

# **Aseguramiento del Estado: Declaratoria de incumplimiento y nulidad del contrato de seguro**

**Emilio José Archila Peñalosa**

- ▶ **Pregunta:** ¿En un contrato estatal de seguros, puede una entidad contratante (i) declarar unilateralmente el incumplimiento, o (ii) terminarlo unilateralmente por existir causales de nulidad absoluta?

## Índice

1. Prerrogativas por la Entidad
2. Relación entre la Entidad y la Compañía de Seguros
3. Argumentos sobre la posibilidad de declarar el incumplimiento unilateralmente
4. Causales y declaratoria de nulidad del contrato de seguro
5. Nuestra posición

# 1. Prerrogativas de la Entidad

- ▶ En los contratos estatales, se han identificado las siguientes “prerrogativas de la Administración”:
  - ✓ “[...] **cláusulas excepcionales** básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad;
  - ✓ “[...] otras **cláusulas "de privilegio"** porque denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante, [...] se mencionan la de reversión y la de garantías; (H. Consejo de Estado Exp. 1293).

- ▶ En los contratos estatales, se han identificado las siguientes “prerrogativas de la Administración”:
- ✓ “[...] Además existe otro género de **cláusulas “especiales”** que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas penales pecuniarias;
- ✓ “[...] finalmente, **otras actuaciones privilegiadas** de la Administración entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta.” (H. Consejo de Estado Exp. 1293).

- ▶ En el H. Congreso de la República fue explícita la necesidad de moderar las potestades del Estado frente al contrato estatal de seguros:

“[...] La norma reseñada fue incluida en la ley por iniciativa del senador ponente a petición de Fasecolda, entidad gremial que **llamó la atención del senador acerca de los excesivos poderes que podía tener la entidad estatal sobre el contrato de seguro**, cuya operación técnica y económica requiere del apoyo del reaseguro nacional e internacional.

**Es muy difícil que el sistema de reaseguros mundial acepte respaldar la cobertura de riesgos si depende del asegurado interpretar o modificar el contrato unilateralmente [...]**” (Ordoñez Ordoñez).

- ▶ Por lo tanto, el estatuto de contratación estatal quedó con expresa prohibición legal a ese respecto (H. Consejo de Estado Exp. 2007-533):

“ARTÍCULO 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[...]

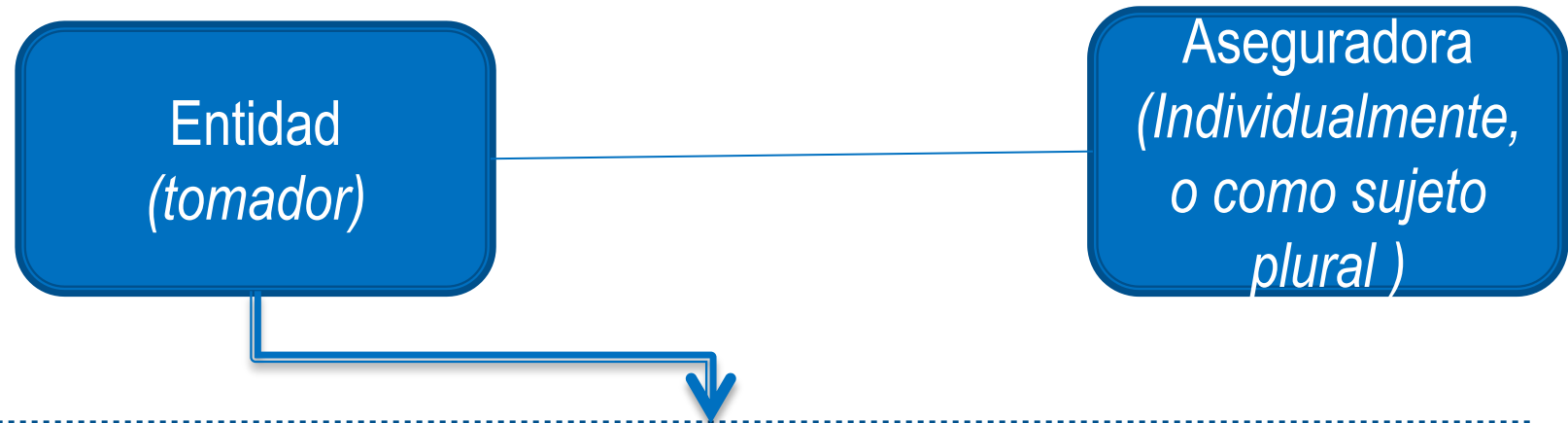
**PARÁGRAFO.** En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, [...], así como **en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”**



## **2. Relación entre la Entidad y la Compañía de Seguros**



## 2.1 Es un contrato estatal



“[...] el **contrato estatal** - según lo dispone el art. 32 de la ley 80 de 1993- es el acto jurídico generador de obligaciones “que celebren las entidades a que se refiere este estatuto”, es decir, aquéllas que en principio, aparecen enlistadas en el art. 2 de la misma ley. En estas condiciones, **es elemento esencial para calificar de estatal un contrato el que haya sido celebrado por una entidad de esa naturaleza.**” (Exp. 18937)

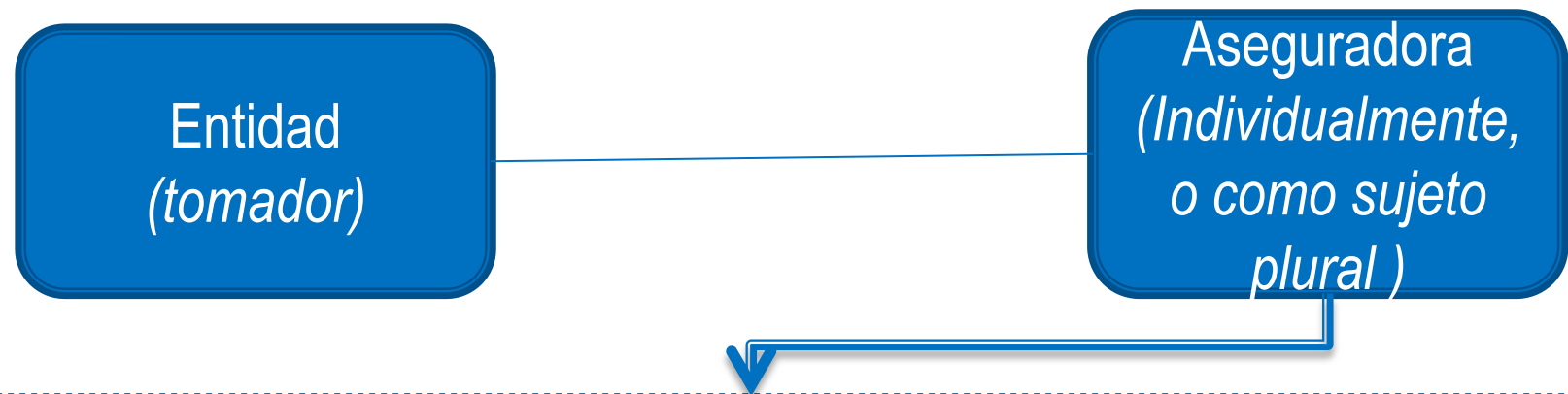
## 2.1 Es un contrato estatal

- ▶ Ley 1150 de 2007 Artículo 15:

**“Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.**

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.”

## 2.1 Es un contrato estatal



“[...] la posibilidad legal que tienen las aseguradoras en un proceso de **contratación estatal de seguros**, de **actuar de forma mancomunada bajo la forma de consorcios o uniones temporales**, distribuyéndose entre sí el riesgo asegurable de conformidad con las particularidades del mismo y respondiendo de manera solidaria ante la entidad estatal. [...] en materia de la **responsabilidad**, en tanto que en el consorcio ésta es de carácter **solidario**, en el coaseguro, [...], **cada asegurador responde en proporción al riesgo que asume en el contrato.**” (Superintendencia Financiera de Colombia Concepto 2008062500-001 de 30-10-2008)

## 2.2 Es un contrato “obligatorio” para las Entidades

- ▶ Ley 42 de 1993 (Control Fiscal):

ARTÍCULO 101. Los contralores impondrán **multas** a los servidores públicos y particulares que [...] **teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren** oportunamente o en la cuantía requerida [...].

ARTÍCULO 107. Los órganos de control fiscal verificarán **que los bienes del Estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros** o un fondo especial creado para tal fin, pudiendo establecer responsabilidad fiscal a los tomadores cuando las circunstancias lo ameriten.

## 2.2 Es un contrato “obligatorio” para las Entidades

- ▶ Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único):

Artículo 34. Son **deberes de todo servidor público**: 21. Vigilar y **salvaguardar los bienes y valores** que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

Artículo 48. Son **faltas gravísimas** las siguientes:

63. **No asegurar** por su valor real los bienes del Estado ni hacer las apropiaciones presupuestales pertinentes.

## 2.2 Es un contrato obligatorio para las Entidades

- ▶ Decreto-ley 663 de 1993 (EOSF): SOAT artículo 192.
- ▶ Resolución No, 014249 del 15 de mayo de 1992, expedida por la Contraloría General de la República, respecto del seguro global de manejo.
- ▶ “[...] **los órganos de control fiscal, deben verificar que los bienes públicos, se encuentren asegurados adecuadamente**, es decir, que estos tengan la cobertura suficiente, con el fin de que el erario público esté cubierto contra cualquier desmedro, que el hecho de un tercero o uno de sus funcionarios pueda ocasionarle, de manera tal que sea resarcido de los daños ocasionados por la ocurrencia del siniestro o riesgo asegurado” . (Corte Constitucional Sentencia C-735 de 2003).

## 2.3 Y se caracteriza por un esquema de igualdad

- ▶ Las cláusulas excepcionales afectan la relación de igualdad entre las partes (H. Consejo de Estado Exp. 15476)
- ▶ Esas “cláusulas excepcionales” están expresamente prohibidas frente al contrato de seguro (Ley 80 art. 14 Par. H. Consejo de Estado Exp. 19483)
- ▶ En esos contratos en los cuales está prohibida la inclusión de cláusulas excepcionales, la relación está llamada a ser ejecutada bajo condiciones de igualdad entre las partes.



# **3. Argumentos sobre la posibilidad de declarar el incumplimiento unilateralmente**

## 3.1 Argumentos que permitirían declarar el incumplimiento unilateralmente

- ▶ El artículo 14 de la ley 80 de 1993 se refiere a cierto tipo de cláusulas o estipulaciones excepcionales: “[...] las cláusulas excepcionales al derecho común de **terminación, interpretación y modificación** unilaterales, de **sometimiento a las leyes nacionales** y de **caducidad.**”
- ▶ Esa misma disposición, no previó la “autotutela declarativa”, que permite a la Entidad declarar el incumplimiento sin acudir ante juez.
- ▶ Esa autotutela de la administración permite “expedir actos administrativos mediante los cuales deciden por sí y ante sí la aplicación de las sanciones pecuniarias o multas previstas en el **contrato**”. (Consejo de Estado Exp 26520)

- ▶ Por lo tanto, la restricción del párrafo no la cobijaría y entonces, la entidad conservaría la posibilidad de declarar el incumplimiento a través de acto administrativo:

“PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas [...] así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

- ▶ Y, en el mismo sentido, hay sanciones que son de carácter privado (como las multas), que por ende no son “excepcionales” o “exorbitantes” y entonces pueden pactarse en todo contrato –incluido el de seguro–.

“[...] el pacto de multas se regulaba por las disposiciones civiles y comerciales y, en tal sentido, correspondía a una **sanción privada** y no al ejercicio del ius puniendi del Estado.” (Consejo de Estado Concepto 1748 de 2006)

- ▶ Entonces, la Entidad Contratante podría declarar el incumplimiento y aplicar la multa pactada –equivalente a la cláusula penal sancionatoria del derecho privado-, sin acudir ante un juez. Esto, sin infringir lo dispuesto en el Parágrafo de ese artículo 14.

## **A modo de ejemplo, la práctica de algunas entidades:**

A diferencia de las cláusulas excepcionales, cuya incorporación al contrato depende del tipo de acuerdo a celebrar, las prerrogativas exorbitantes se encuentran inmersas en todos los contratos de la administración por ser de la esencia del contrato estatal.

En este caso, el Municipio de Aipe ejerció la prerrogativa natural derivada del acuerdo de voluntades suscrito y terminó el contrato en mérito del incumplimiento por parte del ejecutor, y consecuentemente pretende hacer efectivo el cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada

## 3.2 Argumentos que no permitirían declarar el incumplimiento unilateralmente

- ▶ La relación con la Compañía de Seguros se rige bajo un esquema de igualdad
- ▶ El artículo 14 de la ley 80 de 1993 se refiere a todo tipo de cláusulas o estipulaciones excepcionales al derecho privado, que rompan la relación de igualdad entre las Partes.

- ▶ “[...] las partes del contrato se encontraban en **igualdad** o paridad de condiciones, **sin que pudieran pactarse las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común**, esto es, la caducidad del contrato, la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria **en forma unilateral**, la renuncia a reclamación diplomática y los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, [...] dado que resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto a las normas del derecho privado y le **otorgan a la Administración prerrogativas que rompen el principio de igualdad entre las partes.**” (Exp 15476)

- ▶ Entonces, toda potestad o cláusula extraña al derecho privado estará prohibida.
- ▶ La entidad tendrá que seguir lo previsto en el Código de Comercio (aviso del siniestro y reclamación), y en caso de controversia acudir a la Jurisdicción para demandar a su contraparte:

“Teniendo en cuenta que se trata de un **asunto contractual estatal de seguros, tomado** por la Nación es evidente que **la jurisdicción competente** para conocer el negocio es la contencioso administrativa” (Exp. 27929)



# 4. Causales y declaratoria de nulidad del contrato de seguro

- ▶ **Ley 80. ARTÍCULO 44.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:
  1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
  2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
  4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten
  
- ▶ **ARTÍCULO 45** En los casos previstos en los numerales 1., 2. y 4. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

- ▶ “La **terminación unilateral** sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal

Muy por el contrario, la **nulidad absoluta** refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama” (Exp 15324)

- ▶ “La **nulidad absoluta** de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en **la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos** por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato.” (Exp 17767)

## 4.1 Argumentos que permitirían terminar el contrato por nulidad absoluta

- ▶ El Consejo de Estado no lo identifica como cláusula excepcional:

“[...] **cláusulas excepcionales** básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad;

“[...] finalmente, **otras actuaciones privilegiadas de la Administración** entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la **terminación por nulidad absoluta**.” (H. Consejo de Estado Exp. 1293).

- ▶ Es una facultad que, por razones de legalidad, debe usarse en todo tipo de contrato:

**“Esta modalidad de terminación unilateral tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse entonces a otras causales de nulidad absoluta diferentes a las específicamente indicadas.”** (Exp. 15324)

- ▶ Y, no se estaría contrariando o “excepcionando” las reglas del derecho civil, puesto que una cosa es la terminación unilateral por mandato legal, y otra es la declaratoria de nulidad del contrato (que le compete exclusivamente al juez):

**“Mientras la terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, como ya se indicó, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato.**

[...] la declaratoria de terminación unilateral del contrato estatal, por parte de la entidad contratante, [...] no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que cualquiera de los titulares de la acción contractual pueda demandar, simultánea o sucesivamente, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de ese mismo contrato.” (Exp 15324)

## 4.2 Argumentos que no permitirían declarar la nulidad unilateralmente

- ▶ La terminación unilateral puede darse por varias causales, pero es una misma potestad de la Administración. Son parte de un mismo género:

“Dentro del aludido **género de la terminación unilateral de los contratos estatales** por determinación de la entidad contratante, se encuentran las **siguientes especies o modalidades** de la figura: **i).-** La terminación unilateral propiamente dicha, regulada por el artículo 17 de la Ley 80; **ii).-** La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, y **iii).- La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, de conformidad con las previsiones del inciso 2º del artículo 45 de la misma Ley 80.**



- ▶ Pero, que se configure por una u otra causal no modifica la naturaleza de la potestad, que sigue siendo una prerrogativa de la Administración, que es de carácter excepcional respecto de las reglas de derecho privado (Exp. 15324)
- ▶ En derecho privado, la terminación del contrato, bien sea por efectos de nulidad, resolución, resciliación o cualquier otro evento, es un asunto contractual que no depende de la voluntad de una sola de las Partes.
- ▶ Por lo tanto, el asunto contractual debe llevarse ante el juez: “Teniendo en cuenta que se trata de un **asunto contractual estatal de seguros, tomado** por la Nación es evidente que **la jurisdicción competente** para conocer el negocio es la **contencioso administrativa**” (Exp. 27929)

# 5. Nuestra posición

## ▶ **Respecto de la posibilidad de declarar unilateralmente el incumplimiento**

(i) Desde los antecedentes en el Congreso, aparece expresa la voluntad de mantener una relación de igualdad entre la Entidad y la Compañía de Seguros.

(ii) A ese respecto, sin importar si se denominan “cláusulas excepcionales”, “cláusulas de privilegio”, “cláusulas especiales” u “otras actuaciones privilegiadas”, todas esas se caracterizan por quebrantar la igualdad de poderes entre las Partes.

(iii) Por eso, cuando el artículo 14 de la ley 80 indicó que en los contratos de seguro “se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”, se refería a todo lo que fuera excepcional frente al derecho común, incluyendo todas las prerrogativas que le permiten a la Entidad actuar unilateralmente frente a la Aseguradora.

▶ **Respecto de la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato por nulidad absoluta**

**(i)** La terminación unilateral es una potestad excepcional de la Entidad, prohibida expresamente para los contratos de seguros.

**(ii)** La terminación unilateral del contrato, por causales de nulidad absoluta, se refiere a esa misma potestad excepcional. La única diferencia es que la causa de la terminación debe ser la evidencia de la nulidad absoluta del contrato.

**(iii)** Por lo tanto, está también excluida de las facultades y poderes que cada parte tiene en el Contrato Estatal de Seguros.

# ARCHILA ABOGADOS

Cll. 90 n° 19 41, off 301 Btá Col

Tel: (571) 618 1697 / 236 3995

[earchila@archilaabogados.com](mailto:earchila@archilaabogados.com)

[earchila@uexternado.edu.co](mailto:earchila@uexternado.edu.co)