales, que se origina en el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y cuya declaración conlleva la imposición de sanciones a quien dio lugar a ella; sin embargo, para que proceda tal declaración se debe presentar, no cualquier incumplimiento, sino uno que afecte de manera “grave” y “directa” la ejecución del contrato y, además, se debe evidenciar que tal incumplimiento conduzca a la paralización de éste, es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual y, por ende, la prestación del servicio¹⁹; sin embargo, la declaratoria de caducidad solo se puede adoptar durante el plazo de ejecución del contrato y mientras éste se encuentre vigente (competencia *ratione temporis* o por razón del tiempo)²⁰.

Bajo los anteriores parámetros, la Sala observa que el decreto acusado no sometió su aplicación a las reglas establecidas en el Art. 18 de la Ley N° 80 de 1993, esto es, no especificó que el incumplimiento debía afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato ni, mucho menos, estableció que tal afectación debía conducir a su paralización, circunstancias que, en principio, permiten suponer la nulidad de la norma acusada, en la medida en que se facultó a la administración para aplicar la sanción de caducidad, con independencia de que el incumplimiento en ampliar, renovar, restablecer su valor u otorgar una nueva garantía de cumplimiento afecte o no en forma grave y directa la ejecución del contrato o amenace con su paralización.

No obstante, la Sala declarará la validez condicionada de la citada norma, bajo el entendido de que de su tenor literal no se desprende una obligación en cabeza de la entidad contratante, para declarar la caducidad del contrato ante el incumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones de ampliar, renovar, restablecer su valor u otorgar una nueva garantía de cumplimiento. Se trata de una simple facultad en favor de la administración, que se debe armonizar con el ordenamiento jurídico, de manera

¹⁹ Esta Corporación señaló las condiciones necesarias para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal, así: “i) el incumplimiento de las obligaciones principales a cargo del contratista, ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, lo cual significa que no basta el simple incumplimiento, sino que éste debe ser de tal entidad que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato, iii) que evidencie que puede conducir a su paralización, es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual, iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento y v) que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista, puesto que el ejercicio de tal poder a cargo de la administración, que la sitúa en una posición privilegiada o de superioridad, debe respetar los derechos constitucionales al debido proceso y a las garantías que él comprende, en especial, el derecho de defensa de los afectados con esta medida de excepción (Art. 29 C.P.)” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de junio de 2013, radicado: 250002326000200201795-01, expediente: 27.199, demandante: Interactive Colombia Ltda.).

²⁰ Ver: Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 12 de julio de 2012, radicado: 85001-23-31-000-1995-00174-01, expediente 15.024.

tal que se entienda que dicha facultad se puede emplear conforme a lo dispuesto en los Arts. 14 y 18 de la Ley N° 80 de 1993, esto es, cuando el referido incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato a tal punto que pueda llevar a su paralización.

En consecuencia, niega la nulidad solicitada por este cargo y, por el contrario, se declara la validez condicionada del Art. 13 del Decreto 4828 de 2008, en la forma acabada de indicar.

Comentario

Resulta preciso señalar la importancia de esta decisión para las aseguradoras que otorgan las garantías en los procesos de contratación estatal. Hasta el momento en que se resolvió la demanda de nulidad instaurada por FASECOLDA en relación con el Decreto 4828 de 2008, se podría decir que existía una cierta incertidumbre acerca de los aspectos objeto de demanda.

No obstante, en cuanto se refiere al régimen de garantía en los contratos celebrados por la Administración Pública, se han expedido tres decretos posteriores al Decreto 4828, las normas demandadas han sido replicadas en todos estos.

En consecuencia, a partir de la sentencia que se comenta, se cuenta con claridad respecto de la legalidad y procedencia de las condiciones que se encuentran en las pólizas de seguro de cumplimiento y de seguro de responsabilidad civil que en la actualidad otorgan y en el futuro deben otorgar los contratistas para amparar los riesgos derivados de los contratos celebrados.