



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

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 680012333000 201800314 01 (69.591)
Demandante: Ecopetrol S.A.
Demandada: Seguros Generales Suramericana S.A.
Medio de control: Controversias contractuales
Referencia: Conflicto negativo de jurisdicciones

Al advertir que el caso de la referencia no encuadra en ninguna de los supuestos que de conformidad con la ley deben ser conocidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en atención a que previamente la Jurisdicción Ordinaria (especialidad civil) declaró que no es la llamada a conocer del asunto, se procede a plantear ante la Corte Constitucional el conflicto negativo entre ambas jurisdicciones.

I. ANTECEDENTES

1. El 26 de mayo de 2017¹, la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. (en adelante Ecopetrol) inició un proceso verbal de responsabilidad civil contractual en contra de Seguros Generales Suramericana S.A. (en adelante Suramericana o la aseguradora) con la finalidad de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: *Que se declare la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza No. 0922282-7 -garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales emitida por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**-, tomada por la sociedad **SISMOGRAFÍA Y PETRÓLEOS DE COLOMBIA S.A.**, cuyos beneficiarios fueron los terceros afectados, en este caso **ECOPETROL S.A.**, en virtud del incumplimiento del contrato MA-0029599, cuyo objeto fue la prestación del ‘servicio de adquisición y procesamiento del programa sísmico denominado Playón Toca 3D (aproximadamente 874,5 km²), con opción de dos programas sísmicos adicionales, Aullador 3D (aproximadamente 137,4 km²) y Extensión Sur (aproximadamente 144,2 km²), ubicado en el Valle Medio del Magdalena’.*

SEGUNDA: *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, a pagarle a **ECOPETROL S.A.**, el valor de \$7.907’768.592, a título de indemnización, más indexación, por concepto del amparo del cumplimiento del contrato MA-0029599, junto con el interés moratorio liquidado hasta la fecha de pago, certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera de Colombia, aumentado en la mitad, al tenor de lo establecido en el artículo 1080 del C. de Co., en virtud de la formalización de los reclamos presentados a la demandada el 16 de abril y 21 de mayo de 2015.*

TERCERA: *Que se condene en costas a la parte demandada”.*

¹ Índice 39 SAMAI, Tribunal Administrativo de Santander (en adelante T.A.).

2. A través de auto del 7 de julio de 2017², el Juzgado Séptimo Civil del Circuito Judicial de Bogotá rechazó la demanda por falta de jurisdicción³ y remitió el expediente a la oficina de reparto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3. Mediante el proveído del 31 de enero de 2018⁴, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró su falta de competencia territorial para conocer del asunto y lo envió al Tribunal Administrativo de Santander. Subsanada la demanda⁵, se admitió por medio de auto del 22 de julio de 2019. A través de la sentencia anticipada del 14 de diciembre de 2022⁶, se declaró la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

4. Ecopetrol interpuso recurso de apelación en contra de la referida providencia⁷. Mediante auto del 9 de febrero de 2023⁸, el *a quo* concedió la impugnación en el efecto suspensivo. Llegado el expediente al Consejo de Estado⁹, esta corporación admitió el recurso a través del proveído del 11 de septiembre de 2024¹⁰.

II.CONSIDERACIONES

5. El inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 establece como regla general que, para el caso de las entidades públicas, el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene un componente mixto y para el de los particulares uno material. En los numerales 1 a 7 de ese mismo artículo se regulan aspectos especiales que no se subsumen en esa regla general¹¹.

6. Por las razones que pasan a exponerse, el asunto de la referencia no encaja en ninguna de las reglas especiales ni en la regla general, por lo cual se estima que no es esta la jurisdicción llamada a conocer del asunto.

7. En cuanto a las reglas especiales, se dan por descontadas las contenidas en los numerales 1 y 3 a 7, pues el conflicto no versa sobre ninguno de los supuestos que regulan¹², por tanto, el despacho concentrará su atención en la hipótesis

² Índice 39 SAMAI, T.A.

³ El Juzgado Séptimo Civil del Circuito Judicial de Bogotá sustentó su determinación en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de julio de 2013, Exp. 27.816, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Índice 39 SAMAI, T.A.

⁵ Mediante el auto del 3 de agosto de 2018, el Tribunal Administrativo de Santander inadmitió la demanda, con el propósito de que Ecopetrol S.A. adecuara dicho acto procesal a los requisitos exigidos para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales. La demanda se reformó en el acápite de fundamentos de derecho (índice 39 SAMAI, T.A.).

⁶ Índice 58 SAMAI, T.A.

⁷ Índice 61 SAMAI, T.A.

⁸ Índice 63 SAMAI, T.A.

⁹ El expediente llegó a esta corporación el 7 de marzo de 2023 (índice 1 SAMAI, Consejo de Estado).

¹⁰ Índice 3 SAMAI, Consejo de Estado.

¹¹ A esa conclusión se arribó en auto del 12 de febrero de 2014 de la Subsección C de la Sección Tercera de esta corporación (Exp. 47.083, C.P. Enrique Gil Botero), después de hacer un recuento y análisis de esta normativa desde los debates de la Comisión de Reforma (integrada por el Consejo de Estado y el Gobierno) — antes y después de radicado el proyecto de ley— y los debates en el Congreso: “*Consciente de la dificultad que en muchos casos ofrece la aplicación del inciso primero del art. 104, que se viene de analizar, el legislador – apoyado en la iniciativa legislativa de la Comisión de Reforma al CCA.- estableció siete (7) reglas especiales para asignar la jurisdicción, no cubiertas por la filosofía del inciso primero*”.

¹² No se trata de la imputación de responsabilidad extracontractual en contra de una entidad pública; de un litigio que tenga origen en un contrato celebrado por una empresa prestadora de servicios públicos; de uno que se sitúe en la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado y la seguridad social de los mismos; no se debaten actos políticos o de gobierno; no es un proceso ejecutivo; tampoco es un recurso

prevista en el numeral 2. En lo que concierne a la regla general, el análisis se circunscribirá al supuesto que hace alusión a los conflictos en los que interviene una entidad pública, pues la demanda fue propuesta por una entidad de esa naturaleza¹³.

Regla especial contenida en el numeral 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011: criterio orgánico

8. La regla contenida en ese numeral señala que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de los procesos relativos a los *contratos*, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte i) una entidad pública o ii) un particular en ejercicio de funciones propias del Estado¹⁴.

9. i) En el caso de las entidades públicas, esta disposición normativa se apoya en un criterio eminentemente *orgánico* para asignarle a esta jurisdicción el conocimiento de las disputas contractuales que se originan en negocios jurídicos en los que ellas forman parte, es decir, se refiere a contratos estatales¹⁵. En tal virtud, cuando una entidad pública hace parte de la relación contractual sobre la cual versa el litigio, el *criterio material* no se examina, dado que el régimen de derecho aplicable al acuerdo de voluntades es irrelevante para definir si el conocimiento del proceso debe o no ser asumido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

10. En el caso de autos esa regla no se cumple, puesto que Ecopetrol no fue parte del contrato de seguro cuyo amparo de cumplimiento se pretende hacer efectivo por medio de declaración judicial. Las razones que soportan esta consideración son las siguientes:

11. Ecopetrol no ocupó ninguna de las posiciones en las que, de conformidad con la ley, se ubican las partes del contrato de seguro

12. En los términos del artículo 1037 del Código de Comercio, las partes del contrato de seguro son el asegurador —que es la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos— y el tomador —que es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos—. En el contrato de seguro que quedó contenido en la póliza 0922282-7 cuya efectividad se pretende, Ecopetrol no ocupó ninguna de esas dos posiciones, pues fungió como asegurado.

13. Consta en el proceso que el 14 de agosto de 2013 Ecopetrol y Sismografía y Petróleos de Colombia S.A. (en adelante Sismopetrol) suscribieron el contrato estatal MA-0029599, cuyo objeto consistió en el "*SERVICIO DE ADQUISICIÓN Y PROCESAMIENTO DEL PROGRAMA SÍSMICO DENOMINADO PLAYÓN TOCA 3D (APROXIMADAMENTE 874,5 Km²), CON OPCIÓN DE DOS PROGRAMAS*

extraordinario de anulación en contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

¹³ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 1118 de 2006, Ecopetrol es una sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía. La empresa cuenta con un capital público superior al 80% de sus acciones.

¹⁴ "2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado".

¹⁵ Ley 80 de 1993, art. 32.

SÍSMICOS ADICIONALES, AULLADOR 3D (APROX. 137,4 Km²) Y EXTENSIÓN SUR (APROX. 144,2 Km²) UBICADO EN EL VALLE MEDIO DEL MAGDALENA¹⁶.

14. En la cláusula vigésima, las partes acordaron que la contratista debía constituir “por su cuenta”, ante una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, una garantía de cumplimiento “otorgada a favor de Ecopetrol” que se rigiera por el “Clausulado General de la Garantía única de Cumplimiento” anexo al contrato estatal y que contuviera, entre otros, el amparo de cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo de la contratista.

15. Para dar cumplimiento a la anterior obligación, Sismopetrol celebró con Suramericana el contrato de seguro de cumplimiento que quedó contenido en la póliza 0922282-7, en la que se indicó expresamente que esa sociedad actuaba en la posición de tomador y que Ecopetrol era la entidad asegurada¹⁷.

16. Es oportuno mencionar que, según el ya referido artículo 1037 del Código de Comercio, el tomador del contrato de seguro puede obrar por cuenta propia o ajena. En el primer escenario cubre su propio interés asegurable. No fue lo que ocurrió en el contrato de seguro contenido en la póliza 0922282-7 porque el interés asegurable que se cubrió fue el de Ecopetrol, no el del contratista.

17. En el segundo escenario, esto es, si el seguro se toma por cuenta ajena, no por eso el tomador abandona su posición de parte en el contrato de seguro y tampoco el tercero cuyo interés se asegura entra a ser parte de esa relación comercial, salvo que el tomador actúe en nombre de aquél, aunque no tenga poder para ello y éste lo ratifique. Esta salvedad tampoco tuvo lugar en el caso del contrato de seguro de cumplimiento que quedó contenido en la referida póliza.

18. El artículo 1038 del Código de Comercio establece que:

Artículo 1038. Seguro por cuenta de un tercero y ratificación. 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 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.

19. Es pertinente advertir que este artículo no consagra una “estipulación por otro”, sino una “promesa por otro”. La diferencia entre estas dos figuras radica en que en la primera uno de los contratantes —estipulante— se obliga con otro —promitente— en beneficio de un tercero —beneficiario—. Ese tercero es el legitimado para exigir respecto del promitente el cumplimiento de la estipulación que a su favor se hace, pero no por ello asume las obligaciones de la parte que estipuló en su favor y no hace parte del negocio jurídico (art. 1506 Código Civil). En la segunda, uno de los contratantes se compromete a que una tercera persona, de quien no es legítimo representante, asuma una determinada obligación. Esa tercera

¹⁶ Índice 39 SAMAI, T.A.

¹⁷ Índice 39 SAMAI, T.A.

persona contrae la obligación si ratifica el pacto y, por tanto, se hace parte del negocio jurídico (art. 1507 Código Civil).

20. En suma, mientras que en el primer escenario la tercera persona recibe un beneficio que puede ser exigido al promitente, sin que por ello entre a ser parte de la relación negocial porque no asume las obligaciones de quien estipuló a su favor; en el segundo, la persona en nombre de quien se estipuló, si ratifica las actuaciones que se hicieron en su nombre por alguien que no tenía su representación, contrae las obligaciones de uno de los extremos negociales y, por tanto, entra a ser parte del contrato.

21. En el presente caso, en concordancia con lo pactado en el contrato estatal MA-0029599, Sismopetrol tomó la póliza de seguro de cumplimiento para cubrir el interés asegurable de Ecopetrol respecto de los perjuicios que pudiera sufrir en caso de incumplimiento del contratista. Al cumplir con ese compromiso no obró en nombre de la entidad pública asegurada; por tanto, los pactos a los que llegó con la aseguradora no estuvieron destinados a que Ecopetrol ratificara sus actuaciones y asumiera las obligaciones del tomador.

22. Se destaca, en este punto, que en el parágrafo segundo de la cláusula vigésima del contrato estatal MA-0029599 se estipuló expresamente que los costos de la expedición de las garantías y seguros, sus adicionales o prórrogas estaban exclusivamente a cargo de Sismopetrol y, asimismo, que las pólizas debían entregarse a Ecopetrol junto con el recibo o certificación de pago de la prima, lo que demuestra que, en el marco de este negocio jurídico, quedó claro que el tomador de la póliza debía ser el contratista, en tanto, en los términos del artículo 1066 del Código de Comercio, a él corresponde el pago de la prima.

23. La póliza del contrato de seguro de cumplimiento es concordante con lo anterior, en tanto no señala nada diferente a que Sismopetrol obró como tomador, a lo que se agrega que la conducta de este sujeto ratifica esa posición, en la medida que nunca pidió a la entidad asegurada que ratificara actuaciones que hubiese realizado en su nombre sin poder para representarla y que, en virtud de ello, asumiera las obligaciones que correspondían al tomador del contrato de seguro.

24. En consecuencia, como Sismopetrol no tomó la póliza de seguro de cumplimiento que protegió el interés asegurable de Ecopetrol en nombre de esta entidad sin tener poder para representarla, ninguna actuación que realizara la asegurada de cara a aprobar las condiciones pactadas entre el contratista y la aseguradora pueden tomarse como una ratificación para ubicarla en la posición del tomador del contrato de seguro.

25. Resulta fundamental tener en cuenta que, a pesar de que existe un vínculo entre el contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas y el contrato estatal que se ampara, se trata de dos negocios jurídicos principales, autónomos e independientes entre sí, por lo cual cada uno de ellos se regula por sus propias estipulaciones y las normas que les son aplicables.

26. En línea con ello, es importante distinguir que la aprobación de la garantía por parte de Ecopetrol que se estipuló en el numeral 4 de la cláusula trigésima

quinta¹⁸ del contrato estatal MA-0029599 se estableció como un requisito de ejecución de ese negocio jurídico, no como una estipulación del contrato de seguro, el cual, en los términos del artículo 1036 del Código de Comercio, se perfecciona por el acuerdo al que lleguen el tomador y la aseguradora respecto de sus elementos esenciales y, por ello, surte efectos desde ese momento, independientemente de si el asegurado y destinatario de la indemnización —cuando no confluye esta condición en el tomador— lo acepta o no.

27. Se añade a lo anterior que en el marco del contrato estatal MA-0029599 la aprobación de la garantía de cumplimiento por parte de Ecopetrol que se pactó tuvo como objetivo que la entidad pudiera verificar que el clausulado de la póliza satisficiera las condiciones en las que se acordó que se debía extender¹⁹, no que fungiera como una forma de ratificar estipulaciones que el contratista hiciera con la aseguradora en su nombre sin poder para representarla, para que, por esta vía, Ecopetrol se ubicara en la posición del tomador y asumiera sus obligaciones.

28. Ahora, es pertinente también mencionar que en el tomador pueden coincidir, pero no necesariamente, las condiciones de asegurado y beneficiario. En el seguro de cumplimiento —que participa de la modalidad del seguro de daños— cuando la posición del tomador la ocupa el sujeto de la otra relación contractual que genera el riesgo del incumplimiento, no concurren en él las condiciones de asegurado y destinatario de la indemnización, pues el interés que se asegura no es el suyo, sino el del tercero cuyo patrimonio puede verse afectado en caso de que se configure el siniestro, por tanto, tampoco es el llamado a recibir la indemnización, con lo cual se confirma que en estos casos el asegurado y destinatario de la indemnización es un tercero que no hace parte del contrato de seguro, en tanto no es ni asume por ello la posición del tomador.

29. En virtud de lo anterior, de concretarse el riesgo, se radica en cabeza de la entidad pública asegurada el derecho a exigir y a recibir el pago al que se obligó la aseguradora en caso de cumplirse esa condición, en la medida que fue su interés el que se amparó y, al predicarse respecto del seguro de cumplimiento un carácter eminentemente indemnizatorio, solo ella es la llamada a recibirlo. En su condición de asegurada, sus actuaciones se encaminan a reclamar ese pago, no a asumir las obligaciones del tomador.

30. Así, el hecho de que la entidad pública asegurada y destinataria de la indemnización, en caso de configurarse el siniestro, se constituya en acreedora de la aseguradora que asumió el riesgo, no le da el carácter de parte del contrato de seguro, pues, se itera, no por ello ocupa la posición del tomador. Esa condición de acreedora le otorga legitimación para, sin ser parte del contrato de seguro, ser parte del proceso en el que se discuta acerca de la obligación de pago de la aseguradora, pues revela de manera nítida el interés directo que le asiste en ello, al ser la destinataria de la indemnización, en la medida que con la concreción del riesgo se afecta su interés, que fue el que se amparó.

¹⁸ Índice 39 SAMAI, T.A.

¹⁹ Así se deriva de las cláusulas vigésima, sobre la obligación de constituir la garantía; trigésima quinta, numeral 4, sobre la aprobación de la garantía, en concordancia con la circular VIF-02/2010, por medio de la cual Ecopetrol solicitó a todos los funcionarios encargados de revisar las garantías que verificaran que éstas cumplieran con el “*Clausulado General para la Garantía Única de Cumplimiento, incluyendo el amparo de seriedad de la oferta*” elaborado por la entidad (índice 39 SAMAI, T.A.).

31. El contrato estatal y el contrato de seguro que lo ampara son principales, autónomos e independientes entre sí

32. Empieza el despacho por mencionar que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que reproduzca el contenido del inciso 2º del artículo 70 del Decreto – Ley 222 de 1983 que señalaba que “[l]os respectivos contratos de garantías forman parte integrante de aquél que se garantiza”, por lo cual hoy en día no es posible sostener que el contrato de seguro de cumplimiento que se expide a favor de entidades públicas se integre al contrato estatal que ampara y que participe de su misma naturaleza, sobre todo si se tiene en cuenta que, si bien entre esos dos negocios jurídicos existe una clara relación, lo cierto es que el de seguro es principal, autónomo e independiente respecto de aquél.

33. En la actualidad, el reconocimiento de la individualidad que pese a su conexión existe entre estos negocios jurídicos se encuentra suficientemente decantada tanto por la jurisprudencia de esta corporación como por la de la Corte Suprema de Justicia²⁰. Este entendimiento parte de comprender que, si bien la finalidad de esta clase de seguros está destinada a avalar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de otro contrato, lo cierto es que la obligación condicional de pago que asume la aseguradora le es propia y consiste en cubrir al asegurado y/o destinatario de la indemnización de los perjuicios que le puedan ser ocasionados en caso de incumplimiento de las obligaciones de su contratista.

34. Se destaca igualmente que la obligación condicional de pago que asume la aseguradora es diversa de las obligaciones del contratista que genera el riesgo. La aseguradora no asume la obligación de ejecutar el contrato amparado, sino que acepta que se le trasladen los riesgos que puedan derivarse de los incumplimientos en los que pueda incurrir el contratista de ese negocio jurídico, caso en el cual se obliga a pagar a la asegurada la indemnización correspondiente, a cambio del pago de una prima. En otras palabras, la obligación condicional de pago de la aseguradora no surge de una responsabilidad contractual por desconocimiento de sus compromisos; todo lo contrario, se trata del cumplimiento de una obligación contractual propia derivada del contrato de seguro —no del contrato que ampara— que se materializa en caso de ocurrencia del riesgo que aceptó que le fuera trasladado.

35. A lo anterior se agrega que el contrato de seguro se regula como una tipología especial de negocio jurídico, con una estructura y funcionamiento distintivos, enmarcados en la aptitud y especialidad de la aseguradora y la obligación que asume de amparar los riesgos que se le trasladan, en el marco de su actuar negocial y experticia en dicho campo, por lo cual no puede confundirse con otros negocios jurídicos²¹.

²⁰ Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, sentencia del 2 de mayo de 2002 (Exp. 6785), sentencia del 12 de diciembre de 2006 (Rad. 19980085301), sentencia del 15 de agosto de 2008 (Rad. 11001310301619940321601). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 22 de abril de 2009 (Exp. 14.667), del 13 de agosto de 2020 (Exp. 60348) Subsección A, del 6 de febrero de 2020 (Exp. 56.088) Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2016 (Exp. 45.943) Subsección C, sentencia del 5 de febrero de 2024 (Exp. 62.324) Subsección A, entre otras.

²¹ Aunque la fianza y el contrato de seguro de cumplimiento participan de una misma función económica, en tanto están dirigidos a avalar el cumplimiento de una obligación, lo cierto es que cada uno de estos negocios jurídicos arriba a ese propósito por vías jurídicas diferentes, según la regulación legal que gobierna a cada uno

36. Lo dicho explica la razón por la cual el hecho de que la aseguradora acepte que se le trasladen los riesgos que puedan afectar el patrimonio de la entidad pública contratante debido a los incumplimientos en los que pudiera incurrir su contratista, no significa que entre a formar parte del contrato estatal. Admitir una interpretación contraria conduciría a desconocer el carácter principal, autónomo e independiente del contrato de seguro respecto del contrato amparado, a la vez que los principios de normatividad y relatividad de los contratos, según los cuales éstos son ley para las *partes* que los celebran (art. 1602 de Código Civil). La aseguradora no suscribe el contrato estatal, ni asume las obligaciones derivadas de este negocio jurídico, por tanto, sus estipulaciones no le son exigibles.

37. Se debe precisar también que, en el marco de la legislación actual, el hecho de que entre el contrato estatal y el de seguro que lo ampara exista una estrecha relación y que ambos están determinados por intereses superiores respecto de aquellos que se predicen de los que celebran los particulares²², no deriva en que el segundo participe de la misma condición de *contrato estatal* del primero.

38. Al igual que en la regla especial de jurisdicción contenida en el numeral 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, la Ley 80 de 1993 adoptó un criterio eminentemente orgánico o subjetivo para definir qué contratos deben ser catalogados como estatales²³. En el artículo 32 dispuso con toda claridad que: “[s]on contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

39. La lectura de este artículo conduce a concluir, sin hesitación alguna, que para que un contrato sea calificado como estatal debe ser celebrado, al menos, por una entidad de esa naturaleza, al margen de cualquier otra consideración, como, entre otras, la relativa al régimen jurídico que gobierne su actividad contractual²⁴. Dada la claridad y contundencia de esta norma, se impone dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil que consagra que “[c]uando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

40. Incluso, si en contravía del mencionado mandato, se pretendiera consultar el espíritu de la ley, se tendría que arribar a esa misma conclusión. La finalidad de la Ley 80 de 1993 al acoger el criterio subjetivo para definir qué contratos se deben calificar como estatales, tuvo como propósito superar las dificultades que en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 surgieron respecto de la naturaleza y el juez que estaba llamado a conocer de los litigios originados en los denominados contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, por lo cual para definir la categoría de *contratos estatales* el legislador se apartó de

de ellos y los diferencia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2024, Exp. 62.324).

²² El interés asegurable lo constituye la necesidad de proteger el patrimonio público que puede verse afectado en el marco de la actividad contractual del Estado para resguardarlo del daño que le puede ocasionar la posible desatención de los compromisos contractuales por parte del contratista.

²³ Artículos 2 y 32.

²⁴ Se precisa que la expresión de contratos estatales no se limita a los que celebren las entidades públicas a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, al respecto se puede consultar, entre otras, la siguiente providencia: C.E. Sección Tercera, sentencia del 20 de agosto de 1998, Exp. 14202.

aspectos como la inclusión de cláusulas exorbitantes o del régimen jurídico aplicable y se afincó en un criterio eminentemente orgánico o subjetivo²⁵.

41. En estas condiciones, hoy en día no es posible sostener que, al margen de la calidad de los sujetos que los celebren, los contratos de seguro de cumplimiento que se expiden a favor de entidades públicas son estatales por la relación que tienen con el contrato que amparan. La conclusión obligada que se deriva de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el ya mencionado artículo 1037 del Código de Comercio, es que solo cuando en la posición de la aseguradora o del tomador se ubique una entidad estatal podrá concluirse que ese negocio jurídico es estatal.

42. En ese mismo orden de ideas, solo si en una de dichas posiciones se ubica una entidad pública, podría concluirse, en principio, que el conocimiento del asunto corresponde a esta jurisdicción, salvo que tuviera que aplicarse la excepción de que trata el numeral 1. ° del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011. Como en el caso de autos eso no ocurre, pues el contrato de seguro de cumplimiento lo celebraron dos particulares —Suramericana y Sismopetrol— no es necesario adentrarse en este aspecto para definir si el asunto es de conocimiento de esta jurisdicción; sin embargo, ese hecho sí conduce a examinar lo dispuesto en la parte final de la regla especial contenida en el numeral 2. ° del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, a lo que se procede.

43. ii) De conformidad con lo dispuesto en la parte final del numeral 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, esta jurisdicción también conoce de los procesos relativos a los *contratos*, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

44. Suramericana suscribió el contrato de seguro de cumplimiento que quedó contenido en la póliza 0922282-7 en desarrollo de su objeto social. El contratista lo hizo en cumplimiento de las obligaciones que, en concordancia con su objeto social, asumió al suscribir el contrato estatal MA-0029599. Como ninguna de las partes del contrato de seguro lo suscribió en ejercicio de funciones propias del Estado, tampoco por vía de esta norma es posible concluir que el conocimiento del asunto corresponda a esta jurisdicción.

Regla general contenida en el inciso 1.° del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011: criterio mixto

45. De conformidad con ese inciso, tratándose de entidades públicas²⁶ los asuntos que corresponde conocer a esta jurisdicción son aquellos en los que **concurran** los criterios: a) material, esto es, que el asunto en el que se origina el conflicto esté sujeto al derecho administrativo (actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones); **y** b) orgánico, que en el conflicto esté *involucrada* una entidad pública²⁷.

²⁵ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Tercera de esta corporación: Exp. 14.202 del 20 de agosto de 1998, Exp. 22.507 del 12 de noviembre de 2007.

²⁶ Parágrafo del artículo 104 del CPACA: “Parágrafo: Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

²⁷ Este análisis encuentra sustento en las siguientes providencias judiciales (entre otras): i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 12 de febrero de 2014,

46. En el caso objeto de estudio está acreditado el criterio orgánico, toda vez que la entidad pública demandante es Ecopetrol, que formuló sus pretensiones con base en su condición de asegurada y, por tanto, destinataria de la indemnización que asumió pagar Suramericana en caso de ocurrencia del siniestro de incumplimiento que cubrió a través de la póliza 0922282-7, cuya efectividad se pretende en este juicio; sin embargo, el criterio material no se verifica porque el contrato de seguro de cumplimiento sobre el que gravita este litigio no se gobierna por el derecho administrativo, puesto que sus signatarios fueron dos particulares que ordenan su actividad contractual bajo los principios y las reglas del derecho privado.

47. Con especial énfasis, se advierte que al contrato de seguro de cumplimiento que quedó contenido en la póliza 0922282-7 no le resultan aplicables las normas de la Ley 1150 de 2007 que con carácter especial regulan el régimen de garantías de los contratos sometidos al EGCAP, puesto que el contrato estatal que se amparó a través de esa póliza no se regula por esa normativa.

48. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.º de Ley 1118 de 2006 —vigente al momento que se celebró el contrato estatal²⁸ y al momento de la presentación de la demanda²⁹— el régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de Ecopetrol es el derecho privado³⁰, salvo en las materias a las que se refiere el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, dentro de las cuales no se encuentra el régimen de garantías al que alude el artículo 7 de esa misma ley³¹.

49. Cabe recordar que la Ley 1150 de 2007 se expidió con un doble propósito, de un lado, introducir “medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993” y, de otro, dictar “otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. En línea con ello, el objeto de la ley se consignó en su artículo 1.º en los siguientes términos: “La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos”.

50. Las modificaciones a la Ley 80 de 1993 quedaron contenidas en el Título I —“DE LA EFICIENCIA Y DE LA TRANSPARENCIA”— dentro del que se ubica el artículo 7.º referente a la garantía única de cumplimiento³². Las disposiciones generales aplicables a la contratación con recursos públicos se consignaron en el Título II —“DISPOSICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN CON RECURSOS PÚBLICOS”—; de ahí que la regulación en punto a la garantía única

expediente No. 47.083, C.P. Enrique Gil Botero; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 17 de junio de 2015, expediente No. 50.526, C.P. Ramiro Pazos Guerrero y iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 3 de marzo de 2021, expediente No. 51.373, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

²⁸ El contrato estatal MA-0029599 se celebró el 14 de agosto de 2013.

²⁹ La demanda se presentó el 26 de mayo de 2017.

³⁰ “Artículo 6.º Régimen aplicable a Ecopetrol S.A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”.

³¹ El artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007 establece cuatro aristas fundamentales que gobiernan el régimen de garantías de los contratos sometidos al EGCAP: la obligación legal de los contratistas de prestar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, así como la de los proponentes de prestar garantía de seriedad de sus ofrecimientos; las modalidades a través de las cuales se puede prestar la garantía única de cumplimiento; tratándose de pólizas, señala que no expiran por falta de pago de la prima ni por revocatoria unilateral; la facultad de las entidades contratantes de declarar el acaecimiento del siniestro a través de acto administrativo, lo que determina la forma de hacerlas efectivas.

³² Modificó el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

de cumplimiento se predique únicamente respecto de las entidades sometidas al EGCAP, no en relación con los contratos que se celebren bajo regímenes especiales o exceptuados³³.

51. Ecopetrol, consciente de que no está cobijado por el régimen especial de garantías del EGCAP, pero en atención a que debe garantizar el cumplimiento del contrato, exige a sus contratistas que avalen el cumplimiento de sus obligaciones a través de los medios definidos en su manual de contratación, entre ellos, la “*Garantía Única de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales por parte de los proponentes y/o contratistas*” que contiene un clausulado convenido entre esa entidad y las compañías aseguradoras debidamente autorizadas para otorgar este tipo de seguros en Colombia³⁴. En la cláusula vigésima del contrato estatal MA-0029599, las partes acordaron que la garantía que debía constituir Sismopetrol debía regirse por ese clausulado.

Fuero de atracción

52. Se advierte que como en este proceso Ecopetrol no demandó a Sismopetrol para que se declarara su incumplimiento, no opera la figura del fuero de atracción para que esta jurisdicción retenga el conocimiento de litigio que, se insiste, se planteó exclusivamente en contra de la aseguradora para que se hiciera efectivo el amparo de cumplimiento que otorgó a favor de la demandante a través de la póliza 0922282-7.

53. Por las variadas explicaciones que se han dado sobre el contrato de seguro y el contrato estatal asegurado, es pertinente mencionar que entre la aseguradora y Sismopetrol no existe un litisconsorcio necesario, por lo cual la comparecencia del contratista a este proceso no resulta imprescindible.

54. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del CGP, se predica la existencia de un litisconsorcio necesario cuando el proceso versa sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, se debe resolver de manera uniforme respecto de todas las personas que estén sujetas a tales relaciones o actos, de manera que no sea posible resolver de mérito sin su comparecencia.

55. No existe disposición legal que indique que los litigios que versen respecto del incumplimiento de un contrato amparado por una póliza de seguro de cumplimiento deban resolverse de manera uniforme respecto del contratista y la aseguradora o que así deba procederse en los litigios que versen sobre la ocurrencia del siniestro de incumplimiento con miras a la efectividad de la póliza.

56. Esa consecuencia tampoco se impone por la naturaleza de las relaciones. No existe entre el contratista del negocio jurídico amparado y la aseguradora una relación sustancial unívoca, esto es, que implique que el proceso deba ser resuelto de manera uniforme para ambos sujetos. Como antes se dijo, el contrato de seguro

³³ Al respecto se puede consultar la sentencia proferida por esta Subsección el 1.º de julio de 2025, Exp. 72.324.

³⁴ De esto da cuenta la circular 2/2010 del 18 de junio de 2010 y el anexo “*CLAUSULADO GENERAL PARA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO INCLUYENDO GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA*” (índice 39 SAMAI, T.A.).

de cumplimiento y el contrato que se ampara a través de aquél son dos negocios jurídicos principales, autónomos e independientes entre sí que generan, asimismo, obligaciones diferentes para los sujetos que los celebran y, por ello, juicios de diversa índole en cada caso.

57. Para el caso del contratista el análisis de su responsabilidad se basa en la determinación de las obligaciones que asume en el marco de esa relación negocial, en el incumplimiento a él imputable de alguna o de todas esas obligaciones porque no atiende lo pactado, lo atiende de manera tardía o imperfecta y en el consecuente daño que con esa conducta genere al acreedor y que, por tanto, está en la obligación de reparar. En el caso de la aseguradora lo que se debe determinar es si se cumplió la condición que da lugar al surgimiento de su obligación de pago, esto es, si se materializó el siniestro en las condiciones pactadas y si, en virtud de ello, debe realizar al pago de la indemnización.

58. Lo anterior explica por qué el análisis de la responsabilidad del contratista y el de la aseguradora no necesariamente se resuelven de manera uniforme para ambos. Bien puede ocurrir que se concluya en la responsabilidad del primero y no en la efectividad de la póliza porque, por ejemplo, el incumplimiento no se hubiere dado dentro de su vigencia, opere una exclusión o la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, excepciones de las que no podría valerse el contratista porque no impactan en su relación jurídica, sino solamente en la de la aseguradora.

59. Adicionalmente, el proceso se puede resolver sin la comparecencia del contratista, puesto que, si bien para determinar la ocurrencia del siniestro es necesario establecer si el contrato amparado se incumplió, lo cierto es que los efectos del fallo en el que solo intervienen la entidad asegurada y la aseguradora no se le extienden; además de que el juicio que se surta entre esos dos sujetos no anula la posibilidad de que aquél pueda debatir en juicio acerca de su responsabilidad.

60. Con base en el fallo que declare la ocurrencia del siniestro de incumplimiento no es posible perseguir al contratista para que realice el pago de la indemnización derivada de ese hecho, puesto que respecto de él no se hace ninguna declaración, en la medida que tampoco existe una pretensión en su contra; una y otra — pretensión y condena— se circunscriben a la obligación de la aseguradora.

61. Ahora, si la aseguradora realiza el pago, la entidad asegurada ya no podría cobrar la indemnización al contratista, puesto esto supondría un doble pago por el mismo concepto; a la vez, la aseguradora, por ministerio de la ley y hasta la concurrencia de su importe, se subrogaría en los derechos de la entidad pública asegurada en contra de la persona responsable del siniestro, es decir, en contra del contratista³⁵, pero éste podrá *“oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado”* (art. 1096, Código de Comercio).

³⁵ La subrogación que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio es una institución de orden público, en la medida que se inspira en razones que trascienden la relación particular generada por el contrato de seguro. De un lado, procura que el causante del daño no quede indemne por efecto del pago que la aseguradora ha realizado al damnificado (asegurado) en virtud del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato de seguro, en la medida que ésta queda habilitada para ejercer en su contra las mismas acciones que el asegurado habría podido emplear en contra del responsable del daño para obtener su reparación. De otro lado,

62. Una vez realizado el pago de la indemnización, la aseguradora adquiere el mismo derecho que tenía el damnificado respecto de quien le causó el daño —no la condición de damnificado³⁶— y, por tanto, queda habilitada para reclamarle el reembolso de lo que pagó al asegurado, con fundamento en los mismos supuestos fácticos y jurídicos y haciendo uso de los mismos mecanismos que éste habría podido emplear para obtener la reparación directamente de manos de quien lo causó, lo que explica, a su vez, que éste pueda oponer a la aseguradora las mismas excepciones que habría podido hacer valer en contra del damnificado³⁷. La subrogación legal que opera a favor de la aseguradora no implica que ésta quede liberada de la carga de probar los supuestos fácticos de su reclamación, que son, entre otros³⁸, los que acreditan el derecho del asegurado al que sustituye y su valor³⁹.

63. En ese orden de ideas, la existencia de un fallo previo que declare la ocurrencia del siniestro y la efectividad de la póliza no supone automáticamente que el contratista esté obligado a reembolsar a la aseguradora el monto de la indemnización; para ello, primero, aquélla debe realizar el pago y, luego, debe iniciar las acciones que la aseguradora habría tenido en contra del contratista para que, en juicio en el que éste tenga la oportunidad de defenderse, se defina al respecto.

64. Así, se pone en evidencia que la decisión que se adopte en un juicio en el que solo intervengan la aseguradora y la aseguradora respecto de la ocurrencia del siniestro de incumplimiento en aras de obtener judicialmente la efectividad de la póliza que ampara ese riesgo genera una cosa juzgada relativa, puesto que solo

impide que el damnificado se enriquezca sin justa causa, por cuanto, una vez realizado el pago de la indemnización por parte de la aseguradora, éste no podrá perseguir al responsable por el resarcimiento del daño en lo que corresponde al monto del perjuicio que ya hubiere sido cubierto por aquélla, es decir, imposibilita que reciba un doble pago por el mismo concepto.

³⁶ Se precisa que la subrogación no traslada la condición de damnificado o víctima, pues esta recae exclusivamente en quien ha sufrido el daño, sino solamente el derecho personal que a aquella le asiste para cobrar al responsable del daño el monto correspondiente al resarcimiento pecuniario del perjuicio, el cual, por tanto, no recibe la aseguradora a título de indemnización, sino como reembolso del valor que pagó por el siniestro que cubrió.

³⁷ Para garantizar la efectividad de la subrogación que se establece en cabeza de la aseguradora por efecto del pago de la indemnización, el Código de Comercio prohíbe al asegurado renunciar a los derechos que tiene en contra del causante del siniestro y sanciona la desatención de este mandato con la pérdida del derecho a ser indemnizado; al tiempo que le impone el deber de colaborar con la aseguradora, cuando esta se lo solicite, en todo lo que esté a su alcance para permitir el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación (arts. 1097 y 1098).

³⁸ Debe acreditar: i) la existencia de un contrato de seguro de daños; ii) el pago válido de la indemnización; iii) que el daño producido por el tercero responsable se encuentre entre los riesgos amparados por la póliza; iv) que, una vez ocurrido el siniestro, se origine en el asegurado una acción para imputar responsabilidad al autor del daño y v) que no opere alguna de las restricciones contempladas en el artículo 1099 del Código de Comercio. C.S.J. Sala Cas. Civil, Sent. Ago. 6/1985, M.P. Horacio Montoya Gil; Sent. 11822, Sep. 3/2015, Rad. No. 11001-31-03-024-2009-00429-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez; C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, Sub. B, Sent. May. 24/ 2012, Rad. 05001-23-25-000-1995-00108-01(20.075), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁹ “c) El tercer presupuesto de la subrogación es que el daño ya indemnizado, en virtud del contrato de seguro, sea imputable a la responsabilidad de una persona distinta del asegurado o, mejor aún, que dé origen a una acción de responsabilidad civil de este contra aquella. La responsabilidad misma puede ser subjetiva u objetiva, contractual o extracontractual, basarse en la culpa presunta o en la culpa probada, directa o indirecta, porque la ley no distingue. ‘El asegurador...se subrogará...en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro’ (art. 1.096) ... por la vía de la subrogación, el asegurado ‘transmite’ al asegurador, ope legis, su propio derecho, el mismo que le confiere la ley como damnificado por el hecho ilícito. Luego, en ejercicio de la acción subrogatoria, el asegurador debe invocar y probar los hechos constitutivos de la obligación a cargo del responsable en armonía con la naturaleza de la responsabilidad que le da origen. Y, entre ellos, el daño y su magnitud económica. No basta, como es obvio, la prueba de la indemnización pagada al asegurado en virtud del contrato de seguro que también es necesario, desde luego, como presupuesto y límite de su derecho a la subrogación. Debe probar, además, el derecho del asegurado y su valor”. OSSA, Efrén. “Teoría General del Seguro. El contrato. Bogotá”. Ed. Temis. 1991. Págs. 182, 190 a 193”.

vincula a esos sujetos, no al contratista, en contra de quien, si se pretende derivar responsabilidad, se deben adelantar las acciones judiciales pertinentes.

65. Las anteriores consideraciones conducen a concluir que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es la llamada a asumir el conocimiento de este proceso judicial y, dado que la Jurisdicción Ordinaria (especialidad civil) estimó que tampoco lo es, se plantea el conflicto negativo entre ambas jurisdicciones para que, en los términos del numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, sea la Corte Constitucional la que lo dirima y, en virtud de ello, disponga u ordene a quien corresponda, adoptar las determinaciones pertinentes frente a la sentencia anticipada de primera instancia.

66. Es importante advertir que la posibilidad de proponer el conflicto negativo de jurisdicciones no se frustra por el hecho de que este juicio hubiese sido adelantado por el Tribunal Administrativo de Santander hasta la emisión del fallo de primer grado, toda vez que, en los términos previstos en los artículos 16⁴⁰ y 138⁴¹ del CGP, la jurisdicción es improrrogable, lo cual procesalmente implica que, al margen del estado en el que se encuentre el proceso y sin perjuicio de que las actuaciones previas al fallo de primera instancia conserven su validez, el juzgador debe realizar el análisis pertinente de cara a establecer si la jurisdicción a la que pertenece es la llamada a resolver el asunto.

67. En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: PROPICIAR el conflicto negativo de jurisdicciones entre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la Jurisdicción Ordinaria (especialidad civil).

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para que dirima el conflicto negativo de jurisdicciones propiciado y adopte las demás determinaciones que sean procedentes.

TERCERO: COMUNICAR esta providencia al Juzgado Séptimo Civil del Circuito Judicial de Bogotá.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada en la fecha de su encabezado y que se suscribe en 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 enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. 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.



⁴⁰ Artículo 16 del CGP.

⁴¹ Artículo 138 del CGP.