

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

ASEGURADORAS, CONSORCIO O UNIÓN TEMPORAL, CAPACIDAD JURÍDICA

Síntesis: las compañías aseguradoras que participen en procesos de contratación estatal, mediante la integración de consorcios y uniones temporales, deben asegurarse de contar con la capacidad jurídica que les permita asumir las obligaciones propias de la propuesta o contrato celebrado, incluida la de operar un determinado ramo de seguros, dado que la responsabilidad de los miembros de tales esquemas asociativos es solidaria.

«(...) mediante la cual usted elevó la siguiente consulta:

‘QUISIERA ME EXPLICARAN POR QUÉ SE CONSIDERA COMO PRACTICA INSEGURA “LA PARTICIPACIÓN EN UNIONES TEMPORALES CUANDO QUIERA QUE LA ENTIDAD NO CUENTA CON AUTORIZACIÓN PARA LA OPERACIÓN DE ALGUNO DE LOS RAMOS INVOLUCRADOS”. SEGUN EL EL TITULO IV, CAPITULO II, NUMERAL 17.6. DADO QUE EN CONTRATACIÓN ESTATAL ES UNA FORMA DE UNIR CAPACIDADES PARA LA EJECUCION DE UN CONTRATO’ (sic)

Sobre el particular, resulta procedente efectuar las siguientes consideraciones:

I. Consideración inicial

De manera preliminar, conviene indicar que de conformidad con lo previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta entidad profiere los conceptos de carácter general y abstracto a que haya lugar con motivo de las peticiones que le son formuladas sobre las materias de su competencia, más no le es dable mediante esta instancia pronunciarse sobre hechos o situaciones particulares y concretas.

II. Su consulta

En primer lugar, en lo que se refiere al Consorcio y la Unión Temporal, como figuras asociativas con capacidad para contratar con el Estado, éstas se encuentran definidas en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 3 de la Ley 2160 de 2021, el cual establece:

*‘6. **Consortio:** Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.*

*7. **Unión Temporal:** Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal’.*

Como se evidencia de la norma antes transcrita, estas formas de asociación, reconocidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, permiten que un número plural de personas pueda presentar de forma conjunta una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato sin que se constituya entre ellas una persona jurídica distinta a sus miembros. Estableciéndose que entre los mismos existirá una relación de solidaridad frente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y la propuesta.

Sobre el particular, esta entidad se ha pronunciado mediante concepto 2015083556-003-000 del 29 de octubre de 20[1]5, en los siguientes términos:

‘Como puede inferirse del texto de las normas citadas, la conformación del consorcio o la unión temporal no constituye una persona jurídica distinta de sus miembros, se trata de una modalidad asociativa por parte de sujetos que ante la administración actúan de manera conjunta, pero conservando cada uno su individualidad jurídica, respecto de los cuales la ley, para ese fin específico de presentación de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato en procesos de contratación estatal, reconoce capacidad y determina su clase de responsabilidad’.

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001, Magistrada ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, indicó:

‘La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituirlos como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo negocial que son los denominados “contratos de colaboración económica”, que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1 y 2 Superiores).

En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.’

En referencia a la solidaridad existente entre los integrantes, la misma corresponde a una solidaridad pasiva expresamente regulada en la ley de contratación, a la cual le es aplicable lo regulado en el Título IX, artículos 1568 y siguientes del Código Civil, en el sentido en que cada integrante de estas formas asociativas es deudor principal frente a las obligaciones contractuales; lo que implica que, en el caso en que uno de los miembros del consorcio o de la unión temporal no pueda desarrollar las obligaciones estipuladas, los otros integrantes tendrán la obligación de asumir dichas obligaciones, teniendo la Entidad Estatal la potestad de exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales a todos los integrantes o a cualquiera de los mismos.

En razón a lo anterior, es procedente traer a colación concepto con número de radicado 2003064665-2 del 8 de septiembre de 2004 emanado de esta Superintendencia, en la cual se afirmó:

*'Por su parte el artículo 1568 del Código Civil, al referirse a la solidaridad establece: "(...) Pero en virtud de la convención, del testamento o **de la ley** puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o un solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no lo establece la ley" (se resalta).*

*La solidaridad, ha sido definida por la Jurisprudencia señalando que: "la solidaridad pasiva tiene como rasgo característico el que todos y cada uno de los obligados responde por el total de la deuda; es decir, que **a los ojos del acreedor cada deudor responde como si fuera el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional. Es por esto que la solidaridad constituye una caución para el acreedor; pues así se le garantiza que ningún obligado pueda pretextar que la deuda sea dividida. Tratase, entonces, de la quintaesencia misma de la solidaridad, al punto de que donde se diga obligación solidaria se dice el propio tiempo que para el acreedor todos los obligados son iguales, y a cualquiera puede perseguir por la obligación entera.** El acreedor los mira a ras: sencillamente todos son codeudores. No interesa si los deudores reportan beneficio económico de la negociación, o no. Para el acreedor es esto diferente; se desnaturalizaría el carácter de caución que ínsito se ve en la solidaridad, si los deudores aludiesen aquel su principal efecto, con sólo argüir luego que no han recibido provecho del negocio que sirvió de fuente a la obligación que se les cobre, como sería, en el caso del mutuo, el no haber recibido parte alguna del préstamo. Vana ilusión del acreedor sería que los deudores se digan solidarios al contraer la obligación, mas no al momento de pagarla"¹ (negrilla fuera de texto)'.*

Para el caso específico de las aseguradoras, cuando las mismas integran esta clase de figuras asociativas creadas mediante la Ley 80 de 1993, la cual se diferencia de la figura del coaseguro regulado en el Código de Comercio por la inexistencia de solidaridad de esta última, es necesario que cada una de las compañías aseguradoras independientemente consideradas tengan la capacidad jurídica de poder asumir las obligaciones propias de la propuesta o del contrato a adjudicar, celebrar o contratar.

Por su parte, debemos precisar que las entidades aseguradoras ejercen su actividad de acuerdo con lo previsto expresamente en las disposiciones normativas que las rigen, motivo por el cual sólo pueden realizar las actividades que taxativamente aquellas señalan.

Así las cosas, las obligaciones adquiridas bajo estas especiales formas de asociación, se ejecutan por sus miembros, únicos legalmente autorizados en su condición de aseguradores para la expedición de pólizas y el pago de indemnizaciones quienes, para tal propósito, con antelación al momento de asociarse bajo las figuras en comento, han establecido las reglas que rigen sus relaciones.

En efecto, el numeral 3 del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) prevé las operaciones que constituyen el objeto social exclusivo de las compañías de seguros, señalando para ello que '*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...***'.

*'Las sociedades cuyo objeto prevea la práctica de operaciones de seguros individuales sobre la vida **deberán tener exclusivamente dicho objeto**, sin que su actividad pueda extenderse a otra clase de operaciones de seguros, salvo las que tengan carácter complementario' (resaltamos).*

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 001 de 2000. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez.

Adicionalmente, el numeral 3 del artículo 108 del precitado Estatuto prescribe que *‘Sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia...’*.

La capacidad jurídica de las compañías de seguros, como sociedades mercantiles que son, conforme lo dispuesto en el artículo 100 del Código de Comercio en armonía con lo previsto en el artículo 99 del mismo ordenamiento, se halla restringida a las operaciones que constituyen su objeto social, las cuales se encuentran expresamente autorizadas por la ley; así mismo, dicho atributo se extiende a aquellos actos que tengan por finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y la actividad de la compañía y a los actos directamente relacionados con la actividad principal, para lo cual debe existir relación directa de medio a fin con el objeto social exclusivo.

Ahora bien, el hecho de conformarse un consorcio o una unión temporal en los términos de la Ley 80 de 1993 no significa que el objeto social de una compañía se extienda a un ramo que no haya sido aprobado por el respectivo ente de control.

Así las cosas, para que una entidad aseguradora pueda participar en una licitación bajo la modalidad de consorcio o unión temporal, deberá tener aprobado los ramos de seguros bajo los cuales comercializa las pólizas que requiere la entidad estatal.

Sobre este punto, cabe la pena traer a colación el concepto 2001028012 del 27 de abril de 2001 según el cual:

‘Ahora bien, precisado los anteriores aspectos y en orden de absolver su consulta planteada se observa que cualquier consideración sobre la posibilidad de que entidades aseguradoras participen como miembros de un consorcio o unión temporal en un proceso de contratación pública de seguros, debe hacerse a partir de la capacidad jurídica que por ley se establece para cada una de las entidades individualmente consideradas que pretendan presentar de esta forma su propuesta.

En este orden de idea, si la responsabilidad que se deriva del consorcio o la unión temporal por ley es solidaria, no resulta legalmente viable que al amparo de estas formas de presentación conjunta de propuestas y contratación participen aseguradoras que respecto de los seguros objeto de contratación no estén en capacidad legal de explotarlos individualmente bajo los ramos para los que se encuentran autorizadas; de lo contrario, la exigencia de responder solidariamente tanto por la propuesta como por el contrato traería como consecuencias que una compañía asumiera riesgos propias de un ramo de seguros para el que no está autorizada, con el evidente desbordamiento de su objeto social y la violación de las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a las cuales se debe sujetar.’ (Negrilla ajena al texto).

En esa medida, dando respuesta a su consulta, resulta procedente indicar que, en atención a la naturaleza propia de las figuras del Consorcio y la Unión Temporal, en donde uno de los elementos característicos de estas relaciones es la solidaridad existente entre los integrantes frente a las obligaciones de la propuesta y del contrato, siendo cada aseguradora integrante, deudor principal frente a la Entidad Estatal contratante, es necesario que cada una de las compañías cumplan individualmente consideradas con los requisitos legales establecidos en la normativa financiera para poder ejecutar las obligaciones contractuales establecidas.

Con base en lo anterior, es procedente mencionar que, dentro de los requisitos legales enunciados en el apartado anterior, se encuentra la limitación del objeto social de las compañías de seguros estipulada en el numeral 3 del artículo 38 en concordancia con el numeral 1 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que conllevan a que se considere como práctica insegura y no autorizada *‘La participación en consorcios o uniones temporales cuando quiera que la entidad no cuenta con autorización para la operación de alguno de los ramos involucrados’*, en los términos establecidos en el numeral 1.7.6 del Título VI del Capítulo II de la Circular Básica Jurídica.

Lo anterior, conlleva a que en el caso de presentarse la situación en que una compañía asumiera o pagara las obligaciones *‘frente a un ramo respecto del cual no cuenta con autorización, se vería enfrentada a las sanciones de carácter administrativo impuestas por parte de esta Superintendencia, al asumir riesgos sin contar con autorización de esta Superintendencia en virtud de lo dispuesto, en el literal d) del numeral 2° del artículo 326 en concordancia con lo dispuesto en el literal i) , numeral 5° del mismo artículo 326².*

(...)»

² Radicado 2003064665-2 de 8 de septiembre de 2004 Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera de Colombia).