

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN “B”
Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso número: 250002326000200401733-01 (34563)
Actor: Compañía Central de Seguros S.A. (hoy QBE Seguros S.A.)
Demandado: Banco Central Hipotecario en Liquidación
Acción: Contractual

Asunto: *Póliza de seguro global bancaria a favor de la entidad pública. Nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción. Criterio material regido por la naturaleza de la controversia o litigio. Giro ordinario de las actividades bancarias*

La Sala¹ procede a resolver el recurso de apelación presentado por las partes, en contra de la sentencia del 30 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.- Declárase responsable al Banco Central Hipotecario en Liquidación del pago del valor concedido por concepto de descuento por contratación a largo plazo, correspondiente a la póliza global bancaria No. 098 de 2001 con la renovación No. 065 de 2000.

SEGUNDO.- En consecuencia, condénase al Banco Central Hipotecario en Liquidación a pagar a favor de la Compañía Central de Seguros S.A. (hoy QBE CENTRAL DE SEGUROS S.A.), la suma de CIENTO QUINCE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$115.776.492), de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

¹ El proyecto presentado por el magistrado Danilo Rojas no fue acogido por la mayoría.

TERCERO.- Reconózcase a la abogada Paola Andrea Becerra como apoderada de la parte actora en los términos y para los efectos de la sustitución de poder obrante a folio 65 del cuaderno principal.

CUARTO.- Sin condena en costas”.

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 19 de agosto de 2004, la Compañía Central de Seguros S.A., hoy QBE Seguros S.A. presentó demanda en ejercicio de la acción contractual, en contra del Banco Central Hipotecario en liquidación (BCH), con el objeto de que se ordene el pago de una suma de dinero, por concepto de descuento en el pago de la prima de seguro, de que trata la póliza global de seguro expedida a favor de la entidad pública.

La parte actora sostiene que el 14 de junio de 2000 suscribió con el BCH un contrato de seguros denominado *“Póliza Global Bancaria”*, como consta en la póliza n.º 98 de ese año. Las partes pactaron un descuento sobre el 7,5% del valor total de la prima. Sin embargo, dicho descuento se supeditó a la duración del contrato de seguro convenida en tres años. No obstante, el banco decidió no completar el periodo descrito, razón por la cual la aseguradora reclama el valor del descuento más el IVA. El acuerdo fue del siguiente tenor:

“Es entendido y acordado que los reaseguradores/ aseguradores/ corredores ofrecen un descuento por largo plazo del 7.50% con respecto a cada instalamento anual de prima. En el evento en que el asegurado y/o reasegurado terminen este contrato por cualquier motivo, el acuerdo por descuento por largo plazo no aplicará”.

La aseguradora otorgó el descuento *“para la primera vigencia pactada entre las 16.00 horas del día 14 de junio de 2.000 hasta las 16.00 horas del 14 de junio de 2.001”*. El 7,5% de la prima ascendía a \$88 500 000,00, la prima era de \$1 180 000 000,00.

La demandante aduce que el 27 de julio de 2001 se renovó el contrato de

seguro, a través del “anexo de renovación N° 65 a la póliza 98 de 2000”, con una nueva vigencia que iría desde las 16:00 horas del 31 de mayo de 2001 hasta las 16:00 horas del 14 de junio de 2002; para el efecto, se convino:

*“Es entendido y acordado que los reaseguradores/ aseguradores/ corredores que suscriben e intermedian esta póliza, acuerdan otorgar un descuento por contratación a largo plazo del 7.5% **(Base 3 años) con efecto desde el 14 de junio de 2000** en relación con cada instalamento anual de prima comenzando a la iniciación. En el evento en que el asegurado y/o reasegurado terminen este contrato por cualquier razón el acuerdo por bono a largo plazo no aplicará (negritas propias del texto original).*

En versión de la aseguradora, aunque se aplicaba el descuento, el ascendía a \$88' 500 000,00, equivalente al 7,5% del valor de la prima, cuya suma fue de \$ 1 180' 000 000.00, el BCH decidió no renovar la póliza, por lo que el contrato de seguros finalizó el 14 de junio de 2002. Concluye que, finalizado el contrato antes de la duración mínima pactada y dada la condición estipulada, surgió para el asegurado la “obligación de devolver a la Compañía los dineros entregados a título de descuento, que se encontraban sujetos a la verificación de la condición de permanencia mínima del vínculo contractual (...) acaeciendo de esa manera la condición resolutoria que aniquilaba la obligación de reconocer un descuento en el pago de la prima” (fls. 3-4 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1. La demanda

Con base en los anteriores hechos, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que se reconozca que el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO EN LIQUIDACIÓN “BCH”, le adeuda a la COMPAÑÍA CENTRAL DE SEGUROS S.A. la suma de DOSCIENTOS CINCO MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS. (\$205.320.000,00), por concepto de descuentos en el pago de la prima de seguro que se encontraban sujetos a la verificación de una permanencia mínima de tres (3) años de la relación contractual.

Esta cifra se descompone de la siguiente manera:

Total descuento concedido que debe reembolsar	\$177.000.000.00
IVA	\$ 28.320.000.00

2.- Que la cifra anteriormente descrita se traiga a valor presente al momento de presentación de la demanda.

3.- Que como consecuencia del reconocimiento de las pretensiones descritas en los numerales anteriores se condene al BANCO CENTRAL HIPOTECARIO EN LIQUIDACIÓN al pago de la suma de DOSCIENTOS CINCO MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$205.320.000,00), debidamente actualizada a la fecha.

4.- Que se reconozcan y paguen los intereses moratorios causados desde el día que se presenta la respectiva demanda hasta el momento en que se satisfaga de manera íntegra la deuda reclamada de conformidad con las normas que regulan los topes máximos de intereses moratorios comerciales.

5.- Ordenar al Gerente Liquidador del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO EN LIQUIDACIÓN "BCH", o a quien haga sus veces que pague las costas que pudieren presentarse en el proceso" (fl. 2 cuaderno 1).

1.2. La defensa del demandado

El BCH se opuso a las pretensiones y defendió la legalidad de su actuación. Puso de presente que *"el menor valor de la prima, mal llamado descuento"* correspondió a dos vigencias anuales y que las acciones para el cobro de la prima *"caducaron desde el punto de vista administrativo y prescribieron desde el punto de vista del derecho comercial"*. Adujo que la reducción de la prima era otorgada por el asegurador, el corredor y el reasegurador, sin quedar claramente establecido en qué proporciones cada uno debía conceder dicha disminución y advirtió que sólo uno de ellos está demandando.

La entidad demandada sostuvo, además, que la actora *"no efectuó pagos por concepto de siniestros causados durante las vigencias mencionadas"*, motivo por el cual el BCH se encontraba investigando la eficacia de las pólizas. Alegó que la demandante no entregó sumas por tal concepto. Señaló que *"el Banco Central Hipotecario no podía legalmente solicitar la renovación de la póliza"* y que la prima se pagó por anualidades y no por un periodo de tres años, por lo que cada pago se efectuó de la misma manera, sin quedar saldos pendientes.

En el mismo escrito, el demandado propuso cinco excepciones a saber:

Falta de jurisdicción, porque el contrato de seguro denominado póliza global bancaria hace parte del giro habitual de los negocios del banco demandado y su régimen es de derecho privado. Por tanto, la jurisdicción que corresponde es la ordinaria.

Prescripción, teniendo en cuenta los artículos 1066 y 1081 del Código de Comercio que señalan, respectivamente, el término para el pago de la prima (un mes) y la prescripción ordinaria derivada del contrato de seguro, que es de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho. Con ello, el demandado estimó que las acciones para pedir el cobro de la prima prescribieron: el 28 de junio de 2002 para la póliza n.º 98 y el 25 de junio de 2003 para su renovación.

Caducidad de la acción, pues, para la fecha de presentación de la demanda, pasaron los dos años contemplados por el artículo 136 numeral 10 del Código Contencioso Administrativo, para presentar oportunamente la reclamación judicial. Ello, con fundamento en el mismo conteo realizado para establecer la prescripción.

Falta de legitimación en la causa por activa, en el entendido que la disminución de la prima fue presentada por tres personas distintas -asegurador, reasegurador y corredor-, razón por la cual la demandante no está legitimada para reclamar la totalidad del crédito y el IVA derivado del pago de las primas.

Inexistencia de la obligación, en la medida en que las primas quedaron definidas y tarifadas por vigencias anuales (fls. 24-30 cuaderno 1).

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1. La parte actora insistió en los argumentos de la demanda. Así mismo, se opuso a la prosperidad de las excepciones. Alegó que i) la excepción de falta de jurisdicción no era procedente, toda vez que el régimen jurídico del contrato no determina la jurisdicción que debe conocer del asunto que, para el *sub lite*, corresponde a lo contencioso administrativo, en la medida en que el BCH es una entidad pública; ii) no hubo prescripción ni caducidad, porque la aseguradora

tuvo conocimiento de los hechos, es decir, la decisión de no renovar el contrato, el 14 de junio de 2002. Además, la compañía presentó solicitud de conciliación prejudicial el 11 de junio de 2004 y la diligencia culminó el 18 de agosto siguiente; iii) le asiste legitimación para accionar, pues, si bien se convino en el descuento, sin mención a la reaseguradora, tampoco al corredor, la actora tiene el derecho a reclamar el 100% de la suma adeudada y iv) el hecho de que se hubieran facturado y cobrado las primas por vigencias anuales *“no deja en firme el valor de la prima pagada por el banco, porque su valor final estaba condicionado”* a la permanencia del banco como tomador del seguro.

La demandante sostuvo, además, que, sin perjuicio de la facultad autónoma del gerente liquidador del BCH de no renovar el contrato, la decisión no puede afectar los derechos que la ley establece a favor de la aseguradora. Advirtió que el contrato es ley para las partes y que, por tanto, la condición que sujetaba el descuento a la mínima duración es jurídicamente exigible al BCH, pues el asegurado no puede unilateralmente sustraerse a las consecuencias de incumplir el compromiso de mantener el vínculo comercial por el término acordado (fls. 58-64 cuaderno 1).

1.3.2. El BCH reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, insistió en las excepciones propuestas y solicitó condenar en costas a la actora. advirtió que no se invoca la *“declaratoria de existencia de la fuente obligacional”*, lo que impide analizar el incumplimiento contractual, *“porque no es dable perseguir lógicamente un resarcimiento sin haber declarado su causa”*. Señaló, además, que es nula la estipulación relacionada con el descuento porque i) la cláusula no es clara y fue incluida unilateralmente por la aseguradora; ii) no hay prueba de que la misma fuera aceptada por el demandado, pues no hacía parte de la póliza firmada por el tomador, solo era una oferta para contratar; iii) tiene objeto ilícito, en la medida en que, *“aceptar que existió tal descuento, implica admitir que la compañía facturó por un menor valor la prima aceptada por el BCH, con lo cual se estaría permitiendo la comisión de un delito fiscal relacionado con la evasión del IVA”* y iv) la póliza global bancaria terminó por fuerza mayor, toda vez que el BCH suspendió las operaciones activas y de captación de dineros, dando lugar a que desapareciera

el riesgo asegurable. Por el contrario, la aseguradora no actuó como se esperaba, esto es reintegrando las sumas de manera proporcional al tiempo en que el banco dejó de operar.

Por último, la entidad adujo que la demandante debió hacerse parte del proceso de liquidación del banco, con el objeto de que su crédito fuera reconocido (fls. 52-57 cuaderno 1).

1.4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 30 de mayo de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la responsabilidad contractual del BCH y condenó a reintegrar los valores correspondientes al descuento.

En relación con las excepciones, el *a quo* consideró que i) la jurisdicción que debe conocer del asunto es la contenciosa administrativa, en virtud de la Ley 1107 de 2006; ii) la aseguradora estaba legitimada para reclamar, conforme el artículo 1037 del Código de Comercio. Además, *“ni el reasegurador ni el corredor se constituyeron en partes del contrato de seguro y las obligaciones y derechos derivados del mismo corresponden únicamente a la aseguradora y el tomador”* y iii) la acción no estaba caducada porque, si bien el interés de la actora surgió con la terminación del contrato de seguro, *“(.) la demandante presentó solicitud de conciliación el 11 de junio de 2004 (...) y la audiencia se celebró el 18 de agosto del mismo año, por lo que el término de caducidad se amplió hasta el 23 de agosto de 2004 y como la demanda se presentó el 19 de agosto de la referida anualidad, se impone concluir que la misma fue oportuna”*.

En relación con el fondo del asunto, el Tribunal consideró que en la renovación del contrato las partes acordaron que el descuento del 7,5% sobre el valor total de la prima anual solo *“tendría efectos si la vigencia de dicha póliza era de largo plazo sobre la base de 3 años contados desde el 14 de junio de 2000. Igualmente, se acordó que si el contrato terminaba por cualquier razón, el bono a largo plazo no aplicaría”*.

En ese orden, el tomador, esto es el BCH, aceptó la condición relativa a que contrató *“independientemente de que de buena fe la aseguradora hubiera realizado dicho descuento sobre el valor de la prima anual”*. Por ello, como la demandada no prorrogó la póliza *“el valor de la prima al que estaba obligado era el equivalente a la prima completa sin ningún tipo de descuento”*.

Aunado a lo anterior, el *a quo* señaló que la disolución y liquidación del BCH no impide declarar su responsabilidad –se destaca–:

“(..) pues dicho estado era plenamente conocido por el tomador al momento de realizar la renovación de la póliza, toda vez que para la fecha de la renovación el Gobierno Nacional ya había ordenado la disolución y liquidación de la entidad.

De tal manera, el hecho de que la entidad voluntariamente hubiera consentido en la renovación, implicaba de suyo que todavía quedaban riesgos por asumir y, en consecuencia, era necesario cubrirlos mediante una póliza de seguro. Lo contrario, implicaría la instauración de un nuevo proceso ordinario donde discutieran las condiciones de suscripción de la mentada póliza y su validez, asunto este, que escapa de la esfera de conocimiento de la controversia que ocupa a la Sala”.

El Tribunal desestimó la afirmación de la demandada, atinente a que la oferta no fue aceptada por el BCH. Esto, en la medida en que el pago del valor de la prima, menos el descuento, da cuenta de su aceptación, así la eficacia haya sido a partir de la renovación de la póliza. Si bien en el contrato inicial se pactó la disminución, no se indicó el *“término que debía entenderse por largo plazo”*. Ante el silencio de las partes y teniendo en cuenta que el contrato de seguro es de adhesión, la interpretación debe favorecer al tomador. En consecuencia, el *a quo* condenó por el valor del descuento de la prima, durante el periodo comprendido entre el 14 de junio de 2001 y el 14 de junio de 2002.

Por último, el *a quo* negó el valor pagado por concepto de IVA y los intereses moratorios:

“(..) no existe derecho al reconocimiento del mismo, por cuanto el hecho generador del impuesto es el pago de la prima en el contrato de seguro, es decir la prestación del servicio por parte de la aseguradora², y como el valor que va a

² [4] *“Al respecto el literal b del artículo 420 del Estatuto Tributario establece:*

“Artículo 420. Hechos sobre los que recae el impuesto. El impuesto a las ventas se aplicará sobre:

ingresar al patrimonio de la actora tiene origen en la presente providencia de acción indemnizatoria y no en dicho servicio, no es posible reconocer la suma solicitada.

Por último, no hay lugar a reconocer intereses moratorios, por cuanto la obligación era incierta hasta la fecha de esta providencia razón por la cual el crédito no era exigible” (fls. 69-74cuaderno principal)³.

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de apelación⁴

2.1.1. Inconforme, la parte demandada interpone recurso de apelación. Insiste en la excepción de falta de jurisdicción, en la medida en que la litis tiene que ver con una póliza global bancaria, esto es, con un acto propio del giro ordinario de las actividades del BCH. Sostiene, además, que no se presentó incumplimiento contractual, porque el Decreto 20 del 12 de enero de 2001 impuso al BCH la cesación de sus operaciones, por lo que la no renovación de la póliza global bancaria no es un asunto que pueda ser evaluado en el marco contractual (fls. 82, 94-95 cuaderno principal).

2.1.2. La parte actora se adhiere al recurso de apelación interpuesto por la demandada. Pone de presente su inconformidad con el reconocimiento del descuento entre el 14 de junio de 2000 y el 14 de junio de 2001. Para tal efecto, con apoyo en un sector de la doctrina⁵, sostiene que el contrato de seguro no puede considerarse de adhesión; en particular si se considera que el BCH impuso las condiciones para su celebración.

De otro lado, la demandante alega incongruencia de la decisión. Esto, en la medida en que se negó el reconocimiento de la prima pagada entre el 14 de junio de 2000 y el 14 de junio de 2001 y además se estableció que el BCH pagó,

b) La prestación de servicios en territorio nacional. (Literal modificado Ley 6/92, art. 25)”

³ Uno de los magistrados que integró la sala de decisión del *a quo* salvó su voto (f. 75-80 – c. ppal.). En su criterio, (i) la jurisdicción de lo contencioso administrativo era incompetente para proferir sentencia porque el asunto debatido no hace parte de las funciones administrativas atribuidas a las entidades administrativas y; (ii) no hubo incumplimiento contractual porque tal situación se debió a un hecho ajeno a las partes: un acto de autoridad; y además, hubo una reducción del riesgo asegurable que debió ser demandado en reconvención por el BCH.

⁴ El recurso fue interpuesto el 6 de julio de 2007.

⁵ Cita a LÓPEZ, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. Ed. Dupré. Cuarta Edición.

en ese periodo, el valor de la prima menos el descuento. Destaca que en la primera instancia se entendió “*debidamente incorporada*” la cláusula desde antes de la renovación, afirmación contradictoria con la parte resolutive del fallo. Aduce que debió reconocerse lo pagado por concepto de IVA, puesto que el impuesto se liquidó sobre el valor de la prima, sin tener en cuenta el descuento.

Según la recurrente, la compañía aseguradora asumió los riesgos derivados de la póliza global bancaria suscrita con el BCH y destaca el interés de la demandada en la renovación del contrato de seguro que pretende desconocer. Por último, anota que la decisión de suscribir un contrato al igual que la de renovarlo no puede atribuirse a caso fortuito o fuerza mayor, justamente por su naturaleza previsible y libre de apremios (fls. 89-93 cuaderno ppal.)

2.2. Alegaciones finales

2.2.1. La actora reitera los argumentos expuestos en la apelación. Solicita revocar parcialmente el fallo para que, en su lugar, se acceda en su totalidad a las pretensiones (fls. 101-106 cuaderno ppal.).

2.2.2. Con fundamento en los razonamientos expuestos en la contestación de la demanda, el BCH insiste en la falta de jurisdicción, ineficacia del contrato de seguro y fuerza mayor (fls. 107–108 cuaderno ppal.).

2.2.3. La Procuraduría Quinta Delegada ante la Corporación solicita revocar la sentencia y denegar las súplicas.

La vista fiscal considera que no debe prosperar la excepción de falta de jurisdicción, dada la naturaleza jurídica del BCH, esto es sociedad de economía mixta con capital público superior al 50%, al amparo de la Ley 1107 de 2006.

En relación con los términos de la póliza, su renovación y el anexo nº 7 que incorporó la cláusula de cancelación, el representante del Ministerio Público afirma, *in extenso*:

*“(..) el contrato de seguros contenido en la póliza no fue objeto de terminación unilateral por ninguna de las partes, sino que su pérdida de vigencia obedeció a que no fue objeto de renovación para el periodo comprendido entre el 14 de junio de 2002 y el 14 de junio de 2003, en razón a que, por virtud del Decreto 20 de 2001, se había ordenado la disolución y **liquidación** del Banco Central Hipotecario eventualidad que no solamente fue ajena a la voluntad de las partes sino que, además, se hallaba expresamente contemplada dentro de la “cláusula de cancelación” (anexo No. 7) como causal para declarar la terminación del contrato por las partes; estipulación que no sufrió modificación alguna en el acto de renovación No. 65, y que por ende, era de obligatoria observancia para las partes.*

Entonces, si la terminación del contrato contenido en la Póliza de Seguro Global Bancaria 98 de 2000 se debió a la disolución y liquidación de la entidad asegurada, no existe razón alguna para declarar la responsabilidad patrimonial del Banco Central Hipotecario, como se hizo en el fallo impugnado, pues la extinción del contrato no obedeció a la voluntad unilateral de la entidad demandada, ni al incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino a una circunstancia que expresamente constituía, según se convino, una forma consensuada o de común acuerdo de extinción del contrato de seguro.

Además, no puede dejarse de lado que ya desde mediados del año 2000 el Banco Central Hipotecario había cedido sus activos, pasivos y contratos a otras entidades financieras públicas; que había suspendido “todas las actividades de intermediación y demás operaciones bancarias, encaminadas al desarrollo de su objeto” y que, al ordenarse su disolución y liquidación a partir del 12 de enero de 2001 –Decreto 20–, la póliza global bancaria se quedó sin objeto toda vez que los riesgos asegurados desaparecieron por efecto de la extinción de la actividad bancaria de la entidad asegurada, con lo cual la compañía aseguradora resultó beneficiada, en tanto que obtuvo el pago de una prima por el cubrimiento de un riesgo que no podía acaecer por la inactividad bancaria de la entidad asegurada (..)” (fls. 110-118 cuaderno ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA⁶

1. Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia de 30 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Previamente la Sala revisará la competencia para resolver el litigio sometido a su consideración, en tratándose de un presupuesto procesal que, como tal, debe

⁶ El 4 de agosto de 2016 se aceptó el impedimento del consejero Ramiro Pazos Guerrero, por haber conocido anteriormente de la decisión en su condición de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 130 – c. ppal.)

ser apreciado por el juez, incluso de manera oficiosa. No obstante, el punto fue debatido por las partes durante el trámite de la controversia y resuelto negativamente por el *a quo*.

Debe, en consecuencia, la Sala analizar los hechos probados y, de esta forma, resolver lo pertinente.

2.1. Hechos probados

1. El 31 de mayo de 2000, el presidente del BCH recibió del entonces superintendente bancario el oficio Rad. 2000005526-18, el cual contenía la siguiente información:

“Mediante la comunicación 2000005526-0 del 26 de enero de 2000, atendiendo a la difícil situación por la que atravesaba el Banco y con el objeto de evitar que el mismo incurriera en causal de toma de posesión, esta Superintendencia le ordenó iniciar las gestiones encaminadas a la cesión de sus activos pasivos y contratos.

A la fecha se ha venido adelantando el citado proceso con diversas entidades financieras; sin embargo, el Banco continúa presentando una delicada situación financiera y de liquidez que hacen necesario continuar con la adopción de otras medidas tendientes, principalmente, a prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y particularmente el de terceros de buena fe.

Por esta razón, de conformidad con los objetivos previstos en el artículo 325, numeral 1., letra e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con el objeto de continuar con el proceso preventivo, el Banco no podrá realizar operaciones activas de crédito, lo cual extiende a aquellas operaciones autorizadas y no desembolsadas.

La anterior medida se aplica inclusive a las operaciones de crédito con los accionistas de la compañía, empleados, directores y vinculados, ya sea en forma directa o indirecta, hasta tanto sea subsanada la situación.

Así mismo, como consecuencia de la imposibilidad de realizar operaciones activas de crédito la Entidad debe suspender las operaciones de captación de dineros del público” (Subrayas originales del oficio, fls. 16 y 17 cuaderno 2).

2. El 28 de junio siguiente, con el BCH como tomador, asegurado y beneficiario, la Compañía Central de Seguros expidió la “PÓLIZA DE SEGURO GLOBAL BANCARIA” n°. 98, con vigencia entre el 14 de junio de 2000 y el mismo día del año 2001. La suma asegurada se pactó en \$50 000’ 000 000 y los riesgos “1. INFIDELIDAD DE EMPLEADOS // 2. PREDIOS // 3. TRÁNSITO // 4.

FALSIFICACIÓN // 5. EXTENSIÓN DE FALSIFICACIÓN // 6. DINERO FALSIFICADO // 7. RESPONSABILIDAD PARA CAJILLAS DE SEGURIDAD // 8. PÉRDIDA DE DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN". Los amparos se describen en la "PÓLIZA GLOBAL BANCARIA DHP 84" (fls. 88-102, c.3), de la cual se extraen los siguientes apartes:

"AMPAROS

CLÁUSULA DE SEGURO No. 1

INFIDELIDAD DE EMPLEADOS (Modificada por la DHP 73)

Como consecuencia de cualquier acto deshonesto o fraudulento de cualquiera de los empleados del Asegurado donde sea cometido, ya sea directamente o en colusión con otros u otras personas, incluyendo pérdida de bienes mediante tal acto de cualquiera de los empleados del Asegurado.

CLÁUSULA DE SEGURO No. 2

PREDIOS

Como consecuencia de la pérdida de cualquier bien por hurto, hurto calificado, engaño, desaparición misteriosa o inexplicable, o que sean dañados, destruidos o extraviados de cualquier manera o por cualquier persona, mientras dichos Bienes se encuentren en o dentro de cualquier predio donde quiera que esté situado incluyendo caravanas, predios móviles y/o similares utilizados temporalmente por el Asegurado para la conducción de su negocio, excepto mientras se encuentra en el correo o en poder de un transportista contratado, distinto a una Compañía transportadora con vehículos blindados para su transporte.

(...) Como consecuencia de la pérdida o daño a todo mobiliario, instalaciones, equipos (con la excepción de computadores y equipos periféricos) papelería, suministros o cajas fuertes y bóvedas dentro de los predios del Asegurado causado por hurto, hurto calificado o cualquier tentativa de los mismos o por vandalismo o daños maliciosos, exceptuando sin embargo toda pérdida o daño por incendio.

Como consecuencia de pérdidas debido a daños a dichos predios por hurto, hurto calificado o cualquier tentativa de los mismos, o al interior de cualquiera de dichos predios por vandalismo o daños maliciosos.

Siempre que el Asegurado sea el propietario de tales predios, mobiliario, instalaciones, equipo (exceptuando computadores y equipos periféricos), papelería, suministros, o cajas fuertes y bóvedas o que sea responsable de dicha pérdida o daños, siempre con excepción a toda pérdida o daño por incendio.

CLÁUSULA DE SEGURO No. 3

TRÁNSITO

Como consecuencia de pérdida, daño, hurto, hurto calificado, extravío, apropiación indebida, malversación o desaparición misteriosa de cualquier Bien, ya sea por negligencia o fraude de los Empleados del Asegurado o de cualquier otra manera, mientras dicho Bien se encuentre en tránsito, dentro de los límites territoriales como está indicado en la carátula, bajo la custodia de cualquier persona o personas que actúen como mensajeros, excepto cuando se encuentre en el correo o en poder de un transportista contratado, diferente a una Compañía transportadora con vehículos blindados para el transporte. Dicho transporte comenzará inmediatamente al recibo de tales Bienes, por la persona o personas transportadoras y terminará inmediatamente a la entrega de los mismos, por tal persona o personas en su destino final.

CLÁUSULA DE SEGURO No. 4

FALSIFICACIÓN

Como consecuencia de la falsificación o alteración de cualquier cheque, giro, aceptación, orden de pago, o recibo para el retiro de fondos o Bienes, certificados de depósito, cartas de crédito, garantías (warrant), giro postal u órdenes contra la Tesorería Nacional.

(...)

CLÁUSULA DE SEGURO No. 5

EXTENSIÓN DE FALSIFICACIÓN

(...)

CLÁUSULA DE SEGURO No. 6

DINERO FALSIFICADO

Como consecuencia de la recepción por parte del Asegurado, de buena fe, de cualquier billete o moneda falsificada o alterada.

CLÁUSULA DE SEGURO No. 7

RESPONSABILIDAD PARA CAJILLAS DE SEGURIDAD

Como consecuencia de pérdidas por la responsabilidad impuesta sobre el Asegurado por la Ley, por pérdida o destrucción de o daño a Bienes contenidos en las cajillas de seguridad de los clientes, mientras estén guardadas en las bóvedas del Asegurado.

CLÁUSULA DE SEGURO No. 8

PÉRDIDA DE DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN

Como consecuencia de cualquier pérdida de derechos de suscripción, conversión, rescate o privilegios de depósitos por extravío o pérdida de los Bienes:

a) En cualquier predio donde quiere que esté situado y,

b) Mientras estén en tránsito en cualquier parte bajo la custodia de cualquier persona o personas actuando como mensajeros (...)" (fls. 4 – 6, c.2 y fls. 84-86, cuaderno 3).

3. En la póliza se consignó un “descuento por largo plazo” del 7,5% sobre el valor total de la prima anual, así:

“ESTÁ ENTENDIDO Y ACORDADO QUE LOS REASEGURADORES/ASEGURADORES/CORREDORES OFRECEN UN DESCUENTO POR LARGO PLAZO DEL 7.50% CON RESPECTO A CADA INSTALAMIENTO ANUAL DE PRIMA. EN EL EVENTO EN QUE EL ASEGURADO Y/O REASEGURADO TERMINE ESTE CONTRATO POR CUALQUIER MOTIVO, EL ACUERDO DE DESCUENTO POR LARGO PLAZO NO APLICARÁ.

ADICIONALMENTE, SI SE RECIBE NOTICIA DE CANCELACIÓN (DISTINTA A LA FECHA DE ANIVERSARIO) LA PRIMA SERÁ AJUSTADA SEGÚN LA TABLA DE CORTO PLAZO, TENIENDO EN CUENTA LA PRIMA QUE SE APLICA PARA EL PERÍODO DE 12 MESES Y QUE SE ENCUENTRE VIGENTE A LA FECHA DE TAL TERMINACIÓN (ANEXO No. 06).

En el anexo n.º 7, titulado “CLÁUSULA DE CANCELACIÓN” se lee:

“El presente contrato podrá ser cancelado unilateralmente por los contratantes. Por LA COMPAÑÍA mediante noticia escrita al ASEGURADO, enviada a su última dirección conocida, la cual operará sesenta (60) días después del envío; por EL ASEGURADO en cualquier momento, mediante aviso por escrito a LA COMPAÑÍA.

En caso de ser terminado por LA COMPAÑÍA la prima no devengada será calculada y devuelta a prorrata, pero si es terminada por EL ASEGURADO la prima no devengada debe ser calculada y devuelta según la tarifa de Corto Plazo. Así mismo, el presente seguro se declara terminado por las partes en cualquier tiempo en que ocurran tomas de posesión o liquidación o procedimientos concursales o cualquier otra actuación administrativa que implique la pérdida de control administrativo en la Entidad Asegurada”.

4. El 12 de enero de 2001, mediante el Decreto n.º 20, publicado en el Diario Oficial n.º. 44292, se dispuso la disolución y liquidación del BCH, con fundamento en que, para ese entonces, los objetivos de la sociedad liquidada habían perdido su razón, si se considera i) que, por disposición de la Superintendencia Bancaria, los activos, pasivos y contratos del BCH fueron parcialmente cedidos “a otras entidades financieras públicas” y ii) para entonces tanto “las operaciones activas de crédito, así como aquellas de captación de dineros del público”, como “las actividades de intermediación y demás operaciones bancarias, encaminadas al

desarrollo de su objeto”, estaban suspendidas.

5. El 27 de julio siguiente se emitió el anexo de “**RENOVACIÓN N°. 65**”, con vigencia entre el 31 de mayo de 2001 y el 14 de junio de 2002. Las condiciones generales de la póliza se mantuvieron; empero se precisó la fecha a partir de la cual operaría el descuento y se fijó una “*base*” temporal que condicionaba la disminución del valor de la prima por contratación a largo plazo. En la cláusula de descuento se lee:

“ES ENTENDIDO Y ACORDADO QUE LOS REASEGURADORES / ASEGURADORES / CORREDORES QUE SUSCRIBEN E INTERMEDIAN ESTA PÓLIZA, ACUERDAN OTORGAR UN DESCUENTO POR CONTRATACIÓN A LARGO PLAZO DEL 7,5% (BASE 3 AÑOS) CON EFECTO DESDE EL 14 DE JUNIO DE 2000 EN RELACIÓN CON CADA INSTALAMIENTO ANUAL DE PRIMA COMENZANDO A LA INICIACIÓN. EN EL EVENTO EN QUE EL ASEGURADO/REASEGURADO TERMINE ESTE CONTRATO POR CUALQUIER RAZÓN, EL BONO A LARGO PLAZO NO APLICARÁ.

ADICIONALMENTE, SI SE RECIBE NOTICIA DE CANCELACIÓN (DIFERENTE A AQUELLA EN LA QUE SE TERMINA LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA) LA PRIMA DE SEGURO SERÁ AJUSTADA SOBRE LA BASE DEL CORTO PLAZO DE LA PRIMA APLICABLE AL PERIODO DE DOCE (12) MESES VIGENTE AL MOMENTO EN QUE SE PRESENTE DICHA TERMINACIÓN” (fls. 1-3 cuaderno 2).

En cuanto a la vigencia se estableció:

“17. ESTIPULACIONES CON RESPECTO A TERMINACIÓN

LA PÓLIZA SE DARÁ POR TERMINADA EN SU TOTALIDAD, CON O SIN UNA OFERTA DE DEVOLVER LA PRIMA NO DEVENGADA:

(a) DE INMEDIATO:

(i) AL OCURRIR CUALQUIER (sic) DE LOS EVENTOS RELACIONADOS CON UN CAMBIO DE CONTROL DEL ASEGURADO, SEGÚN SE ESPECIFICA EN LA CONDICIÓN GENERAL 1 (a) (sic) (..)” (fls. 74-75 cuaderno 3).

Y respecto del asegurado se estipuló:

“EN CASO DE LA LIQUIDACIÓN (SEA VOLUNTARIA U OBLIGATORIA) DEL ASEGURADO, EL NOMBRAMIENTO DE UN GERENTE O DIRECTOR, O LA CELEBRACIÓN DE CUALQUIER CONVENIO DE REORGANIZACIÓN CON ACREEDORES, O LA TOMA DE CONTROL SOBRE EL ASEGURADO POR PARTE DE CUALQUIER GOBIERNO O POR OFICIALES NOMBRADOS POR CUALQUIER GOBIERNO O AUTORIDAD O AGENCIA GUBERNAMENTAL, ENTONCES ESTA PÓLIZA, DE INMEDIATO, DEJARÁ DE OTORGAR COBERTURA CON RESPECTO A PÉRDIDA QUE POSTERIORMENTE SE DESCUBRE Y SE REPORTA A LA CENTRAL” (fl. 63 cuaderno 3).

6. En la actuación también reposa la declaración de quien para la época fungió como superintendente bancario encargado. Interrogado sobre la razón por la cual la actora *“no presentó reclamación del supuesto crédito (...) con cargo a la masa de liquidación para efecto de su calificación y graduación”*. Sostuvo el funcionario (fls. 19-20 c.2 y 44-45 c.1):

“(..) en el momento en que la Compañía se hizo parte en el proceso de liquidación del mencionado Banco, esto es, el día treinta (30) de mayo de 2001, no había surgido la obligación que aquí se reclama.

Lo anterior por cuanto según se ha mencionado, sólo hasta el día catorce (14) de Junio de 2002 fue que el Banco Central Hipotecario optó por no renovar la Póliza Global Bancaria No. 98 y, en esa medida, fue sólo hasta ese momento que nació el derecho para mi representada de solicitar la devolución del descuento concedido...” (Subrayas originales del texto).

2.2. Resolución de excepciones. Falta de jurisdicción

En oportunidad, el Banco Central Hipotecario propuso la excepción de falta de jurisdicción que reiteró en la etapa de alegaciones y con el recurso de apelación. Debe la Sala, en consecuencia, considerar el asunto.

Como quedó explicado, la parte actora solicita declarar que el BCH adeuda a la compañía de seguros el 7.5% sobre el valor de la prima de que trata la póliza global bancaria n.º 098 de 28 de junio de 2000. Esto, comoquiera que el precio se pactó con fundamento en un descuento condicionado a la duración del amparo, de donde procede el reintegro porque el contrato terminó antes de su vigencia.

La entidad demandada, por su parte, alega que la controversia tiene que ver con el giro ordinario de sus negocios. A su parecer, la Sala no tiene competencia material para conocer del asunto, por lo que solicita declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y, al tiempo, la nulidad de lo actuado, para disponer la remisión de las diligencias a la jurisdicción ordinaria.

Ahora, como se desarrolla a continuación, la Sala comparte los razonamientos del accionado, en cuanto a la falta de jurisdicción, no en lo relativo a la nulidad. Se considera, sin perjuicio de la naturaleza de sociedad de economía mixta del orden nacional, con capital público superior al 50%⁷ del BCH, que el conocimiento de la controversia generada en razón del precio acordado por la expedición de la póliza global de seguros n.º 098 de 2000 y su terminación anticipada, escapa al criterio material que rige el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa, en los términos del artículo 82 del C.C.A.

En efecto, en la actuación quedó demostrado que el 28 de junio de 2000, la Compañía Central de Seguros expidió la “PÓLIZA DE SEGURO GLOBAL BANCARIA” n.º. 98 y que, si bien el BCH figuró como tomador, asegurado y beneficiario, se trató de una negociación propia del giro ordinario de los negocios de la entidad demandada, esto es, se tomó y expidió una póliza de seguro en razón de la actividad bancaria y, por lo mismo, ajena al ejercicio de funciones públicas.

Nótese que los riesgos amparados coinciden con la póliza que toda entidad financiera requiere para operar; que las condiciones no difieren de las que rigen en el mercado asegurador y que, incluso, el descuento objeto de controversia consulta los ofrecimientos que las aseguradoras y reaseguradores están en

⁷ Sobre este aspecto, al estudiar la legalidad del decreto de disolución y liquidación del BCH (20 de 2001) la Sección Primera de esta Corporación consideró lo siguiente: “Al respecto se tiene que según certificación de la Superintendencia Bancaria de Colombia, aportada por los actores y visible a folio 14 del expediente, la entidad era una Sociedad Anónima de Economía Mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y así se indica en el transcrito artículo 1º del acto administrativo enjuiciado. Es decir, era una sociedad de economía mixta. // Por su parte, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional señalando que está conformada por los sectores central y descentralizado por servicios, y dentro de este último incluye a las sociedades de economía mixta... Así las cosas, el BCH, por ser sociedad de economía mixta en el momento en que se dispuso su disolución y liquidación tenía el carácter de entidad administrativa, en virtud del criterio orgánico, de allí que para el efecto no interesa la actividad que realizaba. // Lo anterior se explica por el hecho de que no obstante el carácter comercial de su actividad y, por tanto, la sujeción al derecho privado en relación con tal actividad, esas sociedades son instrumentos del Estado para cumplir su función y potestad de intervención en la economía, como supremo director de la misma. Son una de las varias formas del intervencionismo estatal, en la cual el Estado actúa como gestor directo de negocios económicos, dentro de la perspectiva de los cometidos relacionados con la economía, como son los de fomento, desarrollo, estabilidad, optimización de los recursos, pleno empleo, etc.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de septiembre de 2002. Rad. 6933. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola).

capacidad de ofertar, así se aseguró: “1. LA INFIDELIDAD DE EMPLEADOS // 2. PREDIOS // 3. TRÁNSITO // 4. FALSIFICACIÓN // 5. EXTENSIÓN DE FALSIFICACIÓN // 6. DINERO FALSIFICADO // 7. RESPONSABILIDAD PARA CAJILLAS DE SEGURIDAD // 8. PÉRDIDA DE DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN”.

Sobre el descuento a largo plazo se acordó

“Está entendido y acordado que los reaseguradores/aseguradores/corredores ofrecen un descuento por largo plazo del 7.50% con respecto a cada instalamento anual de prima. En el evento en que el asegurado y/o reasegurado termine este contrato por cualquier motivo, el acuerdo de este descuento por largo plazo no aplicará”.

Y, respecto de la renovación, se convino:

*“ES ENTENDIDO Y ACORDADO QUE LOS REASEGURADORES / ASEGURADORES / CORREDORES QUE SUSCRIBEN E INTERMEDIAN ESTA POLIZA, ACUERDAN OTORGAR **UN DESCUENTO POR CONTRATACION A LARGO PLAZO DEL 7,5% (BASE 3 AÑOS) CON EFECTO DESDE EL 14 DE JUNIO DE 2000** EN RELACION CON CADA INSTALAMENTO ANUAL DE PRIMA **COMENZANDO A LA INICIACIÓN**. EN EL EVENTO EN QUE EL ASEGURADO/REASEGURADO TERMINE ESTE CONTRATO POR CUALQUIER RAZÓN, EL **BONO A LARGO PLAZO** NO APLICARÁ.*

ADICIONALMENTE, SI SE RECIBE NOTICIA DE CANCELACIÓN (DIFERENTE A AQUELLA EN LA QUE SE TERMINA LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA) LA PRIMA DE SEGURO SERÁ AJUSTADA SOBRE LA BASE DEL CORTO PLAZO DE LA PRIMA APLICABLE AL PERIODO DE DOCE (12) MESES VIGENTE AL MOMENTO EN QUE SE PRESENTE DICHA TERMINACIÓN” (fls. 1-3 cuaderno 2).

Como puede apreciarse, la controversia recae sobre el valor de un seguro de amparos múltiples (multiamparos), que las compañías autorizadas y los bancos asumen y trasladan bajo una misma póliza o varias⁸ y cuyo “manejo se cumple a través de la ingeniería financiera, vale decir, por conducto de la conformación de portafolios de inversión que diseminen la exposición a pérdida”⁹.

⁸ NARVÁEZ BONNET. Jorge Eduardo. “El contrato de seguro en el sector financiero”. 2ª ed. Librería del Profesional. Bogotá D.C. 2004, p. 28.

⁹ Ibíd.

Se trata de una póliza diseñada para la actividad bancaria¹⁰. Así, sin consideración al origen del capital de la entidad asegurada¹¹, que cubre contingencias diferentes a las propias del riesgo financiero:

“(..) los bienes transportados, la falsificación de la moneda, cheques y títulos valores, las joyas, documentos, metales preciosos, pérdida de bienes de los clientes que aún no se encuentran en posesión de la entidad financiera -caso de pagos o de cheques consignados en cajeros- o que están aún en los bancos, pérdidas de dinero en los cajeros o máquinas que entregan dinero -puede llegar a abarcar fraudes electrónicos-, cajillas de seguridad, puede eventualmente incluir protección por la falsificación de tarjetas de crédito, cuando son duplicadas en forma fraudulenta, e inclusive puede llegar a abarcar la protección a los predios y bienes de los clientes cuando en ellos se realizan actividades bancarias -por ejemplo cuando se paga la nómina laboral en el sitio de trabajo, con personal del banco-”¹².

Se expide con el objeto de *“(..) proteger los valores y ofrecer seguridad a la gestión ordinaria de los bienes y personas que se relacionan con el sistema financiero”¹³*, esto es, preservar el patrimonio de los establecimientos de crédito o bancarios y, así mismo, el de sus ahorradores.

En este orden, a la luz de los artículos 32 de la Ley 80 de 1993¹⁴ y 21 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, la póliza de seguro global expedida para garantizar los riesgos propios del giro ordinario de los negocios financieros, no se sujeta a las previsiones del estatuto contractual en cita –se destaca–:

“Ley 80 de 1993 – Artículo 32: PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

“Decreto 679 de 1994 – Artículo 21: De los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las instituciones financieras. De conformidad con lo previsto en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de

¹⁰ TAPIAS ROCHA. Hernando. Prólogo. En: NARVÁEZ BONNET. Jorge Eduardo *“El seguro global para entidades financieras”*. Temis. Bogotá.1986, p. IX-X.

¹¹ NARVÁEZ BONNET. Jorge Eduardo. *“Reseña sobre seguros para el sector financiero”*. En: ZORNOZA PRIETO. Hilda Esperanza (coord.). *“Escritos sobre riesgos y seguros”*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2012, p. 286.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Rad. 11001-03-26-000-1995-01575-01(11575). C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Anterior a la reforma efectuada por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007.

1993, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de dicho estatuto, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexas con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla.

Se entiende incluida dentro del giro ordinario la póliza global bancaria”.

El artículo 99 del Código de Comercio, por su parte, pone de presente que el giro ordinario de los negocios no se circunscribe a su objeto social del ente societario, sino que comprende todos los actos relacionados con el mismo:

“La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”.

En este orden, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado que los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras, relacionados con el giro ordinario de sus negocios, no se rigen por el estatuto general de contratación pública, sino por el derecho privado e igualmente ha establecido que las controversias que surgen en torno de actuaciones, actos y contratos dirigidos al desarrollo de su objeto social, en el sentido ya señalado, deberán ser resuelta por la justicia ordinaria. Así, en providencia de 24 de septiembre de 1997, se sostuvo:

“(.) los contratos que celebren las citadas personas no sólo no serán estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, sino que sus conflictos no deberán dirimirse por la jurisdicción administrativa cuando actúen bajo la forma de establecimiento de crédito, compañía de seguros o de entidad financiera y siempre que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de su actividad propia. Esos contratos estarán así regulados por las normas legales aplicables a la actividad financiera de crédito o seguros, como, por ejemplo, el estatuto orgánico del sistema financiero, el código de comercio, el código civil, etc. El juez será el ordinario civil, que es el natural de la clase de conflictos originados en contratos propios de esas

actividades¹⁵”.

Cabe recordar, además, que en la sentencia de 6 de julio de 2005¹⁶, la Sección resolvió la demanda de nulidad en contra del inciso 3º del artículo 21 del Decreto n.º 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor se disponía:

“Se entiende incluida dentro del giro ordinario la póliza global bancaria”.

Fundamentó la actora su pretensión en el quebrantamiento del artículo 189, núm. 11, de la Constitución Política y de la Ley 80 de 1993, ya que *“(.) en el presente caso es claro que el legislador dispuso que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 no se aplicaría a los contratos que celebraran los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y demás entidades financieras estatales que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social. No obstante lo expuesto el Gobierno, mediante el acto acusado, dispuso que dentro del giro ordinario de los negocios de las entidades en mención en desarrollo de su objeto social debía entenderse incluida la póliza de seguro global bancario, con lo cual simplemente dio aplicación a la ley reglamentada a una situación no contemplada en ella, desbordando de esta manera su potestad reglamentaria, motivo que hace que la parte transcrita de la norma adolezca de nulidad”*. Se señalaba, entonces, la sujeción de la póliza global bancaria a las previsiones de la Ley 80 de 1993.

No obstante, la pretensión de nulidad fue negada, en cuanto el concepto *“giro ordinario de las actividades”* -tal como lo refiere el art. 21 demandado- o también *“giro ordinario de los negocios”* -como lo denominan otras normas-, hace relación a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, también a todo aquello que es *conexo* con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 24 de septiembre de 1997. Rad. S-107. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁶ M.P. Alir E. Hernández Enríquez, exp. 11575.

Con el fin de establecer si la póliza global bancaria hace parte del giro ordinario de las actividades financieras, en dicha oportunidad la Sala analizó el contrato de seguro que la misma respalda, convenido para hacer frente a riesgos propios de la actividad financiera. Se sostuvo:

“En este sentido, debido a que las entidades financieras se encuentran expuestas a riesgos de diversa índole, como de hecho acontece con casi todas las actividades humanas, y en especial las del mundo de los negocios, el sistema asegurador mundial -incluido el colombiano- creó y ofreció para la actividad bancaria un seguro que busca proteger a estas entidades de los riesgos que son propios de este tipo de negocios. Jorge Eduardo Narváez Bonnet explica, sobre el origen de estas pólizas, que:

... contrariamente a lo que pudiera pensarse, no son de reciente aparición. Su génesis se remonta a la mitad del segundo decenio del siglo XX, cuando algunas compañías inglesas iniciaron su promoción y venta en la Gran Bretaña y en los Estados Unidos. Desde entonces han venido depurándose en la medida en que la experiencia ha exigido el perfeccionamiento de este tipo de coberturas tanto en el mercado inglés como en el norteamericano. En éste último la American Banker's Association y la Surety Association of America elaboraron de consuno en la estandarización de las pólizas y el fruto más digno de mención de ese esfuerzo mancomunado es la reputada Forma No. 24.”

“ ... ”

En Colombia, la utilización de este tipo de pólizas se inicia en la década de los 70, con base en clausulados que se redactaron siguiendo los lineamientos de las denominadas pólizas DDD..., que resultaban confusos, ambiguos y restrictivos; sin embargo, de la existencia de estas pólizas poco o nada se sabía, pues las aseguradoras que las expedían les exigían a sus asegurados absoluta reserva sobre sus existencia, pues se temía que dieran pie a un mayor número de defraudaciones a las entidades bancarias.

Sólo hacia finales de la década se inició la utilización más extendida de los clausulados DHP y LPO...”¹⁷

Ahora bien, esta póliza se caracteriza -bajo la guía del autor citado- porque puede contener amparos múltiples -de ahí que se defina, a sí misma, como “global”-, tales como:

- i) Infidelidad de los empleados. Cubre los actos deshonestos de los empleados.*
- ii) Bienes transportados. Se refiere a la protección a los bienes que se trasladan de un lugar a otro, desde luego que con algún nivel de protección, desde el punto de vista de su vigilancia.*
- iii) Falsificación de moneda, cheques y títulos valores.*
- iv) Daños a oficinas.*
- v) Honorarios de abogados.*

¹⁷ El contrato de seguro en el sector financiero. Librería Ediciones del Profesional. Segunda edición. Bogotá. 2004. Págs. 27-28

vi) Predios y locales. Entre estos se cuentan, además, distintos tipos de bienes, como joyas, documentos, metales preciosos, pérdida de bienes de los clientes que aún no se encuentran en posesión de la entidad financiera -caso de pagos o de cheques consignados en cajeros- o que están aún en los bancos, pérdidas de dinero en los cajeros o máquinas que entregan dinero -puede llegar a abarcar fraudes electrónicos-, cajillas de seguridad, puede eventualmente incluir protección por la falsificación de tarjetas de crédito, cuando son duplicadas en forma fraudulenta, e inclusive puede llegar a abarcar la protección a los predios y bienes de los clientes cuando en ellos se realizan actividades bancarias -como cuando se paga la nómina laboral en el sitio de trabajo, con personal del banco-.

Esta póliza, si se analizan sus coberturas, cubre riesgos disímiles, no obstante que alcanzan a especializarse, en virtud de la experiencia adquirida por las aseguradoras en este campo, lo que hace que adquiera características propias diseñadas para ella”¹⁸.

Precisado lo anterior, la Sala concluyó que la contratación que la póliza global bancaria respalda se comprende con el objeto social de las entidades financieras, como lo prevé el Estatuto Orgánico del sistema Financiero –EOSF– que regula la actividad. De ahí que la pretensión de nulidad formulada en contra de la norma que reafirma la exclusión, prevista legalmente, debía negarse. Se transcribe in extenso la decisión sobre el punto:

“Dando aplicación a los análisis hechos hasta ahora, para la Sala el fragmento de la norma acusada resulta ajustado a lo dispuesto por el artículo 32, parágrafo 1, de la ley 80 de 1993, como en seguida se puntualizará.

5.1. La contratación de la póliza global bancaria, por parte las compañías aseguradoras, es una “función principal” suya.

Para la Sala existe una parte del tema que no ofrece dificultad alguna en toda esta discusión. Se trata de que entre las instituciones financieras se encuentran las compañías de seguros, cuyo objeto, en los términos del art. 38.3 del EOSF, “... será la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, aparte de aquellas previstas en la ley con carácter especial. Así mismo, podrán efectuar operaciones de reaseguro, en los términos que establezca el Gobierno Nacional.”

(...) “El objeto social de las reaseguradoras consistirá exclusivamente en el desarrollo de operaciones de reaseguro.”

En este contexto no cabe duda alguna que la contratación de la póliza global bancaria, por parte de este tipo de entes financieros, se encuentra contenida, dentro de su función principal, definida por el EOSF, lo que hace que sea legal el hecho de que los contratos que celebren con este objeto se ajusten a la exclusión prevista por la ley 80 de 1993.

¹⁸ M.P. Alier E. Hernández Enríquez, exp. 11575.

5.2. La contratación de la póliza global bancaria, por parte las demás entidades financieras estatales, es una “actividad conexas”.

Para la Sala es claro que la contratación de esta póliza no hace parte de la denominada por la ley “función principal” de las demás entidades del sector financiero; no obstante, sí hace parte de las que se han denominado actividades conexas, es decir, aquéllas que guardan relación estrecha -de medio a fin- con el cumplimiento de la función principal.

Lo dicho no significa que este de tipo de pólizas sea de obligatoria contratación por parte del sistema financiero, como de hecho lo ha reconocido la Superintendencia bancaria¹⁹. Del mismo modo, tampoco es correcto considerar que sólo lo que es de estricta ejecución y realización por parte de estas entidades hace parte del giro ordinario de sus actividades, pues, lo importante es que dichas entidades puedan realizar ciertos actos y contratos -quizá unos de manera obligatoria y otros de manera facultativa- pero todos, al fin y al cabo, deben estar comprendidos dentro de las funciones principales o de las conexas.

En este sentido, encuentra la Sala que la contratación de este tipo de pólizas, que busca -entre otros propósitos- proteger los valores y ofrecer seguridad a la gestión ordinaria de los bienes y personas que se relacionan con el sistema financiero, bien puede entenderse incluido dentro de las actividades conexas del sistema financiero, y que en esta medida hace parte del “giro ordinario de las actividades”, pues ya se dijo que éste concepto está integrado por el objeto o función principal de la entidad, sumado a las actividades conexas, que buscan facilitar la ejecución de aquélla.

Para la Sala el tema no debe ofrecer mayor dificultad, si se tiene en cuenta que a través de esta póliza la entidad financiera cubre, por ejemplo -y tal como se dijo antes-, los bienes transportados, la falsificación de la moneda, cheques y títulos valores, las joyas, documentos, metales preciosos, pérdida de bienes de los clientes que aún no se encuentran en posesión de la entidad financiera -caso de pagos o de cheques consignados en cajeros- o que están aún en los bancos, pérdidas de dinero en los cajeros o máquinas que entregan dinero -puede llegar a abarcar fraudes electrónicos-, cajillas de seguridad, puede eventualmente incluir protección por la falsificación de tarjetas de crédito, cuando son duplicadas en forma fraudulenta, e inclusive puede llegar abarcar la protección a los predios y bienes de los clientes cuando en ellos se realizan actividades bancarias -por ejemplo cuando se paga la nómina laboral en el sitio de trabajo, con personal del banco-.

En este contexto, todo indica que existe una relación estrecha entre la función principal que realiza la entidad financiera y la necesidad de contar con un póliza que cubra los riesgos de la misma actividad, de lo cual depende, en

¹⁹ Dijo la superintendencia, al respecto, que “En tal virtud, la contratación de la póliza global bancaria corresponde a una decisión que se enmarca dentro de la órbita de la autonomía de gestión del representante legal y/o los administradores de la institución financiera, orientada al cubrimiento de los riesgos que por prudencia y en forma voluntaria la contratan a fin de asegurar los riesgos inherentes al desarrollo de sus operaciones.

“En este sentido...la eventual determinación respecto de la contratación o no de la póliza para cubrir algunos riesgos que puedan surgir con ocasión de la realización de alguna de las operaciones (como la relacionada con la pérdida de dineros depositados en cuenta corriente bancaria) tal decisión corresponde a la autonomía de los participantes en la misma en virtud de la libertad contractual que gozan para el efecto.” (Concepto marzo 5 de 2003, rad. 2003003736-1)].

muchos casos, lo atractivo que puede resultar para los clientes contar con una entidad que tenga asegurados buena parte de los riesgos que corre por el giro ordinario de sus negocios.

Según esto, no resulta para nada exótico que los establecimientos financieros requieran estas pólizas para cumplir de mejor manera sus actividades principales, con lo cual, en lugar de situarse por fuera de sus funciones necesarias para cumplir su objeto, resulta desarrollándolo de manera adecuada, pues no se puede negar que la póliza se contrata frente al desarrollo de la actividad principal que autoriza la ley.

La norma demandada, por tanto, al señalar que la póliza global bancaria pertenece al giro ordinario de las actividades financieras, no excede la ley 80, sino que cumple su función típicamente reglamentaria, en la medida en que precisa el concepto contenido en la ley en relación con una actividad o negocio específico.

Obró, por tanto, con razonabilidad y proporcionalidad el Gobierno Nacional al expedir el inciso 3, del artículo 21 demandado, pues es sabido que un concepto como el que se debía reglamentar tiene un margen de determinación, que se enmarca en lo que puede denominarse el espacio de configuración del reglamento, el cual contiene en su interior un poder normativo, en manos del Gobierno, que se encuentra subordinado a la ley, además de la Constitución, obviamente.

Analizado lo anterior, a la luz de estos conceptos, se encuentra que el Gobierno llenó de contenido normativo, en forma adecuada, el concepto jurídico indeterminado que se viene analizando, y en esta medida lo hizo pasar del estado de indefinición en que lo tiene la ley 80, a un estado de precisión -con la ayuda del reglamento-, que se encuentra ajustado a lo que razonable y proporcionalmente puede indicar dicho concepto.

Finalmente, para ratificar lo dicho, en el EOSF se encuentran algunas normas -arts. 7.1, lit. L) ; 12, lit. K); 27.8; 29 lit. b); 33 nums. 1 y 4 ; 34, 38.3, 40.1 y 44.1²⁰-, de las cuales es posible deducir que este tipo de entidades pueden y

²⁰ Dicen estas normas:

“Artículo 7o. OPERACIONES. 1. Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:

“I. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia.”

“Artículo 12. OPERACIONES AUTORIZADAS CON LAS EMPRESAS. Las corporaciones financieras, en relación con las empresas a que se refiere el artículo 11 del presente Estatuto, sólo podrán realizar las siguientes operaciones:

“k. Otorgar y recibir avales y garantías en moneda legal o extranjera de acuerdo con las disposiciones de la Junta Directiva del Banco de la República y del Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia;”

“Artículo 24. OPERACIONES AUTORIZADAS. Las compañías de financiamiento comercial en desarrollo de su objeto principal podrán:

deben realizar funciones de protección a los bienes, negocios y actividades, lo que ratifica la razonabilidad de la norma reglamentaria demandada y evidencia su ajuste adecuado a la ley 80 de 1993”.

En conclusión y conforme la jurisprudencia traída a colación, lo relativo a la póliza global bancaria, esto es su contratación, expedición y terminación, en cuanto conexas al giro ordinario de los negocios propios de las entidades bancarias y propia del objeto social de las aseguradoras, se sujeta a las previsiones del Estatuto Financiero y las controversias que surjan en torno de las actuaciones, actos y contratos a la justicia ordinaria.

“g. Otorgar avales y garantías en los términos que para el efecto autoricen la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno según sus facultades legales;”

“Artículo 29. OPERACIONES AUTORIZADAS. 1. Operaciones autorizadas. Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social:

“b. Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece.”

“Artículo 33. OBJETO Y FUNCIONES. 1. Operaciones relativas a las mercancías. Las empresas de almacenes generales de depósito ya constituidas o que se constituyan en el futuro tienen por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y de productos de procedencia nacional o extranjera.

“4. Vigilancia de bienes dados en garantía. Los almacenes generales de depósito podrán, por cuenta del acreedor, ejercer la vigilancia de los bienes dados en prenda sin tenencia y {contratar por cuenta de sus clientes el transporte de las mercancías}.

“Artículo 34. RESPONSABILIDAD POR SU GESTIÓN. Los almacenes generales de depósito serán responsables por la conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías que les hayan sido depositadas, pero en ningún caso responsables por pérdidas, mermas o averías que se causen por fuerza mayor o caso fortuito; ni por pérdidas, daños, mermas o deterioros que provengan de vicios propios de las mismas mercancías, salvo que el depósito sea a granel; en silos o recipientes análogos; ni serán responsables por el lucro cesante que ocasione la pérdida, daño, merma o avería de las mercancías quedando limitada, su obligación a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, o si así lo prefieren los almacenes, el valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad”.

“PARAGRAFO. En caso de que el almacén general de depósito opte por pagar el valor por el cual las mercancías se encuentren registradas en su contabilidad, puede hacer el pago por consignación, depositándolo en un banco legalmente autorizado para recibir depósitos judiciales, que funcione en el lugar donde debe hacerse el pago, con obligación de dar aviso al beneficiario.”

Ahora, en cuanto al objeto de la jurisdicción, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo dispuso:

“Artículo 82. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

En igual sentido, el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989:

“ARTÍCULO 12. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Artículo 82. OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley.

Esta Jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos; o de gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la Ley”.

Por su parte, el artículo 30 de la Ley 446 de 1998²¹, señala:

²¹ El artículo 1º de Ley 1107 de 2006 modificó esta norma así:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de

economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional"

El artículo 1º de la Ley 1107 de 2006 fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. En lo atinente al objeto de la jurisdicción, los artículos 103 y 104 del CPACA prevén:

"ARTÍCULO 103. OBJETO Y PRINCIPIOS. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.

ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

- 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*
- 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.*
- 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.*
- 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.*
- 5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.*
- 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.*
- 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.*

"Artículo 30. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

Conforme a lo expuesto, la Sala declarará probada la excepción de falta de jurisdicción y dispondrá la remisión del expediente a la oficina judicial –reparto-, para que se designe, entre los juzgados civiles del circuito, al encargado de asumir la competencia, previas las siguientes consideraciones:

2.3. Los conflictos de jurisdicción y el derecho de acceso a la justicia

El artículo 229 de la Constitución Política garantiza el derecho a toda persona de acceder a la administración de justicia y el artículo 2º de la Ley 270 de 1996 reitera dicha garantía, requiriendo de las autoridades judiciales, prontitud, cumplimiento y eficacia en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento²².

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%".

Y, el artículo 105 ibídem consagra como excepción que no conocerá de "(..) las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos".

²² Artículo 4 Ley 270 de 1996.

La Corte Constitucional, por su parte, señala que la posibilidad de acudir a la justicia y alcanzar la solución de la controversia planteada de la manera que el ordenamiento lo prevé, esto es, conforme el imperio de la ley, encargada de regular los intereses y derechos en contienda, se relaciona con los fines propios del Estado social de derecho y, en especial, con la prevalencia de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo, el respeto a la dignidad humana y la protección a los asociados en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (arts. 1º y 2º C.P)²³.

Así, dentro de este marco, la Corte no ha vacilado en calificar el acceso a la administración de justicia como un derecho fundamental de primer orden²⁴ que debe ser garantizado por el Estado, en igualdad de condiciones a todos los administrados, con prevalencia de lo sustancial sobre la forma.

En consecuencia y dada la posible incidencia de las decisiones judiciales dirigidas a resolver conflictos de jurisdicción, sobre la oportunidad, la Corte, en sentencia C-227 de 2009²⁵, se pronunció sobre la tensión, en beneficio de la preservación del derecho de acceso a la justicia. Señaló:

“(..) la exigencia relativa a acertar en la selección de la jurisdicción²⁶ y la competencia, so pena de ocasionar la nulidad insubsanable del proceso²⁷,

²³ Sentencia C-037 de 1996, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, al revisar la exequibilidad del proyecto de ley “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”, posteriormente convertido en la Ley 270 de 1996.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias T-006/92, T-597/92, T-348/93, T-236/93, T-275/93 y T-004/95, entre otras.

²⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Demanda de inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley 794 de 2003, relativo a Ineficacia de la interrupción y operancia de la caducidad, en el supuesto previsto en el numeral 3, a cuyo tenor “Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda.”

²⁶ Esta Corte, acogiendo doctrina del Consejo Superior de la Judicatura, ha señalado que conforme a la Constitución actual pueden ser entendidas como jurisdicciones en sentido lato: la ordinaria, la contencioso – administrativa, la constitucional, la especial (la de indígenas y jueces de paz), la coactiva y la penal militar, sin ser esta una enumeración excluyente. Sobre el particular el Consejo Superior de la Judicatura – organismo competente para resolver conflictos entre jurisdicciones – ha afirmado en este sentido que: “*Desde el punto de vista de la naturaleza o del tipo de relaciones reguladas normativamente, se distinguen dentro de la jurisdicción ordinaria las que se refieren a ramas o áreas del derecho como son la civil, de familia, agraria, laboral, etc., las cuales constituyen especialidades de esa determinada jurisdicción y no jurisdicciones independientes, habida cuenta de que integran una misma jurisdicción*”. (Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. Auto de enero 25 de 1993. M.P., Álvaro Echeverri Uruburo).

²⁷ De conformidad con el último inciso del artículo 144 del código de procedimiento civil, son insubsanables las nulidades provenientes de “*falta de jurisdicción o de competencia funcional*”.

persigue la finalidad, perfectamente válida desde la perspectiva constitucional, de preservar el principio de juez natural y el debido proceso. De manera que tal exigencia ha sido considerada a priori por esta Corporación como una carga debidamente fundada en preceptos constitucionales, en la medida en que, aparentemente, se encuentra avalada por criterios jurídicos objetivos que le permiten al demandante, desde un comienzo, discernir válidamente y con corrección, ante quien debe dirigir la acción.²⁸

Así mismo, las cargas y los efectos de su incumplimiento que el contenido normativo acusado imponen al demandante en el proceso civil, resultan ser adecuadas para el fin que el legislador se propuso, en la medida que dotan de atribuciones al demandado para el ejercicio de su defensa, y al juez para que provea a la salvaguarda del debido proceso y el principio del juez natural, al paso que comportan una sanción al demandante que ha actuado de manera errónea o negligente.

La medida que establece el precepto acusado encubre una sanción – la pérdida del derecho de acción – que se muestra como razonable en relación con las personas que al acudir a la jurisdicción abandonan los deberes que le señala el orden jurídico para el ejercicio de sus derechos, o incurren en manifiestos errores en el ejercicio de los mismos. Sin embargo, en virtud de la forma indiscriminada y genérica como está prevista la consecuencia gravosa contemplada en el precepto acusado, ésta se impone también al demandante diligente que ha ejercido su acción jurisdiccional en tiempo, que no ha dado lugar a la declaratoria de la nulidad, y que sin embargo debe soportar un menoscabo desproporcionado de sus derechos.

La consecuencia procesal que la norma impugnada hace recaer sobre el demandante diligente, resulta desproporcionada cuando el error en la selección de la competencia y/o la jurisdicción no le es imputable a él de manera exclusiva, sino que puede ser el producto de múltiples factores, que escapan a su control, como pueden ser las incongruencias de todo el engranaje jurídico, o las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en materia de competencia y jurisdicción, y sin embargo, la carga y censura procesal sólo se imponen a él.

La imposición de una carga desproporcionada en el sentido señalado, vulnera los postulados fundamentales contemplados en los artículos 228, 83 y 229 de la Constitución Política, en cuanto menoscaba las posibilidades de un debido proceso para el demandante, obstaculiza su efectivo acceso a la administración de justicia, y defrauda las expectativas legítimas cifradas en su derecho de acción.

En efecto, la implícita inclusión del demandante diligente en el ámbito de los destinatarios del precepto acusado vulnera varias de los elementos que estructuran la dimensión material del contenido múltiple y complejo, que conforme a la jurisprudencia (supra 4.3.), se adscribe al derecho de acceso a la justicia. Se vulnera su derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el derecho a que ese despliegue de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo, y el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones.

La competencia normativa ejercida por el legislador a través de la norma

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2004. Fundamento 30.

analizada resulta acorde con la Constitución en relación con el demandante que ha abandonado o descuidado las cargas que el orden jurídico le exige para el ejercicio de sus derechos, pero no respecto del demandante diligente que ha instaurado oportunamente su demanda y cumplido con los presupuestos procesales que el orden jurídico le impone para el ejercicio del derecho de acción. La consecuencia lesiva que el precepto acusado establece, de manera genérica, aún para el demandante diligente, desatiende los fines constitucionalmente admisibles de las figuras de la prescripción y la caducidad, vulnera los principios de acceso a la justicia y de prevalencia del derecho sustancial”.

De ahí que en los eventos en que el demandante ha presentado oportunamente su demanda, las decisiones que resuelvan conflictos de jurisdicción o competencia no tienen que incidir en la oportunidad, para lo cual deviene en imperativa la remisión oficiosa de la actuación al funcionario competente, sin que tal hecho dé lugar a la prescripción o caducidad²⁹.

Además, acorde con los principios y valores constitucionales asegurados en el Código General del Proceso, en lo relativo a los conflictos de jurisdicción se prevé:

“ARTÍCULO 139. TRÁMITE. Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso.

El juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo por los factores subjetivo y funcional.

El juez que reciba el expediente no podrá declararse incompetente cuando el proceso le sea remitido por alguno de sus superiores funcionales.

El juez o tribunal al que corresponda, resolverá de plano el conflicto y en el mismo auto ordenará remitir el expediente al juez que deba tramitar el proceso. Dicho auto no admite recursos.

²⁹ En la jurisdicción contencioso administrativa, esta materia está tratada con mayor racionalidad, por cuanto tal como lo establece el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo: “(...) En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión”. En ese orden, la Corte declaró la EXEQUIBILIDAD del numeral 3° del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003, en cuanto se refiere a las causales de nulidad previstas en los numerales 1° y 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, “en el entendido que la no interrupción de la prescripción y la operancia de la caducidad sólo aplica cuando la nulidad se produzca por culpa del demandante”.

Cuando el conflicto de competencia se suscite entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales, o entre una de estas y un juez, deberá resolverlo el superior de la autoridad judicial desplazada.

La declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces”.

Ahora, en lo atinente a los efectos de las nulidades insaneables, para el efecto, la falta de jurisdicción, el mismo estatuto dispone:

“ARTÍCULO 138. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA Y DE LA NULIDAD DECLARADA. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse”.

Conforme a lo expuesto, la Sala declarará probada la excepción de falta de jurisdicción y dispondrá la remisión del expediente a la oficina judicial –reparto-, para que se designe, entre los juzgados civiles del circuito³⁰, al encargado de asumir la competencia. Para todos los efectos, es menester precisar como fecha de presentación de la demanda el 19 de agosto del año 2004.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

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

F A L L A

³⁰ La parte actora estimó el valor de las pretensiones en la suma de \$205 320 000.00, en razón de \$177 000 000 por concepto del descuento concedido objeto de reembolso y \$28 320 000 por IVA. En aplicación del artículo 19 del C.P.C., la competencia supera los 90 salarios mínimos, por lo que la competencia radica en los juzgados civiles del circuito.

PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el Banco Central Hipotecario.

SEGUNDO.- REMITIR el proceso a la jurisdicción ordinaria civil, esto es a los juzgados civiles del circuito de la ciudad de Bogotá –oficina judicial reparto-, para lo de su cargo y competencia.

Devolver el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

Con salvamento de voto

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Conjuez