

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO: GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO
EN CONTRATACIÓN ESTATAL.**



AUTOR:

LINA MARÍA HERNÁNDEZ GARCÍA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE COLOMBIA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO EN SEGUROS

BOGOTÁ

2017

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

**EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO: GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO
EN CONTRATACIÓN ESTATAL.**



AUTOR:

LINA MARÍA HERNÁNDEZ GARCÍA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE COLOMBIA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO EN SEGUROS

BOGOTÁ

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	14
1) ANALISIS DE SENTENCIA: CONSEJO DE ESTADO	
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
SECCIÓN TERCERA.	
Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	
Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015).	
Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01873-00(53914).....	17
I. HECHOS	17
II. PROBLEMA JURIDICO	18
III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	18
IV. RECURSO DE APELACIÓN.....	19
V. CONSIDERACIONES DE LA SALA	19
VI. DECISIÓN.....	20
VII. EVALUACIÓN CRÍTICA	20
2) ANALISIS DE SENTENCIA: CONSEJO DE ESTADO	
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
SECCIÓN TERCERA.	
Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	
Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015)	
Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00242-01 (52678).....	25
I. PARTES	25
II. HECHOS	25
III. PROBLEMA JURIDICO	26
IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	26
V. RECURSO.....	26
VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA	27
VII. DECISIÓN.....	28
VIII. EVALUACIÓN CRÍTICA	28
3) ANALISIS DE SENTENCIA: CONSEJO DE ESTADO	
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	

SECCIÓN TERCERA.

Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Bogotá D.C., primero (1) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00359-01 (51.138)..... 34

I. PARTES	34
II. HECHOS	34
III. PROBLEMA JURIDICO	35
IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	36
V. RECURSO.....	36
VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA	36
VII. DECISIÓN.....	37
VIII. EVALUACIÓN CRÍTICA	37
CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA	43

INTRODUCCIÓN

En el tránsito económico global la celebración de contratos entre sujetos se constituye en un asunto cotidiano, es esto lo que conlleva al movimiento del engranaje del esa gran maquinaria que representa el mercado global, la celebración de contratos establece el punto de inicio de tratos comerciales que dan lugar al comercio de bienes y servicios que conducen a la circulación de dinero dentro de la sociedad. Viendo lo cotidiano que resulta la celebración de contratos entre en sujetos, dicha masificación de la celebración de contratos entre sujetos nos permite observar también lo común que es el incumplimiento de obligaciones por alguna de las partes. Es por lo anterior, y que desde antaño se ha visto la necesidad de contar con un instrumento que permita garantizar el cumplimiento de dichos contratos y que impida la causación o agravación de perjuicios al acreedor por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

En la legislación nacional puede indicarse que este tipo especial se seguro se halla establecido desde la Ley 225 de 1938, mediante la cual el Gobierno Nacional se provee el establecimiento de este tipo de seguros y el seguro de manejo dentro del territorio nacional. Debe resaltarse que en esta norma no se legisló de manera especial para uno y otro seguro, sino que a lo largo del articulado se refieren de manera reiterativa al “seguro de manejo o cumplimiento”. En la mencionada Ley en su artículo 2 se indicó cual sería el objeto de estos seguros, indicando:

“El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.” (Ley 225, 1938)(Negrillas y Subrayas propias).

El cuerpo normativo previamente citado estatúa el seguro de cumplimiento como garantía en la contratación de los diferentes sujetos, ya que no se consagraba en este la aplicación especial de dicha norma para algún tipo especial de sujetos. Es por lo anterior que el Gobierno Nacional por intermedio de la Contraloría General de la República procede a reglamentar este tema para dar lugar a la implementación de este tipo particular de seguro en la contratación estatal. En ejercicio de la facultad establecida en el artículo 10 de la Ley 225 de 1938, el Gobierno Nacional procedió a delegar en cabeza de la Contraloría la reglamentación de dicha Ley. Señala el Doctor Narváez Bonnet sobre dicha facultad reglamentaria delegada, *“se dejó en manos de la Contraloría General de la República la facultad para regular algunos aspectos y lo cual ésta entendió como potestad reglamentaria y lo que le sirvió de base para expedir circulares orgánicas y Resoluciones entre ellas 1810 de 1957, 8660 etc. Si bien la Constitución de 1886 decía que la*

Contraloría General de la República no podía cumplir funciones administrativas distintas de las propias de su propio Gobierno y por ende no podía tener potestad reglamentaria. Sin embargo, en materia de garantías de cumplimiento relativas a contratos celebrados por la administración pública, la Contraloría expidió la resolución 1810 de 1957, donde estableció las condiciones de la póliza matriz de cumplimiento para entidades oficiales del orden nacional, definió los amparos y dio cabida a la subrogación del asegurador, entre otros aspectos.” (Narváez Bonnet, 2011, pág. 261).

Un aspecto importante a resaltar de la Resolución 1810, pionera en la estructuración de que más tarde sería la garantía única de cumplimiento, regulando los aspectos más importantes de la estructuración e implementación de esta tipología especial de seguro, entre los que vale la pena destacar la oportunidad de otorgamiento de dicha póliza y la definición del sujeto que se constituiría en beneficiario de la misma, precisando que *la póliza que debía ser otorgada cuando se celebrara un contrato de seguro para garantizar el cumplimiento de los negocios jurídicos que suscribía el Estado. Allí se aclaraba que la Nación obraría como asegurada y en su cláusula primera se definió como amparo principal el correspondiente al pago de las sumas a que se hiciera acreedora la Nación como consecuencia de los perjuicios que la causara el contratista* (Reyes & Baquero, 2011).

Con posterioridad se siguió regulando el asunto de los seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales por medio de diferentes Decretos-Leyes mediante los cuales se estableció el alcance y coberturas de este tipo de pólizas, al igual como la estipulación del Órgano encargado de examinar y aprobar las cuantías y vigencias de las pólizas otorgadas para amparar cada contrato.

Fue ya en 1993 por medio de la Ley 80, Estatuto Orgánico de la Contratación Pública, el cual en su artículo 25, numeral 19 se indicó sobre la obligatoriedad de otorgar garantías que garantizaran las obligaciones derivadas de contratos suscritos con entidades estatales.

"ARTICULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMIA:

(...)

19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

(...)” (Negrillas y subrayas propias)

Lo relativo a la reglamentación de la Garantía Única De Cumplimiento, ha sido desarrollado por numerosos Decretos, siendo el más reciente y actualmente vigente el decreto 1082 de 2015, “por la cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

Visto lo anterior y teniendo en cuenta la amplia regulación que existe en materia de derecho público en lo correspondiente al contrato estatal y las garantías de deben amparar a este, entre estas el seguro, poniendo de presente que este es un contrato originado y sometido a normas de derecho privado, que por disposiciones legales ha sido atraído para ser ampliamente utilizado en el terreno de la contratación pública, sector en el cual el Estado funge como contratante, con facultades excepcionales, que erradica de plano el concepto de la igualdad contractual y pone en una situación de vulnerabilidad a los contratistas y la aseguradora que ampara a este, en especial a lo que respecta en el ejercicio de la cláusula de caducidad del contrato, artículo 18 de la Ley 80 de 1993, por sus alcances y los efectos que derivan de aplicación de esta de lo cual resalta una aparente incompatibilidad de las normas de derecho civil y comercial, y las normas de contratación estatal, que en variadas ocasiones conllevan a la inadecuada aplicación de normas imperativas que rigen el contrato de seguro.

La anterior problemática, el aparente conflicto normativo existente entre la normatividad de derecho privado y derecho público que regula el contrato de seguro, y como dicha antinomia se hace evidente en el momento en el que la administración como contratante ejerce las cláusulas excepcionales o exorbitantes, es la que será estudiada por medio del presente análisis jurisprudencial.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. ANALISIS DE SENTENCIA: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA.

Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015).
Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01873-00(53914)

I. PARTES

Actor: LIBERTY SEGUROS SA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 12 de Febrero de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que decidió negar las pretensiones de la demanda.

II. HECHOS

- El 24 de julio de 2007, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS suscribió contrato de obra No. 1556 con el CONSORCIO VALLE 2007, el cual tenía por objeto el mejoramiento y mantenimiento de vías de la zona suroccidental del país.
- El mencionado contrato tenía un plazo de ejecución de 5 meses pero se prorrogó en 3 ocasiones dando como fecha de terminación el 16 de julio de 2008.
- Liberty Seguros SA garantizó el precitado contrato de obra mediante la póliza No. 1043027 de 31 de julio de 2007.
- La firma OSAC se encontraba a cargo de la interventoría del contrato 1556 de 2007.
- Mediante reiteradas comunicaciones la firma interventora comunicó a la entidad contratante sobre los retrasos en la ejecución por parte del contratista.
- El 7 de julio de 2008 el interventor del contrato le informó al INVIAS que las obras se encontraban paralizadas y por lo anterior recomendaba la declaratoria de caducidad del contrato.

- El 28 de julio de 2008 el INVIAS recibió acta de entrega y recibo de las obras remitida por el interventor donde se indicaba que el contratista había dejado de ejecutar el 24.5% del contrato. Dicha información fue reiterada por medio de memorandos con fecha 19 y 22 de agosto firmados por el supervisor de la obra.
- el 4 de septiembre de 2008 el subdirector Nacional de Carreteras del INVIAS informa a Liberty que el acta de entrega del 28 de julio de 2008 daba clara cuenta del incumplimiento del contratista en un 24.5%.
- El acta de entrega y recibo definitivo solo se suscribió hasta el 10 de noviembre de 2008.
- el 5 de agosto de 2010 el INVIAS emite la Resolución No. 03504 por la cual declara el siniestro en la ejecución del contrato de obra No. 1556 de 2007 y se ordenó la afectación de la póliza No. 1043027 expedida por Liberty Seguros.
- Ante la mencionada resolución Liberty interpuso recurso de reposición.
- El mencionado recurso se resolvió mediante Resolución No. 05283 del 5 de noviembre de 2010, la cual confirmó la decisión adoptada en la resolución recurrida.
- La precitada resolución fue notificada el 24 de diciembre de 2010.

III. PROBLEMA JURIDICO

¿Puede predicarse la configuración de la prescripción ordinaria estatuida en el artículo 1081 del Código de Comercio cuando el acto administrativo de declaratoria de siniestro y afectación de la garantía única de cumplimiento se expide más de dos años después de que la entidad debió tener conocimiento de la ocurrencia del mismo?

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tribunal administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

V. RECURSO DE APELACIÓN

Liberty Seguros SA interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia del 2 de febrero de 2015 por considerar que la misma contraría lo regulado en el artículo 1081 del C.Co. y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que señala que el acto administrativo en el que se pretendan atribuir obligaciones derivadas del contrato de seguro debe quedar ejecutoriado dentro de los dos años siguientes desde la fecha en que se realizó el riesgo amparado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como fundamento de su decisión Indica la Sala en primer lugar, que en efecto el siniestro se dio en vigencia de la póliza, ya que en la misma se señalaba una vigencia de 1 noviembre de 2007 al 25 de diciembre de 2010, que el mencionado siniestro consistió en el incumplimiento del contrato garantizado por un hecho imputable al contratista, y en último lugar, en lo que respecta al conteo del término prescriptivo señala que el mismo se debe contar desde el 10 de noviembre de 2008, fecha en la cual se suscribió el acta de liquidación del contrato No. 1556 de 2007.

Según la Sala desde el 10 de noviembre de 2007 iniciaba el término de conteo de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, y que en un lapso de dos años contados a partir de ese día era el plazo que tenía la administración para expedir el acto administrativo de declaratoria de siniestro. Dicha facultad indica el Consejo de Estado fue ejercida dentro del término legal dado que el mencionado acto administrativo de declaratoria de siniestro y afectación de la garantía única de cumplimiento fue expedido el 5 de noviembre de 2010, 5 días antes de que operara el término prescriptivo, por lo cual no hay lugar a revocar la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

En el mismo sentido señala este órgano judicial, que no es requisito que el acto administrativo de declaratoria de siniestro quede ejecutoriado dentro del término de 2 años, prescripción ordinaria, solo basta con que el siniestro ocurra dentro de la vigencia de la póliza y que el acto administrativo se expida dentro de los 2 años siguientes a la fecha en la que la administración tuvo conocimiento del acaecimiento del mismo.

Visto todo lo anterior, aunado a que lo que se pretendía era la declaratoria de los actos administrativos expedidos por el INVIAS correspondía a la sociedad demandante proceder a desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, situación que no se presentó, y por el contrario a lo largo del proceso se evidenció que la entidad profirió los mencionados actos administrativos en cumplimiento de la Ley, la Constitución y la Jurisprudencia.

Como consecuencia de todo lo previamente señalado, la Subsección C del Consejo de Estado, profiere la siguiente:

VII. DECISIÓN

Confirmar la Sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca proferida el 12 de febrero de 2015.

VIII. EVALUACIÓN CRÍTICA

Considero que la decisión en esta sentencia está errada, de la simple lectura de los hechos de la demanda permite notar la fecha en la que efectivamente el INVIAS conoció del incumplimiento del contratista afianzado, ya que de lo narrado se extrae que la interventoría y supervisión del contrato en reiteradas ocasiones informaron a la entidad sobre los incumplimientos y retrasos en la ejecución de las obras por parte del contratista. Tan cierto es esto que por medio de memorando dirigido a la entidad en interventor del contrato recomendó la declaratoria de caducidad del contrato de obra amparado por Liberty Seguros.

Si dicho memorando no hubiera sido suficiente para poner en conocimiento de la entidad el incumplimiento del contratista, esta se debió haberlo conocido cuando recibió el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, el día 28 de julio de 2008, toda vez que en el mencionado documentos constaba que el contratista había dejado de ejecutar el 24.5% de la obra.

Visto lo anterior y analizado a la luz del artículo 1081 del C.Co y la Ley 80 de 1993 puede señalarse lo siguiente: para la determinación de la fecha en que el interesado tuvo o debió haber tenido conocimiento del hecho que da base a la acción (en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio), deberá tenerse en cuenta que tal momento corresponde necesariamente a la fecha de remisión del acta de liquidación del contrato a la entidad contratante, es decir el 28 de julio de 2008; este corresponde al momento en que necesariamente la administración DEBIÓ HABER TENIDO CONOCIMIENTO de los hechos que dieron origen a la declaratoria de siniestro por parte del INVIAS como quiera que en el acta citada se tuvieron que haber evidenciado las presuntas irregularidades con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. 1556 de 2007; lo anterior por cuanto de conformidad con el artículo 60 de la ley 80 de 1993 “(...) en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo (...)”.

Así entonces, con base en los propósitos y fines previstos para la etapa de liquidación del contrato, imperioso resulta afirmar que a partir del 28 de julio de 2008 la administración debió haber tenido conocimiento del hecho que da base a la acción, en tal sentido es en este momento que principia a contarse el término de prescripción; haciéndose evidente así que la prescripción ordinaria establecida en el artículo 1081 del C.Co ya había operado para el momento en que el INVIAS profirió las resoluciones que declaraban la configuración de siniestro en el objeto amparado por Liberty Seguros.

Dejar de tener en cuenta la situación antes planteada implica la vulneración de derechos fundamentales a la entidad accionante en el presente proceso, ya que al obviar el retardo injustificado en la suscripción del acta de liquidación por parte de la entidad y usar dicho término como referente para el conteo de la prescripción ordinaria en este caso supone colocar a la aseguradora en una situación desfavorable ante la administración, y por esta vía se le somete a soportar cargas administrativas que no le corresponden. Se evidencia una desproporción en el ejercicio de las facultades o cláusulas exorbitantes por fuera del término legal para ejercerlas y justificando el retardo en la aplicación de las mismas en demoras administrativas internas de la propia entidad, en el incumplimiento de sus deberes y constitucionales, y por esta vía imponiendo a los administrados asumir cargas administrativas en vulneración de su debido proceso y completa omisión de los términos legales estipulados para la prescripción de las acciones propias del contrato de seguro.

Debe ponerse de presente que las conductas desplegadas por la interventoría de la obra se ajustaron a las exigencias que les impone la Ley y al alcance de dicha función definido por la jurisprudencia como:

"El interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que "Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente", que "Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias" y además, que "ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato", es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo. Al respecto, a pesar de ser posterior a la celebración del contrato objeto de la presente controversia, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53 del código

*único disciplinario –Ley 734 de 2002- estableció que se hallan sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares “que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales”, disposición que la Corte Constitucional declaró exequible (...) **la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato** y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial.” (Sentencia 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199), 2013)*

Pese que para la época de los hechos que dieron origen al presente caso no se encontraba vigente el Estatuto Anticorrupción, considero que resulta pertinente resaltar la acuciosa labor de la interventoría del contrato quienes de manera periódica estuvieron informando de los avances e inconvenientes del contrato amparado por Liberty, por medio de comunicaciones y memorandos donde informaba de los retrasos y paralizaciones de las obras e incluso donde sugería declarar la caducidad del contrato ante los reiterados incumplimientos del contratista, 7 de julio de 2008. Y posteriormente el 28 de julio de la misma anualidad procede a remitir a la entidad contratante el acta de entrega final en donde consta que solo se ejecutó un 24.5% de la obra contratada siendo así evidente la consumación del incumplimiento contractual por parte del constructor.

"ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

*Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y **serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.***

(...)" (Ley 1474, 2011)

Ahora retomando, en lo que respecta al conteo del término prescriptivo en el caso que nos ocupa se deben recordar primero los tipos de prescripción que instituyó el legislador en el artículo 1081 del Código de Comercio, y el cómputo de cada una de estas, la jurisprudencia constitucional ha indicado al respecto:

"Existen dos tipos de prescripción para las acciones derivadas del contrato de seguros; la ordinaria (2 años) y la extraordinaria (5 años). La primera de ellas

comienza a contar desde que la persona razonablemente pudo conocer el hecho que da origen a la acción (el siniestro) y la extraordinaria corre desde que ocurre el siniestro. Ambas clases de prescripción pueden comenzar a correr paralelamente. La diferencia radica en que una (la ordinaria) se aplica para personas que por su condición (incapaces) o por otras razones justificables no pueden tener conocimiento del hecho, y la otra (extraordinaria) aplica para cualquier tipo de personas independientemente su calidad." (Sentencia T-662, 2013) (Negrilla y subraya propias)

Aterrizando lo anterior al caso de análisis, se puede aseverar que el INVIAS conocía que desde diciembre de 2007 se venían dando incumplimientos por parte del contratista, el 7 de julio de 2008 la interventoría puso de presente el efectivo incumplimiento del contratista y recomienda la declaratoria de caducidad por cumplirse los requisitos para dar lugar a la declaratoria de la misma. Pero el momento al que definitivamente puede denominarse como el momento de conocimiento efectivo de incumplimiento del contrato y realización del riesgo amparado, es la remisión del acta de recibo y entrega definitiva en la cual se constataba la incompleta, por no decir casi nula, ejecución del contrato amparado, hecho que se dio el 28 de julio de 2008, cuando la entidad contratista, INVIAS; conoció el mencionado documento. Por lo que el término de prescripción se configuró el 28 de julio del 2010 y no el 10 de noviembre del mismo año como lo pretende hacer ver la entidad Estatal beneficiaria de la póliza.

Es por esto que se evidencia un "error", por no decir un actuar de mala fe, por parte de la entidad en el conteo del término prescriptivo para ejercer las facultades exorbitantes que lo otorgó la Ley y por medio de esta vía, mediante la expedición de acto administrativo se procediera a la declaratoria de caducidad del contrato amparado por Liberty Seguros y en el mismo se ordenara la afectación de la garantía única de cumplimiento prestada por el contratista.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, en mi opinión la demanda instaurada por el apoderado de Liberty Seguros SA estuvo mal orientada, ya que este se dirigió a atacar la legalidad y ejecutividad del acto administrativo mediante el cual se declaraba la caducidad del contrato y se ordenaba la afectación de la póliza emitida por dicha aseguradora, ya que es mucho más complejo atacar la presunción de legalidad y ejecutividad de los actos administrativos. Mientras que si la demanda hubiera estado orientada a la extemporaneidad del acto administrativo de declaratoria de caducidad del contrato y afectación de la garantía única de cumplimiento prestada, poniendo de presente el conocimiento del INVIAS de la situación de incumplimiento del contratista por los reiterados avisos y comunicaciones remitidos por el interventor, aunando lo anterior a un hecho objetivo como es el transcurso del tiempo, dos años, sin que se hubiera emitido el acto administrativo por medio del cual se ordenaba la afectación de la garantía prestada.

A mi parecer haber planteado la acción objeto de análisis desde la perspectiva de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en específico desde la configuración de la prescripción ordinaria tal vez hubiera permitido tener un chance más amplio de lograr una decisión favorable para la aseguradora accionante.

**2) ANALISIS DE SENTENCIA: CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA.**

**Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015).
Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00242-01 (52678)**

I. PARTES

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. – E.T.B.

Demandado: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA S.A.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 8 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que decidió negar las pretensiones de la demanda.

II. HECHOS

- El 30 de marzo de 2004, la Empresa De Telecomunicaciones De Bogotá - ETB y la Administración Postal Nacional - ADPOSTAL, suscribieron el contrato No. 4200005733, mediante el cual ADPOSTAL se comprometía con la ETB a prestar el servicio de mensajería especializada para la distribución a domicilio de las facturas y anexos. Que como consecuencia de dicho contrato, ADPOSTAL se comprometió a mantener una base de personal y recursos para la distribución, los tiempos de entrega y todas las obligaciones plasmadas en la cláusula tercera del contrato *sub examine*.
- Con el fin de garantizar el cumplimiento del contrato mencionado previamente, el 13 de abril de 2004, La Compañía De Seguros De Fianzas - CONFIANZA SA, expidió la póliza de cumplimiento No. CU 006902.
- A lo largo del año 2005 se presentaron inconsistencias en las entregas de las facturas a los clientes.
- Mediante comunicaciones de fecha 4 de noviembre y 7 de diciembre de 2005, y otras tantas de enero a abril de 2006, la ETB requiere a la sociedad contratista para que tome los correctivos necesarios para asegurar el adecuado cumplimiento del objeto del contrato suscrito entre estas.

- El 19 de abril de 2006 la ETB le comunica a ADPOSTAL la decisión de dar por terminado el contrato.
- El 18 de mayo de 2006 ETB le comunica a CONFIANZA el incumplimiento de ADPOSTAL del contrato garantizado por la mencionada compañía de seguro.
- El 5 de junio de 2006 CONFIANZA le responde a la ETB indicando que debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1077 de Código de Comercio.
- El 25 de agosto de 2006 el Gobierno Nacional ordena la supresión y liquidación de ADPOSTAL.
- El 17 de julio de 2007 se expide acta de liquidación del contrato No. 4200005733, en la cual se fijó como único saldo a favor de la entidad contratante ETB, la suma de \$144.787.940.
- El 4 de octubre de 2007, presenta ante CONFIANZA la reclamación de acuerdo a los términos establecidos en el artículo 1077 del Código de Comercio, indicando como cuantía de su reclamación la totalidad del valor del amparo de cumplimiento del contrato el cual ascendía a \$4.413.300.000.

III. PROBLEMA JURIDICO

¿Es correcto afirmar que se configura la prescripción ordinaria estatuida en el artículo 1081 del Código de Comercio en un contrato de tracto sucesivo en el cual el presunto incumplimiento inició en el último trimestre de 2005 y por el cual la Entidad Estatal presentó la reclamación a la compañía aseguradora el 4 de octubre de 2007?

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 8 de mayo de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no accedió a las pretensiones de la Demanda.

V. RECURSO

El 10 de junio de 2014, la ETB por intermedio de su apoderado judicial interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal, ya que se

indica como sustento del recurso, que el Tribunal erró en el conteo de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro ya que retrotrajo la fecha de presunto conocimiento de la ocurrencia del siniestro al 1 de agosto de 2005, en razón a la Resolución SSDP-20073400021325 expedida por la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios, en la cual el ente regulador indicó que la sociedad demandante había presentado problemas en su proceso de facturación en el mes de julio de 2005.

La sociedad demandante indica que el Tribunal se equivoca al tomar esta fecha como punto inicial de conteo del término prescriptivo, toda vez, que el problema de facturación presentado y sancionado por SuperServicios era un asunto propio del manejo de la ETB en el cual no intervenía en lo absoluto ADPOSTAL. Por lo anterior salta a la vista que no puede retrotraerse el momento del conteo del término prescriptivo a un hecho en el cual no existe incumplimiento alguno de la sociedad contratista.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Indica la Sala que la prescripción declarada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es inexistente, ya que el Tribunal inicia el conteo de dicha prescripción desde la fecha de notificación de una Resolución de la Superintendencia Nacional de Servicios Públicos, la cual indica que en julio de 2005 la ETB tuvo graves problemas de facturación, lo que condujo a la imposición de una sanción a esta Entidad; Advierte la Sala que la imposición de dicha sanción se derivó de hechos únicamente imputable a la empresa telefónica y que ADPOSTAL no tuvo injerencia alguna en dicho suceso por lo que resulta inadmisibles realizar el conteo de la prescripción desde dicha fecha, ya que dicho hecho no tiene relación alguna o se deriva de incumplimiento de algún tipo de obligación por parte del contratista afianzado por la aseguradora demandada.

Indica el Consejo de Estado que no fue sino hasta el 19 de abril de 2006 que la ETB tuvo certeza del incumplimiento de obligaciones por parte de ADPOSTAL, *“(…)comoquiera que solo hasta ese momento se configuró de manera expresa y cierta una situación que antes de dicha fecha era simplemente una anomalía que había notado dicha empresa al ver que se incrementaba el número de copias adicionales de facturas que debía expedir, y frente a lo cual inició una investigación a fin de constatar las causas de la irregularidad. Esta investigación concluye en abril de 2006 y es justamente el día 19 de ese mes que profiere la declaratoria de incumplimiento del contrato, cuando ya tiene certeza que la causa del número inusitado de copias de las facturas obedece a la falta de entrega por parte de ADPOSTAL de las facturas originales que se le entregaban a esta empresa para ser entregadas a los usuarios del servicio.”*

Por lo que es desde este momento que se comienza a contar el término prescriptivo, pudiéndose afirmar que la prescripción ordinaria se configuraba el 19 de abril de 2008, y la

demanda se interpuso el 24 de enero de 2008, es decir, 3 meses antes de que se configurara el fenecimiento de las acciones derivadas de la póliza que amparaba el contrato No. 4200005733.

VII. DECISIÓN

El Consejo de Estado revoca la sentencia del 8 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que procede a declarar la responsabilidad civil contractual de la sociedad demandada, COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS-CONFIANZA S.A, derivada de la Póliza de seguros No. CU 006902, cuyo objeto era garantizar la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato 4200005733, celebrado entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (ETB S.A. ESP) y ADPOSTAL, el cual fue incumplido por esta última.

Como consecuencia de dicha declaración procede a condenar en abstracto a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS- CONFIANZA S.A, a pagar los perjuicios que resulten probados en el proceso, ya que dentro de las pretensiones de la demanda se observa que se reclaman gastos originados con posterioridad de la terminación unilateral del contrato por parte de la ETB.

VIII. EVALUACIÓN CRÍTICA

En el análisis de la presente sentencia se encuentran múltiples errores imputables tanto al actor que da inicio a la acción objeto de estudio como a los entes judiciales que conocieron de la misma en primera y segunda instancia.

A mi parecer la decisión que se hubiera obtenido pese a no haberse cometido estos errores hubiera sido la misma, pero esta hubiera sido resultado de la rigurosidad en el entendimiento a aplicación de conceptos inherentes a los contratos y en el respeto al debido proceso y al ejercicio de las cargas propias del asegurado.

A continuación enunciaré los errores que a mi parecer se presentaron en este caso y el sujeto al cual es imputable cada uno de ellos y posteriormente procederé a ampliar las razones por las cuales considero estas situaciones como cuestionables.

En primer lugar por parte de la ETB, accionante en el proceso que origina la sentencia objeto de análisis, considero que a esta entidad resultan atribuibles 3 hechos que desde mi perspectiva son reprochables y reflejan un actuar descuidado por parte de la misma. El primero, la falta de adecuado ejercicio de la facultad exorbitantes y por esta vía emitir el acto administrativo de afectación de la garantía única de cumplimiento prestada por el

contratista; Segundo, la entidad incumplió la carga de evitar la propagación y extensión del siniestro; y por último, el injustificado retraso en la emisión del acta de liquidación del contrato.

En lo relativo al inadecuado ejercicio de las facultades exorbitantes por parte de la ETB, se observa que esta Entidad incurrió en una violación del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, en sus numerales 1, 4 y 6 que rezan lo siguiente:

"ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

3o. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

5o. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

6o. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

7o. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado." (Negrillas y subrayas propias)

Como se narra a lo largo de la Sentencia en pruebas documentales aportadas por la ETB se señala que en múltiples ocasiones recibieron quejas por parte de los usuarios sobre el retraso en la entrega de las facturas, así como información del reiterado abandono de paquetes contentivos de las mismas en diferentes puntos de la ciudad, si bien es cierto se cita a lo largo de la sentencia comunicaciones enviadas por la ETB al contratista donde requiere correctivos por las fallas presentadas en el proceso de entrega de la facturación, durante el tiempo en que se ejecutó el contrato la ETB impuso multas a la entidad contratista no es sino hasta el 19 de abril de 2006 cuando procede a declarar la terminación unilateral del contrato, en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, pero puede extraerse de la sentencia que en el acto administrativo por el cual se dio por terminado el contrato la Entidad demandante no procedió a declarar la ocurrencia de siniestro ni a ordenar la afectación de la garantía única de cumplimiento que amparaba dicho contrato estatal.

Por lo anterior se indica que la ETB ejerció de manera inadecuada las facultades exorbitantes conferidas por la Ley 80, ya que esta entidad se abstuvo de declarar la ocurrencia de siniestro amparado por la garantía única de cumplimiento prestada por ADPOSTAL, y por esta vía proceder a acreditar uno de los elementos exigidos para realizar la reclamación al asegurador contenidos en el artículo 1077 del Código de Comercio, la ocurrencia del evento siniestral. En lo que respecta a la cuantía del siniestro pudo haber sido acreditada por medio del acta de liquidación del contrato.

Sobre el incumplimiento de la carga de evitar la propagación y extensión del siniestro, se observa que desde octubre de 2005, la ETB realizó múltiples requerimientos a ADPOSTAL en lo relativo al deficiente cumplimiento del contrato No. 4200005733, ya que desde ese mes se evidenciaba una reducción del personal y de la flota de vehículos dedicadas al

cumplimiento del objeto contractual, paralelamente se evidencia un incremento en las quejas por parte de los usuarios y Juntas de Acción Comunal, quienes ponían de presente a la ETB la demora en la entrega de facturas o hasta la falta absoluta de entrega de las mismas, también como situaciones de abandono de paquetes completos de facturas en varios lugares de la ciudad, las anteriores situaciones eran indicio grave sobre la ocurrencia del siniestro derivado del incumplimiento contractual del objeto amparado ante lo cual la Entidad contratante, ETB, debió proceder a ejercer la carga de evitar la propagación del siniestro para por esta vía impedir que el perjuicio que se le estaba ocasionando fuera aumentando en su cuantía.

Debe recordarse que doctrinal y jurisprudencialmente se ha indicado que el deber de mitigación se deriva de la noción de perjuicio indemnizable, los cuales a su vez tienen estrecha relación con el *daño* entendido este como todo “*menoscabo, lesión, detrimento, patrimonial o extramatrimonial, que ha sido injustamente inferido a quien lo padece, **no puede entenderse, como parte del mismo, aquel perjuicio que ha sido inferido por el propio damnificado.***” (Veléz Ochoa, 2013)

Por lo que teniendo en cuenta el origen de esta carga en cabeza del asegurado y que el mismo tiene un grado de responsabilidad en impedir que el perjuicio que se le cause aumente en razón de su actuar negligente y descuidado pese a tener los medios para corregir dicha situación. Tal actuación se constituye en una flagrante violación de la carga establecida en el artículo 1074 del Código de Comercio, que señala:

“**ARTÍCULO 1074. <OBLIGACIÓN DE EVITAR LA EXTENSIÓN Y PROPAGACIÓN DEL SINIESTRO>. Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas.**

El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones.” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

El incumplimiento de la mencionada garantía en el contrato de seguro tiene establecidas consecuencias según el Código de Comercio, artículo 1078, que indica:

“**ARTÍCULO 1078. <REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO>. Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento.**

La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho.”

Por lo anterior, debe señalarse que el Tribunal omitió aplicar los precitados artículos y por esta vía castigar la negligencia de la Entidad asegurada, por lo que pese a que

inevitablemente iba a verse afectada la póliza de seguro emitida por Confianza, esta afectación debió darse en una menor cuantía atendiendo a las situación previamente descrita.

Para concluir mis comentarios respecto del actuar de la ETB, el último punto a cuestionar sobre esta Entidad es la demora injustificada en la emisión del acta de liquidación del contrato No. 4200005733, según se extrae de la sentencia el 19 de abril se remitió a ADPOSTAL comunicación firmada por el Vicepresidente Financiero de la ETB donde se informa la decisión de dar por terminado el contrato por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo por ADPOSTAL. Por lo que, considero, a partir de esta fecha comienza a correr el término consagrado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de los hechos, el cual señalaba:

*"Artículo 60°.- De Su Ocurrencia y Contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, **en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.***

(...)" (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo estipulado en la precitada norma y observando la configuración fáctica del caso objeto de análisis, se observa que en el mismo el acta final de liquidación solo se realizó hasta el 17 de julio de 2007, es decir, la versión final del acta de liquidación del contrato amparado se emitió 10 meses y 27 días después del plazo máximo permitido en la Ley para estos asuntos. Situación que demuestra el desinterés de la Entidad contratante respecto del contrato suscrito y unilateralmente terminado con ADPOSTAL. Adicionalmente, otro punto reprochable respecto del acta de liquidación es que pese a haberse emitido más de 10 meses después del límite máximo otorgado por la Ley, esta establecía unos valores abismalmente inferiores a los presentados en la solicitud de indemnización presentada a la Aseguradora que expidió la garantía única de cumplimiento del contrato suscrito entre la ETB y ADPOSTAL

El precitado artículo 60 de la Ley 80 de 1993, señala como finalidad de esta etapa contractual lo siguiente:

"Artículo 60°.- De Su Ocurrencia y Contenido.

(...)

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

(...)"

Por lo que resulta cuestionable que pese a haberse emitido el acta de terminación de manera tardía, sin justificación alguna, en la misma no se incluyan los rubros de los gastos en que dice la Entidad Contratante debió incurrir para superar el indebido incumplimiento del objeto contractual por parte del contratista. Por lo que se observa el quebrantamiento de la finalidad de esta fase contractual de la manera en que la misma ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado

"La liquidación del contrato implica un ajuste de cuentas definitivo, en ella se fija lo que a la terminación del contrato la entidad queda debiendo al contratista o lo que este le quedó debiendo, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato; y es evidente que las obras adicionales que acomete el contratista, o las actualizaciones a que puede tener derecho, o los sobrecostos producidos en razón de la prórroga del plazo del contrato, generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que, por ende, deben ser resueltos en el acta de liquidación."
(Sentencia No. 9477, 1996)

Lo anterior da clara cuenta del actuar negligente de la ETB en el manejo de esta fase del contrato y que dio lugar a una diferencia notable entre los valores consignados en el acta de liquidación definitiva y los posteriormente reclamados a la aseguradora que amparaba el cumplimiento del contrato No. 4200005733.

Para terminar, El error que considero le puede resultar imputable al Tribunal que conoció de este asunto en primera instancia. En mi concepto ambos órganos judiciales tuvieron algún grado de inconveniente, en diferente medida cada uno, con el concepto de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. El Tribunal, retrotrajo el conteo de la prescripción a una sanción impuesta a la ETB por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos en razón con problemas en la facturación del servicio público prestado. Lo anterior no tenía relación alguna con las labores ejecutadas por ADPOSTAL en virtud del contrato No. 4200005733, por lo que no puede computarse el conteo del término de prescripción desde la ocurrencia de un hecho que no se relaciona o deriva de alguna manera con el incumplimiento del contrato amparado. Lo anterior fue percibido por el Consejo de Estado, el cual procedió a usar esto como argumento para revocar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Con base en lo anteriormente expuesto, considero que pese a las omisiones o falencias de las Entidades previamente enunciadas el sentido del fallo hubiera sido el mismo, solo que hubiera estado ajustado a un mayor rigor jurídico y hubiera implicado una reducción en la cuantía de la condena.

**3) ANALISIS DE SENTENCIA: CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA.**

**Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Bogotá D.C., primero (1) de abril de dos mil dieciséis (2016).
Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00359-01 (51.138)**

I. PARTES

Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA SA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 22 de enero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. HECHOS

- El 24 de diciembre de 2009 se celebró el contrato de compraventa No. 1732-CEITE-DINTR-2009 entre el demandado y la Unión Temporal Teseo II, por el cual la Unión Temporal antes mencionada se obligaba a realizar el montaje, instalación y puesta en funcionamiento de maquinaria industrial de zapatería para el batallón de intendencia No. 1, denominado "Las Juanas".
- El valor del precitado contrato ascendía a \$3.090.075.792.
- En cumplimiento de la cláusula decima del contrato antes mencionado, la Unión Temporal Teseo II constituyó garantía única de cumplimiento por medio de póliza de seguro No. 31GU075569 expedida por la sociedad demandante, póliza en la cual se contemplaba el amparo de amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados que tenía estipulado un valor asegurado de \$1.545.037.896, suma equivalente al 50% del valor del contrato, con vigencia de dos años contados a partir de la fecha del acta de recibo a satisfacción de los bienes contratados.
- El 6 de octubre de 2010, por medio de acta No. 269, la entidad contratante recibió a satisfacción los bienes objeto del contrato suscrito.
- El 25 de octubre de 2011, la entidad contratante citó a la sociedad demandante a audiencia para declarar el incumplimiento del contrato amparado ya que los bienes

suministrados por la Unión temporal Teseo II presentaban fallas técnicas que impedían su pleno y adecuado funcionamiento.

- La audiencia se llevó a cabo el 9 de noviembre de 2011, y en la misma se dio lectura al oficio No. 5635/MDN-CG-FM-CE-JEM-JELOG.BR21-BAINT-CDO-0.70 calendado del 8 de noviembre del mismo año, mediante el cual el comandante del Batallón de Intendencia No. 1 le remite al Intendente General del Ejército Nacional la tasación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato amparado. Tasándolos de la siguiente manera: daño emergente en la suma de \$295'006.067, y lucro cesante en la suma de \$1.194'529.950.
- En actuaciones procesales posteriores CONFIANZA SA manifestó su negativa a cancelar la suma reclamada como lucro cesante teniendo como sustento que no se había estipulado de manera expresa la cobertura de dicho concepto, conforme lo indica el artículo 1088 del Código de Comercio, por lo que no había lugar a indemnizar ese presunto perjuicio.
- Mediante Resolución No 422 del 19 de diciembre de 2011 el Intendente General del Ejército Nacional declara el incumplimiento del contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009, la ocurrencia del siniestro y ordena hacer efectiva la garantía única de cumplimiento No. 31GU075569 por el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados por un valor de \$1.441'596.890.
- Contra dicha Resolución la aseguradora Confianza SA, instauró recurso de reposición el cual fue resuelto mediante Resolución No. 035 de 24 de febrero de 2012, en el sentido de modificar el monto a cancelar y confirmarla en todas y cada una de sus partes.
- El 12 de abril de 2012 CONFIANZA SA canceló a favor de la entidad estatal \$247.039.940 por concepto de daño emergente.
- El 23 de mayo de 2012 se llevó a cabo audiencia de conciliación prejudicial por solicitud de la Compañía Aseguradora Confianza SA, la cual se declaró fallida.

III. PROBLEMA JURIDICO

¿Debe proceder la aseguradora que emitió la garantía única de cumplimiento que ampara un contrato estatal a indemnizar a la Entidad Estatal un perjuicio material que pese a no estar excluido legalmente no se encuentra acreditado de acuerdo a los términos del artículo 1077 del Código de Comercio?

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 22 de enero de 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del numeral segundo y tercero de las resoluciones 422 del 19 de diciembre de 2011 y de la No. 035 del 24 de enero de 2012, y condenó en costas a la parte vencida.

V. RECURSO

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia indicando en primera medida que con el pago realizado por la Compañía aseguradora por concepto de daño emergente esta había aceptado sus responsabilidades, por lo que por esta vía se encontraba acreditado el derecho de la Entidad Estatal a obtener una indemnización por lucro cesante en la cuantía acreditada por medio de los documentos allegados al proceso.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Señala el Consejo de Estado que revisado el sustento fáctico del caso y el material probatorio allegado por parte de demandante y demandado a la luz de la Ley y la jurisprudencia se constata que en efecto la Unión Temporal Teseo II incumplió el contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009, al proveer maquinaria defectuosa lo que impidió la producción y distribución de calzado para miembros de las Fuerzas Militares.

Igualmente se indica que las fallas en la maquinaria vendida por la UT Teseo II generó afectaciones patrimoniales al Ministerio de Defensa daño emergente y lucro cesante, los cuales se encuentran debidamente acreditados.

De la revisión del clausulado de la Garantía Única de Cumplimiento se encontró que en el artículo 1 del clausulado se indica que la indemnización por lucro cesante debe ser acuerdo de objeto expreso, situación que como manifiesta el Consejo de Estado contraría lo estatuido en el artículo 15.2 del Decreto 4828 que expresa taxativamente las exclusiones aplicables a las garantías únicas de cumplimiento y que estipula además que la estipulación de una exclusión diferente a las allí enunciadas no producirá efecto alguno. Por lo que al no estar expresamente excluido por la Ley se enciente amparado dicho tipo de perjuicio patrimonial.

Por otro lado, indica que el Tribunal que conoció en primera instancia del asunto erró al indicar que las sumas reclamadas a título de lucro cesante se enmarcaban en realidad dentro de la categoría de daño emergente, porque en efecto la Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional dejó de percibir ingresos que contribuirían al engrosamiento de

su patrimonio lo que se constituye en una afectación por lucro cesante, contrario a lo que había manifestado el Tribunal en su sentencia.

Por lo que al no encontrarse acreditados ninguno de *"los cargos de nulidad alegados por la accionante lo que se impone en el presente asunto es un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda."*

Revocando así el fallo de primera instancia emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

VII. DECISIÓN

El consejo de Estado resuelve revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negando así las pretensiones de la demanda y condenando en costas a la parte vencida.

VIII. EVALUACIÓN CRÍTICA

Después de leer y analizar la sentencia emitida por el Consejo de Estado encuentro dos situaciones que definieron el sentido del fallo emitido, en primer lugar, la aseguradora actuó contrario a derecho, pues procedió a incluir una cláusula que indicaba que el lucro cesante a favor de la entidad Estatal requería pacto expreso, esto en contravía de lo estatuido en el artículo 15, numeral 15.2 contentivo del listado taxativo de exclusiones aplicables a las pólizas que amparan el cumplimiento de obligaciones a favor de entidades estatales del Decreto 4828 de 2008, inciso final que señala:

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

Visto lo anterior, resulta evidente que el clausulado que hacía parte de la póliza emitida por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA SA, no se ajustaba a los parámetros legales que regulan el alcance de este tipo de pólizas y que traía como consecuencia la inoperancia de la especie de exclusión tácita de amparo del lucro cesante señalada en el clausulado. Por lo que bien hace el Consejo de Estado al manifestar que la mencionada cláusula no produce efectos por no estar ajustada a derecho y en consecuencia debe entenderse amparado el lucro cesante de la entidad estatal que figura como beneficiaria en el contrato de seguro.

Ahora, respecto de la ocurrencia de siniestro que active la cobertura de lucro cesante respecto de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, en este punto me aparto de la decisión tomada por el Consejo de Estado en su fallo, ya que este punto de la providencia no tuvo en cuenta los deberes legales del ejercito respecto de los soldados y de como por esta misma vía la entrega de dotación al personal militar no se constituye en una fuente de ingresos para la Entidad beneficiaria de la póliza emitida por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA SA.

Veamos la manera en que se encuentra regulada la entrega de dotación a los soldados bachilleres y profesionales en la legislación nacional, respecto de los bachilleres ha dicho la Ley 48 de 1993 "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización", en su artículo 39:

"ARTICULO 39. Durante la prestación del servicio militar. Todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio en los términos que establece la ley, tiene derecho:

*A) **Desde al día de su incorporación hasta la fecha del licenciamiento, tendrá derecho a ser atendido por cuenta del Estado, en todas sus necesidades básicas atinentes a salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar y disfrutará de una bonificación mensual. Al momento de su licenciamiento, se proveerá al soldado regular y campesino, de una dotación de vestido civil;**
(...)" (Negrillas y subrayas propias)*

La precitada norma al ser analizada en su tenor literal, da clara cuenta que la entrega de dotaciones de vestuario, dentro de la que se entienden incluidas las botas, deben ser entregadas por cuenta del Estado, lo que deja claro que la atención de este punto relativo a una necesidad básica de los soldados bachilleres no requiere de erogaciones patrimoniales de estos a favor de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, por lo que en lo referente a los soldados bachilleres, las fallas de la maquinaria de fabricación de botas objeto del presente litigio no implica de manera alguna afectación al acrecentamiento del patrimonio de esta entidad, porque tal como se estipuló en la Ley la entrega de uniformes y dotación en general no genera rédito alguno a esta institución.

En lo que respecta a la entrega de dotaciones a soldados profesionales, ha señalado el Decreto 1793 de 2000 " Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.", en su artículo 32 lo siguiente:

"CAPITULO IV.

VESTUARIO Y ALIMENTACION.

ARTÍCULO 32. DOTACION. A los soldados profesionales, les serán suministradas las dotaciones de uniformes y botas de combate que requieran anualmente." (Negrillas y subrayas propias).

En la norma se reitera, el derecho de los soldados a recibir la dotación de uniformes y botas de combate, sin que se señale de manera alguna que deban pagar al Estado para recibir el vestuario propio y necesario para el ejercicio de sus labores de defensa de la soberanía estatal.

Por otro lado y en consonancia con lo anterior dentro de las funciones y deberes misionales del Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional no se encuentra la comercialización de material de dotación de las fuerzas militares, (esto puede constatarse al hacerse una revisión de lo previsto en la Ley 489 de 1998, Decreto 1512 de 2000 y normas concordantes), por el contrario dentro de la estructura organizacional y como lo narra la propia sentencia y como consta en la descripción de la actividad misional de este batallón, el batallón de intendencia No. 1 "Las Juanas", *desarrolla y fabrica vestuario, calzado y elementos de intendencia, para satisfacer las necesidades del Ejército Nacional, con calidad en el servicio, competitividad y transparencia.* (Ejército Nacional de Colombia , 2017). Una vez fabricado el vestuario y demás elementos de intendencia los miembros designados por el batallón de intendencia no. 1 *verifican las capacidades de almacenamiento y distribución. Todo este proceso logístico termina en Batallón de Abastecimientos ejecutando las órdenes de distribución y entrega a las diferentes unidades de nuestro Glorioso Ejército Nacional repartidas a lo largo y ancho del territorio Colombiano.* (Ejército Nacional de Colombia , 2017).

En ninguno de los acápites citados se menciona que la distribución de los materiales de intendencia se haga como un acto de comercio entre el ejército y sus miembros en servicio. Ni que la comercialización de material de dotación se constituye en una de las funciones del Ejército Nacional.

Como reafirmación de lo anteriormente señalado podría mirarse de manera comparativa con INDUMIL, empresa industrial y comercial del Estado adscrita al Ministerio de Defensa , artículo 25 Decreto 2346 de 1971, que tiene dentro de sus funciones la fabricación, importación, distribución y comercialización de material bélico (artículo 1 Decreto 2346 de 1971), y respecto de la cual sí podría predicarse que ante la falla de alguna de sus máquinas se generaría un lucro cesante para la entidad, pues la afectación de su capacidad de producción de armamento o municiones repercutiría en su capacidad de comercialización y por esta vía al vender menos si se constituiría en una afectación por lucro cesante para la Entidad.

Por lo anterior, observando los deberes legales asignados al Ejército Nacional, así como de la revisión de sus funciones, se encuentra que la mencionada entidad está en la obligación legal de proveer a los militares activos, bachilleres y profesionales, de la dotación propia necesaria para cumplir con las funciones legales y constitucionales asignadas a las fuerzas militares, entrega que se hace a título gratuito y no se constituye de manera alguna en fuente de ingresos para el Ejército Nacional, por lo que en consecuencia de lo señalado previamente no puede predicarse una afectación por lucro cesante respecto de una Entidad Estatal que dentro de sus funciones NO tiene designada la comercialización de material de dotación en consecuencia en el presente caso no debió condenarse a la aseguradora a reconocer suma alguna por dicho concepto ya que legalmente no le está dado a la Entidad Estatal padecerlo.

Con base en lo anteriormente señalado, me permito reiterar que me aparto de la postura del Consejo de Estado respecto de este asunto puesto que si bien el lucro cesante no se encuentra excluido de acuerdo a las normas que regulan la materia, la Entidad Estatal presuntamente afectada no estaba en la capacidad de sufrir dicho tipo de perjuicio material por no estar establecidas dentro de sus funciones la comercialización de material de dotación de las fuerzas militares, aunado a que se constituye en una obligación legal proveer a sus miembros de la vestimenta y calzado adecuados para el cumplimiento de sus funciones, y por la misma vía se observa una falencia en la acreditación de este tipo especial de perjuicio material ya que, la presunta prueba del mismo se constituía en una captura de pantalla de los sistemas de administración, situación que vulneraba el principio de que a la parte no le es viable darse su propia prueba. Por lo que si el Consejo de Estado dio lugar al reconocimiento del lucro cesante debió exigir un mayor rigor probatorio de este y para hacer asegurar la imparcialidad probatoria de ese perjuicio el mismo debió haberse tasado por un externo ajeno al pleito sin interés alguno de las resultas que pudieran derivarse de este.

CONCLUSIONES

- El seguro de cumplimiento es una institución que tiene su origen en el derecho privado pero la regulación del contrato estatal y la necesidad de garantizar el cumplimiento de los mismos le introdujo a este un gran componente de normas de derecho público que conllevó al surgimiento de un tipo especial de seguro a favor de entidades estatales.
- Las prerrogativas propias de este tipo de seguro, provenientes de normas de derecho público, le da a las entidades estatales facultades únicas que no se ven en los asegurados de derecho privado. Tales facultades como la de declaratoria de siniestro les dan facilidades al momento de decidir afectar la garantía única de cumplimiento.
- La mencionada facultad de declaratoria de siniestro y afectación de la garantía única de cumplimiento, expresadas por medio de actos administrativos que gozan de presunción de legalidad ponen a la aseguradora en una posición de debilidad ante la entidad estatal que figura como asegurado ya que, por un lado, la entidad estatal en ejercicio de facultades legales puede proceder a iniciar el cobro coactivo de la indemnización reclamada; Por otro lado, si la aseguradora considera que el acto administrativo por el cual se declara la ocurrencia de siniestro y se ordena la afectación de la garantía única de cumplimiento no se expidió de conformidad a la Ley a la Constitución debe proceder a iniciar una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa con el fin de que se declare la nulidad de la misma y por esta vía impedir la afectación de la garantía única de cumplimiento expedida.
- La amplia reglamentación legal de este tipo especial de seguro exige a las compañías de seguros estar actualizadas en cuanto a la normativa que día a día se va expidiendo con relación a la garantía única de cumplimiento y en al mismo ritmo que se expide normatividad por la que se regula este tema se deben actualizar los clausulados de estos productos para que estos estén ajustados a los requisitos impuestos por el mercado.
- La falta de actualización de los clausulados o la falta de coherencia entre estos y lo estatuido en la normatividad que regula la materia en un escenario judicial puede ser asumido por el juzgador como una actitud desleal y violatoria de la Ley por parte de la compañía aseguradora.
- Del análisis de varios de los casos, se observa un amplio grado de confusión respecto del conteo del término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, artículo 1081 del C.Co., ya que no se evidencia un criterio

uniforme sobre el inicio del cómputo de dicho término, situación que podría sanearse con una consagración legal expresa que indique desde que momento inicia a correr el termino prescriptivo para iniciar las acciones derivadas del contrato de seguro.

BIBLIOGRAFÍA

- Decreto 1082 (Presidente de la República. 2015).
- Decreto 4028 (Presidente de la República. 2008).
- Decreto 1793 (Presidente de la República. 2000).
- Decreto 1512 (Presidente de la República. 2000).
- Decreto 2346 (Presidente de la República. 1971).
- Ejército Nacional de Colombia . (6 de Agosto de 2017). *Brigada Logística No. 1*. Obtenido de Brigada Logística No. 1:
https://brigadalogistica.mil.co/brigada_logistica_1/unidades/batallon_intendencia_1
- Ley 1474 (Congreso de la República de Colombia. 2011).
- Ley 489 (Congreso de la República de Colombia. 1998).
- Ley 225 (Congreso de la República de Colombia. 12 de Diciembre de 1938).
- Ley 80 (Congreso de la República de Colombia. 1993).
- Ley 48 (Congreso de la República de Colombia. 1993).
- Narváez Bonnet, J. E. (2011). *El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones*. Bogotá: Ibañez - Universidad Javeriana.
- Reyes, L., & Baquero, F. (Junio de 2011). *Fasecolda*. Obtenido de Seguros de daños, el seguro de cumplimiento. :
http://www.fasecolda.com/files/8013/9101/6691/el_seguro_de_cumplimiento.pdf
- Sentencia 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199), 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199) (Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Danilo Rojas Betancourth 28 de Febrero de 2013).
- Sentencia No. 9477, MP. Carlos Betancur Jaramillo (Consejo de Estado - Sección Tercera 29 de Julio de 1996).
- Sentencia T-662 (Corte Constitucional 2013).
- Veléz Ochoa, R. (2013). *La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro*. . Bogotá: Ibañez. .