

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SEGURO DE CUMPLIMIENTO



AUTOR:

YUDESLY RODRÍGUEZ DUITAMA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE COLOMBIA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO EN SEGUROS

BOGOTÁ

2017

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SEGURO DE CUMPLIMIENTO



AUTOR:

YUDESLY RODRÍGUEZ DUITAMA

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”.

TABLA DE CONTENIDO

1	ANÁLISIS SENTENCIA No. 1	13
1.1	RESEÑA	13
1.2	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO	14
1.3	RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA	14
1.4	RECURSO DE APELACIÓN	15
1.5	CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO	15
1.6	EVALUACIÓN CRÍTICA	16
2	ANÁLISIS SENTENCIA No. 2	29
2.1	RESEÑA	29
2.2	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO	30
2.3	RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA	30
2.4	RECURSO DE APELACIÓN	32
2.5	CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO	33
2.6	EVALUACIÓN CRÍTICA	36
3	ANÁLISIS SENTENCIA No. 3	43
3.1	RESEÑA	43
3.2	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO	44
3.3	RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA	44
3.4	RECURSO DE APELACIÓN	45
3.5	CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO	46
3.6	EVALUACIÓN CRÍTICA:	48
4	BIBLIOGRAFÍA	54

1 ANÁLISIS SENTENCIA No. 1

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C.

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

FECHA: 26 DE NOVIEMBRE DE 2015

RADICADO 2011-01873 (53914)

ACTOR: LIBERTY SEGUROS S.A

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Decide recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra sentencia del 12 de febrero de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

1.1 RESEÑA:

RELACIÓN DE LOS HECHOS:

- 1- El INVIAS suscribió el contrato de obra No 1556 del 24 de julio de 2007 con el CONSORCIO VALLE 2007, para el mejoramiento de carreteras en el Departamento del Valle del Cauca, por la suma de \$1.501.728.116 y un plazo de ejecución de 5 meses.
- 2- El contrato estuvo amparado por garantía única de cumplimiento estatal No. 1043027 que amparaba el cumplimiento y buen manejo de anticipo, con vigencia 1 de noviembre de 2007 a 25 de diciembre de 2008, los dos amparos.
- 3- Este contrato fue prorrogado en tres ocasiones, estableciendo como fecha para la terminación del mismo el 16 de julio de 2008.
- 4- El 7 de julio de 2008 el interventor del contrato comunicó al INVIAS que las obras se encontraban paralizadas y recomendó la caducidad del contrato.
- 5- El 28 de julio de 2008 la interventoría entregó al INVIAS el acta de entrega y recibo definitivo de las obras señalando que el contratista dejó de ejecutar el

24,5% del contrato, lo cual es reiterado en memorandos del 19 y 22 de agosto de 2008, suscritos por el supervisor encargado por el INVIAS.

- 6- El 19 de agosto de 2008 el supervisor del contrato avisa al INVIAS acerca del atraso en las obras y que el contratista no había terminado la totalidad de las mismas, habiendo un saldo por ejecutar equivalente al 24.5 % del contrato.
- 7- El INVIAS informó el 4 de septiembre de 2008 mediante memorando No. 35123 a la aseguradora que se había iniciado proceso sancionatorio contra Consorcio del Valle 2007.
- 8- Mediante resolución No 03504 del 5 de agosto de 2010 el INVIAS declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato de obra No. 1556 de 2007, hizo efectiva la cláusula penal, resolución que fue recurrida por la parte actora.
- 9- Mediante resolución 05283 del 5 de noviembre de 2010 el INVIAS confirmó la decisión, acto que quedó ejecutoriado el 24 de diciembre de 2010.
- 10-El 10 de noviembre de 2008 se suscribió acta de entrega y recibo definitivo de la obra, por la firma interventora, el supervisor del contrato y el Director de la Territorial del Valle encargado por el INVIAS, sin la firma del contratista porque no se presentó a suscribirla.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:

¿El acto administrativo que declare el siniestro debe quedar ejecutoriado antes de vencer el plazo de la prescripción ordinaria derivada del contrato de seguro?

1.3 RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA:

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA:

Negó las suplicas de la demanda, señalando que: a). No operó la prescripción, toda vez que el INVIAS expidió los Actos Administrativos dentro del término previsto en el art. 1081 del C.Co, en tanto que, conoció del siniestro el 22 de agosto de 2008 y lo declaró así el 5 de agosto de 2010, no requiriéndose que el acto administrativo se encuentre en firme. b). No se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados.

1.4 RECURSO DE APELACIÓN:

LIBERTY SEGUROS S.A. interpone recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal del Valle del Cauca, al considerar que:

Las resoluciones demandadas violan el artículo 1081 del C.Co, dado que pretenden afectar una póliza frente a la cual se materializó la prescripción ordinaria de las acciones y derechos derivados del contrato de seguros, en la medida que el acto administrativo que impone la obligación indemnizatoria, debe quedar en firme dentro de los dos años siguientes al momento en el cual se produjo la realización del riesgo asegurado, so pena de operar la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

1.5 CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO:

El Consejo de Estado, diferencia el momento de la ocurrencia del siniestro y el de su declaratoria, para establecer que, el hecho constitutivo de la materialización del riesgo debe haber acaecido en período de vigencia de la póliza, mientras la declaratoria que debe estar materializada en un acto administrativo, deberá hacerse por la administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, así la declaratoria se produzca después del vencimiento de la vigencia del contrato de seguro.

Indica el fallo que no se requiere que el acto administrativo que declara el siniestro, este ejecutoriado dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la administración.

Así mismo, señala el fallador que quien pretende la nulidad de un acto administrativo, tiene la carga de probar su ilegalidad, pues el juez no puede de oficio acometer el estudio de la ilicitud del acto.

1.6 EVALUACIÓN CRÍTICA:

Se ha entendido el seguro de cumplimiento como aquel que busca resguardar al acreedor, del incumplimiento de una obligación legal o contractual de su deudor. A su turno, la Corte Suprema de Justicia señala que es *“el compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato”*.¹

El seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, esta antecedido por un contrato estatal del cual emerge la carga obligacional de la que es deudor el contratista y a la luz de tal negocio jurídico, la póliza tiene por objetivo indemnizar los perjuicios que pueda sufrir la entidad estatal como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de su contratista, en la medida que tal incumplimiento le sea atribuible a este último, como presupuesto para que opere la cobertura patrimonial otorgada a través del convenio asegurativo.

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 5670.

En cuanto a las partes, en este seguro, el tomador normalmente lo es el contratista, quien por cuenta ajena², tiene la obligación legal³ y contractual de celebrar el contrato de seguro para proteger el patrimonio de la entidad estatal y no el propio, y la entidad será la asegurada y beneficiaria.

Ocurrido el siniestro, se hace exigible la obligación condicional de la aseguradora, al tiempo que cobra especial importancia la figura de la prescripción, la cual alude al tiempo que tiene la entidad estatal para hacer efectiva la garantía contra la aseguradora, así como, los actos que debe adoptar para tomar las medidas tendientes a recibir la indemnización derivada del contrato de seguro.

La prescripción, tiene por objeto consolidar situaciones fácticas por el transcurso del tiempo. Respecto de la prescripción extintiva, la jurisprudencia ha señalado que *“(...) consiste la prescripción de las acciones en una sanción para el titular de un derecho que, dentro de un término razonable establecido por la ley, no acude a las vías que el ordenamiento jurídico le confiere para hacerlo valer”*⁴.

A su turno, el artículo 1081 del Código de Comercio establece las reglas de prescripción para las acciones derivadas del contrato de seguros así:

² Código de Comercio *“ARTÍCULO 1039. <SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES>. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.*

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.”

³ Ley 1150 de 2007 *“ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.”*

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012.

MP. Fernando Giraldo Gutiérrez.

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

Igualmente, se ha dicho por la mayor parte de la doctrina y por la jurisprudencia frente a esta disposición normativa que:

- a. La prescripción ordinaria es esencialmente subjetiva, en la medida en que empieza a correr desde que el interesado tuvo o ha debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, y queda consolidada dos (2) años después de ese momento.
- b. La prescripción extraordinaria tiene un carácter objetivo, y se contabiliza desde el momento en que nace el respectivo derecho, que no es otro que cuando ocurre el hecho que da base a la acción, independientemente de si hubo o no conocimiento del mismo. Su término, de acuerdo con la norma, es de cinco (5) años.
- c. Los dos términos de prescripción, tanto ordinaria como el de la extraordinaria, corren simultáneamente, no sucesivamente. En tal virtud, cuando se cumplen los requisitos de cualquier de los dos, quedará configurado el fenómeno de la prescripción. Por esto, cualquiera que se cumpla primero, deja sin efectos al segundo.

Para la época de los hechos, la normatividad vigente no reglamentaba la forma como debía hacerse efectivas las garantías por parte de la entidad estatal. Sin

embargo, a partir del decreto 4828 de 2010 se estableció que debía hacerse mediante acto administrativo previo agotamiento del debido proceso.⁵

Esta norma fue derogada por el Decreto 734 de 2012, a su vez derogado por el Decreto 1510 de 2013, y en los cuales siguió la línea de efectividad de las garantías a través de acto administrativo.

Actualmente se encuentra vigente el Decreto 1082 de 2015, y en el artículo 2.2.1.2.3.1.19, señala:

“Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

- 1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.*

⁵ “Artículo 14. *Efectividad de las garantías.* Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

14.1 En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

14.2 En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

14.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.”

2. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.*
3. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”*

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo por medio del cual la Administración hace efectivas las medidas mencionadas puede ser constitutivo o declarativo y en esa medida el acto administrativo correspondiente podrá constituir el siniestro o simplemente declarar su ocurrencia.

Partiendo de la premisa anterior, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo citado, es posible identificar la naturaleza de cada uno de los actos administrativos relacionados con el siniestro en materia del seguro de cumplimiento, de la siguiente manera:

“ (...)

- i. *El acto administrativo que declara el incumplimiento del contrato es, valga la redundancia, **declarativo**. Por esto, el siniestro no corresponde al acto mismo, sino a las circunstancias fácticas que dan origen al no cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista (e.g. la no entrega de los bienes a suministrar o la no terminación de la obra contratada).*
- ii. *El acto administrativo que declara la caducidad del contrato es **constitutivo** del siniestro, es decir, ese acto es el siniestro.*
- iii. *El acto administrativo que impone multas al contratista es igualmente **constitutivo** del siniestro y, por lo tanto, corresponde al siniestro mismo”⁶.*

La doctrina frente al tema, no pacífico, por cierto, ha manifestado:

⁶ Artículo “La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia”, por Laura Robledo Vallejo. Abril 24 de 2015.

*“Dentro de ese marco es que se ha venido entendiendo siempre que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de contratos estatales y hoy en las garantías únicas de cumplimiento de contratos estatales, está constituido por el acto administrativo que declara la caducidad o impone la obligación de pagar la cláusula penal o las multas en caso de incumplimiento, o por el acto administrativo que declare la realización de los demás riesgos amparados.”*⁷

En igual sentido, se ha manifestado el doctrinante Narváez Bonnet *“Como lo que se ampara bajo las distintas coberturas de la garantía única es el incumplimiento del contratista que genere un perjuicio para la entidad contratante, el siniestro lo constituye el acto administrativo debidamente motivado que expide la entidad estatal declarando la ocurrencia del riesgo amparado bajo la respectiva póliza”*⁸

Por su parte, la jurisprudencia, ha señalado que, el siniestro corresponde siempre al incumplimiento de una o varias obligaciones contractuales, sin ceñirla a la expedición del acto administrativo. En esa medida, aun cuando se impongan multas o declare la caducidad del contrato, el siniestro no será el acto administrativo que lo declare, sino que lo será la verificación del riesgo asegurado, que en materia de seguro de cumplimiento lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista y/o atribuible a este.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado este planteamiento en los siguientes términos:

“Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de

⁷ Ordóñez, Andrés. *La eficacia del seguro de cumplimiento de contratos estatales*. Memorias del XXVI Encuentro Nacional de ACOLDESE. 2011. Página 350.

⁸ Jorge Eduardo Narváez Bonnet. *El seguro de Cumplimiento. Contrato y Obligaciones*. Pág 459.

la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento.”⁹

Esta posición fue reiterada así:

*“Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia del siniestro. (...) Debe tomarse en consideración que esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, **lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato e incluso después de su liquidación.** Esta posición, que fue acogida por la Sección Tercera en sentencia del 10 de julio de 1997, sería reiterada en sentencias del 3 de mayo del 2001, 24 de agosto de 2002 y mucho más recientemente 23 de febrero del 2012.” (Resaltado fuera de texto.)¹⁰*

Conforme lo anterior, la obligación condicional del asegurador no nace desde la expedición de un acto administrativo, sino desde la inobservancia de los compromisos contractuales asumidos por el contratista, y en ese orden no requeriría la firmeza del acto administrativo, tal y como lo señala el fallo en estudio.

Ahora bien, frente a la firmeza de los actos administrativos, la ley 1437 de 2011, señala:

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. MP. Myriam Guerrero de Escobar. Este pronunciamiento jurisprudencial fue reiterado en fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de agosto de 2009, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. M.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857).

“Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.”

En consonancia con lo anterior, nuestra legislación administrativa en la citada ley 1437 de 2011, establece el carácter ejecutorio de los actos administrativos previendo tal estatus en los siguientes términos:

“Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.

Frente al carácter ejecutorio de los actos administrativos el autor Jorge Eduardo Narváez considera:

“El carácter ejecutorio del acto administrativo se produce, no con la expedición del acto y su notificación, sino que es menester que se hayan resuelto los recursos interpuestos por la vía gubernativa y que se haya cumplido con el procedimiento de notificación, momento en que se producen los efectos del acto administrativo, en

ese instante la decisión se encuentra en firme. Efectos que se producen hacia el futuro en virtud de la irretroactividad de los actos administrativos”¹¹.

Finalmente asociado a las dos instituciones de derecho administrativo antes aludidas, debe tenerse en cuenta de manera adicional, que la legislación prevé de manera adicional en que momentos o circunstancias desaparece, ya sea temporal o definitivamente, el carácter ejecutorio de los actos administrativos, indicando:

“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
- 5. Cuando pierdan vigencia.”*

¹¹ Jorge Eduardo Narváez Bonnet. El seguro de Cumplimiento. Contrato y Obligaciones. Pág. 461

Una vez expedido el acto administrativo, como se puede observar de las normas antes transcritas, éste goza del “*beneficio del privilegio de lo previo*”¹²; es decir, al encontrarse cobijado el acto administrativo por la presunción de legalidad¹³ y que está conforme a derecho, debe probarse como indicó el fallador que el acto está viciado y por ello hay lugar a que el juez lo declare nulo. En la sentencia el recurrente nunca probó los vicios que supuestamente adoleció el acto, dado que se limitó su discusión frente al tema de la necesidad de alcanzar la firmeza del acto para empezar a contabilizar los términos de prescripción.

Por todo lo expuesto, considero que el fallo es acertado, al diferenciar que uno es el momento de la ocurrencia del siniestro y otro el de su declaratoria, siendo que el primero, debe haber acaecido en período de vigencia de la póliza, mientras la declaratoria que debe estar materializada en un acto administrativo (por mandato legal), deberá hacerse por la administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, sin importar que la declaratoria se produzca después del vencimiento de la vigencia del seguro.

Por otra parte, contrario sensu a la decisión del alto Tribunal, en lo que respecta a la firmeza del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro, considero que debe alcanzar firmeza y ejecutoria, dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la administración, so pena de prescribir, si se tiene en cuenta que el hecho que da base a la acción no es el acto administrativo

¹² Jorge Eduardo Narváez Bonnet. El seguro de Cumplimiento. Contrato y Obligaciones. Pág. 460 y ss. Ese carácter ejecutivo y ejecutorio del acto administrativo, lo denomina la doctrina española como el privilegio de lo previo o el principio de autotutela administrativa<; implica que el acto administrativo debe cumplirse aún antes de la verificación de la legalidad o ilegalidad del acto por el juez administrativo y, en consecuencia, las acciones que se entablen ante la jurisdicción contencioso administrativo no tienen la virtud de suspender su ejecución, lo cual tiene una importancia indiscutible en frente del posterior cobro para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, bajo cualquiera de sus amparos.

¹³ ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

sino la ocurrencia del siniestro, el cual debe haberse dado en vigencia del seguro de cumplimiento, y teniendo en cuenta que de acuerdo con las reglas de derecho administrativo, el acto administrativo tiene plenos efectos en la medida que cobre firmeza de acuerdo con los escenarios que la ley plantea y que fueron aludidos en líneas precedentes, con lo cual se estaría armonizando las reglas de derecho comercial asociadas a la prescripción del contrato de seguro y las de derecho administrativo en lo atinente a los efectos del acto administrativo en el tiempo, como regla especial de declaratoria de siniestro en lo atinente al contrato de seguro en la contratación Estatal. Lo anterior tienen su asidero, adicionalmente, en el hecho de que ese acto de la administración, debe sujetarse a los lineamientos legales propios de la institución de los actos de carácter particular, con normas especiales; es decir, no podría desconocerse la naturaleza de los actos administrativos y el procedimiento establecido para que produzcan efectos jurídicos, sino por el contrario tendría que buscarse armonizar las dos ramas del derecho, bajo las disposiciones del legislador en cada materia (reglas propias del acto administrativo y contrato de seguro)

Establecido lo anterior, resulta pertinente indicar que probada la realización del siniestro, nace la obligación condicional a cargo de la aseguradora y la prueba de aquello dará lugar a la expedición de un acto administrativo emanado de la entidad estatal que celebró el contrato, en el que se deberá detallar las circunstancias y acreditar los fundamentos que dan lugar al pronunciamiento de la administración con miras al reconocimiento de la existencia o acaecimiento del siniestro.

El Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones, se ha manifestado frente al tema así:

“(…) Pero cuando la Administración es el beneficiario del contrato de seguro puede, en virtud de que está privilegiada de la decisión previa, reconocer mediante acto administrativo la existencia del siniestro y exigir al asegurador cumplir con su obligación indemnizatoria (demanda extrajudicial administrativa). Cuando la Administración reconoce la existencia del siniestro y le exige al asegurador el cumplimiento de su obligación de indemnizar le reclama administrativa y

extrajudicialmente como lo enseña el artículo 1131 del Código de Comercio. El Estado beneficiario de una garantía no tiene que asistir ante el asegurador y requerirlo para que lo indemnice; ni tampoco tiene que asistir, obligatoriamente, ante el juez para que le reconozca su derecho a indemnización, porque la ley le dio competencia para reclamar, como ya se dijo, administrativa y extrajudicialmente, es decir mediante acto administrativo. Por ello es que la objeción de los aseguradores respecto a la reclamación del Estado, generalmente, se logra mediante el ejercicio de los recursos de vía gubernativa. Así las cosas la obligación de indemnizar por parte del asegurador, cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, se hace exigible cuando el acto administrativo que reconoce la existencia del siniestro está en firme. (...)” Sentencia del 12 de julio de 2000. Mag. Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Posteriormente la misma corporación expresó:

“(...) En cambio, en el campo de la contratación estatal no existe la objeción del asegurador en relación con la reclamación del asegurado, la cual se manifiesta con la expedición de un acto administrativo (unilateral), en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente. En otras palabras, el acto administrativo, es la prueba de la realización del riesgo y el ejercicio del poder decisorio y previo de la administración, el cual, si bien, es un privilegio para ella, también constituye una ventaja para la aseguradora, ya que tiene la posibilidad de discutir administrativa y judicialmente el acto en la medida que los fundamentos jurídicos y fácticos que la administración adujo para acreditar el siniestro no sean suficientes” (...). Sentencia del 24 de mayo de 2001. Mag ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Consistente con lo anterior, en providencia posterior a la anterior, el Consejo de estado conserva su interpretación en la misma línea expresando:

“(...) Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme y se le haya dado a conocer. (...) Ese acto administrativo es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado (hecho). Por lo tanto, cuando el Estado reconoce, en acto

administrativo, la existencia del siniestro de carácter contractual en contra del asegurador puede concluirse que el crédito a favor de la Administración si tiene fuente en el contrato estatal, pues, de una parte, el siniestro que debe indemnizar el Asegurador es el reconocido por la Administración y, de otra, la causa del acaecimiento del riesgo asegurado no es nada menos que el incumplimiento del contratista estatal. Además en apoyo de lo anterior puede recurrirse al Código de Comercio el cual califica como víctima al beneficiario del contrato de seguro (...). Sentencia del 11 de diciembre de 2002. Mag. Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez.

Verificado lo anterior, cabe mencionar que en mi criterio no es afortunada la redacción del art. 2.2.1.2.3.1.19. *“Efectividad de las garantías”* del Decreto 1082 de 2015, toda vez que al aludir que el acto administrativo constituye siniestro, no consulta los parámetros técnicos y jurídicos del contrato de seguro establecidos en nuestra legislación comercial, mostrando una ausencia de tecnicismo jurídico en la materia por parte del legislador y que lleva a conclusiones erradas de los operadores judiciales al entender el equiparamiento del hecho que da base a la acción con el acto administrativo que lo declara, en abierto desconocimiento del precedente jurisprudencial antes referenciado.

2 ANÁLISIS SENTENCIA No. 2

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

FECHA: 3 DE DICIEMBRE DE 2015

RADICADO 2008-0242 (52678)

ACTOR: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. – E.T.B

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

ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 8 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2.1 RESEÑA:

1. RELACIÓN DE LOS HECHOS:

1. El 30 de marzo de 2004, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B., y la administración Postal Nacional – ADPOSTAL, suscribieron el contrato N° 4200005733, mediante el cual ADPOSTAL se comprometía con ETB a prestar el servicio de mensajería especializada para la distribución a domicilio de las facturas y/o recibos de pago con sus anexos.
2. El 13 de abril de 2004 la Compañía de Seguros de Fianzas CONFIANZA S.A., expidió póliza de cumplimiento N° CU 006902, la cual tenía por objeto garantizar la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato N° 4200005733.
3. Mediante comunicación del 19 de abril de 2006, ETB informa la decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato a ADPOSTAL.
4. El 18 de mayo de 2006, se dio aviso del siniestro a la aseguradora CONFIANZA S.A. informando el incumplimiento del contrato No. 4200005733 por parte de ADPOSTAL.

5. El 5 de junio de 2006, CONFIANZA da respuesta al aviso del siniestro y solicitó a ETB acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida de acuerdo al artículo 1077 del Código de Comercio.
6. ETB presentó ante ADPOSTAL el 17 de julio de 2007 el acta de liquidación del contrato.
7. El 4 de octubre de 2007, la E.T.B sustenta frente a la aseguradora CONFIANZA S.A. la reclamación de acuerdo con el artículo 1077.
8. La compañía aseguradora CONFIANZA S.A., frente al reclamo formal presentado por la ETB aduce que hubo violación al art. 1075 del C de Co. al no dar aviso del siniestro dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo conocido o debido conocer, igualmente aduce que en el caso materia de análisis la pretensión de reclamar se radicó ante Confianza S.A., sólo hasta el 4 de octubre de 2007, cuando al parecer el incumplimiento del contrato inició en el mes de octubre de 2005, es decir, dos años después.

2.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:

¿En materia de prescripción ordinaria del contrato de seguro de cumplimiento, el conocimiento del hecho que da base a la acción se da con la primera noticia que tiene el asegurado de la situación de incumplimiento? ¿O contrario a lo anterior, se requiere la certeza de la situación de incumplimiento por parte del asegurado, para que se repute su conocimiento?

2.3 RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA:

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El aquo, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó todas las pretensiones de la demanda, determinó que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B, debió haber tenido conocimiento del incumplimiento a través de ADPOSTAL, con

ocasión de la entrega de las facturas emitidas por dicha entidad, esto es a partir del 1 de agosto de 2005.

A esta conclusión llega el tribunal, con base en la Resolución SSDP-20073400021325 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, acto en el que se determinó que la parte demandante- ETB- presentó serios problemas en el proceso de facturación en el mes de julio de 2005, con lo cual, al disponer de 2 años para reclamar el pago de la indemnización derivada del siniestro de incumplimiento frente a la compañía aseguradora, la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro de cumplimiento se estructuró el 1 de agosto de 2007, por lo tanto la reclamación como la solicitud de conciliación prejudicial y la demanda fueron presentadas luego del término consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

El fallador de segunda instancia REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aduciendo que el Tribunal realizó una errada contabilización del termino de prescripción, al haber contabilizado el termino de los 2 años desde el 1 de agosto de 2005, como quiera que a su juicio, la ETB tuvo conocimiento del incumplimiento del contrato a través de ADPOSTAL desde el mes de julio de 2005, consideración que fundamentó en la resolución de la Superintendencia que sancionó a la ETB, que hacía referencia a una falla en la expedición de las facturas a cargo de la misma ETB, más no a la relación contractual objeto de la demanda que tuvo como fundamento el incumplimiento en la entrega de las facturas por parte de la entidad contratista, como se detallará más adelante.

Consideró el alto Tribunal que, la ETB tuvo certeza del incumplimiento el 19 de abril de 2006, pues 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.

Los dos años para ejercer la acción transcurrieron entre el 19 de abril de 2006 hasta el 19 de abril de 2008, y, la demanda se presentó el 24 de enero de 2008, es decir, 3 meses antes de que venciera el término legal para acudir ante la jurisdicción.

En cuanto a la violación de la obligación de aviso del siniestro dentro del plazo establecido por el artículo 1075 del Código de Comercio, señala que la falta del aviso no genera la pérdida del derecho de indemnización, adicionalmente esta falta de aviso cuando la aseguradora no ha intervenido motu proprio en las labores de salvamento, viene a ser la deducción de los perjuicios, del monto de la indemnización, pero debe estar debidamente probada. Para el caso no se probó por tanto no prosperó la pretensión.

2.4 RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante solicitó:

1. Se declare la responsabilidad civil contractual de la Compañía Aseguradora de Fianzas – CONFIANZA S.A., como consecuencia de la Póliza de seguros N° 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 parte de la agencia de mensajería.

2. Se condene a la Aseguradora de Fianzas – CONFIANZA S.A. al pago de \$4.413.300.000.00, por los perjuicios sufridos. Así como los intereses generados por la suma indicada desde el 3 de octubre de 2007, día en el que expiró el plazo pactado contractualmente para el pago oportuno de la indemnización por concepto de intereses moratorios.
3. Que la resolución SSDP-20073400038185 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos, en la cual se basa la decisión del a quo se fundamenta en hechos distintos a aquellos que hicieron exigible la póliza objeto de controversia en el *sub judice*, esto por cuanto la Resolución se circunscribía a una discusión respecto del retraso en la producción de las facturas, actividad completamente ajena a ADPOSTAL; y en lo absoluto se pronunciaba sobre el retraso en la entrega de las mismas, labor ésta a la que si estaba obligada a empresa contratista y que incumplió de manera flagrante.
4. Señala que el *a quo* confundió el momento en que ETB tuvo conocimiento del retraso en la entrega de las facturas, con aquel en que esta entidad contratante constató que dicho retraso era atribuible a ADPOSTAL. Indica que solo puede hablarse de conocimiento del incumplimiento cuando confluyen la inejecución del contrato afianzado y la evidencia de que tal conducta generó un perjuicio patrimonial concreto al asegurado, lo cual ocurrió en el caso concreto solo hasta el mes de mayo de 2006, pues si bien el incumplimiento se dio durante el último trimestre de 2005, la parte demandante solo evidenció el mismo en el mes de mayo de 2006.

2.5 CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO:

El Consejo de Estado señala que no existe la prescripción declarada por el Tribunal, toda vez que negó las pretensiones aduciendo que la demanda había sido presentada por fuera de los dos años previstos por el artículo 1081 del Código de

Comercio, como término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, para lo cual contabilizó el término de los 2 años desde el 1 de agosto de 2005, como quiera que a su juicio, la ETB tuvo conocimiento del incumplimiento del contrato por parte de ADPOSTAL desde el mes de julio de 2005, consideración que fundamentó en una resolución que sancionó a la ETB, y que hacía referencia a una falla en la expedición de las facturas a cargo de la misma ETB; mientras que la relación contractual *sub examine* tuvo como fundamento el incumplimiento en la entrega de las facturas por parte de la entidad contratista, es decir, dos situaciones diametralmente diferentes.

El ad quem señaló que la ETB tuvo certeza del incumplimiento el 19 de abril de 2006, y solo hasta ese momento se configuró de manera expresa y cierta la declaratoria de incumplimiento del contrato, cuando ya tuvo certeza de la causa que generó el mismo.

Así las cosas, es claro para el Consejo de Estado que la demanda se interpuso en tiempo, como quiera que los dos años para ejercer la acción transcurrieron entre el 19 de abril de 2006 hasta el 19 de abril de 2008, y, la demanda se presentó el 24 de enero de 2008.

Adicional a lo anterior, el fallador de segunda instancia, examinó cada uno de los argumentos expuestos por la parte demandada como sustento de las excepciones de mérito propuestas contra las pretensiones presentadas en la demanda, negando todas y cada una de éstas.

En su sentir no hubo violación de la obligación de aviso del siniestro conforme lo expuesto en el artículo 1075 del Código de Comercio, teniendo en cuenta que la única posibilidad de generar una postura favorable hacia la aseguradora, sería que la misma hubiere probado que como consecuencia de la falta de información del siniestro se hubiere generado un perjuicio, situación que no ocurrió y por tanto no prosperó la excepción.

Frente al incumplimiento del deber de informar la modificación del riesgo asegurado, artículo 1060 del Código de Comercio, establece que la sospecha de incumplimiento que hubiere podido tener la ETB no significa que ocurrió una modificación o un incremento del riesgo asegurado, por lo cual el cargo no prosperó.

En cuanto a la violación de la denominada “Garantía” y aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 1061 del Código de Comercio, indica que no existe prueba que determine que la ETB haya impedido la vigilancia de la ejecución del contrato y que dicha entidad actuó de manera diligente, en tanto que realizó todas las acciones necesarias para asegurar la ejecución de contrato, tal como lo acreditan las multas que fueron impuestas a ADPOSTAL.

Respecto de la violación de la demandante de su obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro, indica el alto Tribunal que dentro de lo cobrado no existe una propagación o extensión del siniestro en el *sub judice*, dado que el contrato se declaró incumplido y luego de dicha declaratoria su ejecución cesó; lo que se cobra son perjuicios consistentes en los costos de la atención de derechos de petición presentados por los usuarios y la expedición de copias de las facturas solicitadas por estos, como consecuencia del incumplimiento por parte de ADPOSTAL en la entrega de las mismas, incumplimiento que se itera, sólo vino a ser conocido con certeza el 19 de abril de 2006.

Referente al Incumplimiento del deber de vigilancia y control por parte de la ETB, dijo que no hay prueba que demuestre la inobservancia de dichos deberes por parte de ETB.

Frente al incumplimiento del artículo 1110 del Código de Comercio y la cláusula No. 8 de la póliza, señala que escoger la forma en la cual pagar la indemnización, es una facultad del asegurador en la que no interfiere el asegurado; en segundo lugar, porque cuando a la demandada se le puso en conocimiento el incumplimiento del tomador del seguro, mediante el escrito del 18 de mayo de 2006, SEGUROS

CONFIANZA, pidió que se le indicara el monto del siniestro, de donde se colige que había optado por pagar una suma de dinero.

Así mismo, el *ad quem* encuentra plenamente acreditada la ocurrencia del siniestro, esto es, el incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por ADPOSTAL, riesgo que fue amparado por la póliza expedida por la compañía de seguros demandada, conforme a todo el acervo probatorio enlistado en la sentencia, y que examinadas cada una de las excepciones propuestas por la parte demandada en la contestación de la demanda, se evidencia que ninguna de ellas fue probada por quien las alegó.

2.6 EVALUACIÓN CRÍTICA:

Considero acertada la decisión del *ad quem*, puntualmente en lo tocante al cómputo del término de prescripción, toda vez que del material probatorio allegado al expediente, se pudo establecer claramente el momento en el cual la entidad en verdad pudo tener conocimiento del hecho que daba base a su acción para reclamar la indemnización, y con ocasión de ello dio el respectivo aviso a la aseguradora.

Adicionalmente estuvo plenamente probado que, de los incipientes y preliminares hallazgos de incumplimiento de actividades, no se podía tener claridad de una situación de incumplimiento contractual y de contera la eventual ocurrencia del siniestro, como la materialización del riesgo asegurado.

Del cuidadoso estudio de las pruebas dependió que se refutara el fallo del *a quo*, toda vez que este fallo se fundamentó en hechos distintos de aquellos por los que se hizo exigible la póliza objeto de controversia, pues se circunscribía a una discusión respecto del **retraso en la producción** de las facturas, actividad completamente ajena a ADPOSTAL, a la luz del contrato; y en lo absoluto se pronunciaba sobre el **retraso en la entrega** de las mismas, labor ésta a la que si estaba obligada contractualmente.

Corresponde al asegurado (Entidad administrativa) demostrar los hechos sobre los cuales funda su derecho a la prestación indemnizatoria que exige de la aseguradora, es una obligación a su cargo, al igual que corresponde por derecho del asegurador acreditar las causales eximentes de su responsabilidad.

Al asegurado (Entidad estatal) corresponde la carga de la prueba tanto del acaecimiento del siniestro como su cuantía conforme disposición del art. 1077 del C. de Co., en consonancia con el art. 1089 ibidem, que establece el carácter indemnizatorio, lo que significa que la garantía de cumplimiento está destinada a sufragar el detrimento patrimonial sufrido por la entidad como consecuencia del incumplimiento de su contratista amparado en la póliza, cuyo conocimiento previo de su acaecimiento, constituye presupuestos para el despliegue de la actividad de recaudo probatoria con miras al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 1077 del C.Co.

Lo anterior, significa que, *“si el siniestro, por vía de principio, puede aseverarse que es la realización del riesgo asegurado, esto implica que al asegurado incumbe demostrar, a través de medios aptos, idóneos y que resulten convincentes, que la circunstancia de hecho, tal como se presentó, corresponde a uno de los riesgos que son materia de protección bajo la cobertura asegurativa y para lo cual, juega un papel importante el estado de la ciencia y de la técnica, pues determinará si se puede establecer con cierto grado de certeza o de probabilidad la forma como sucedió el hecho pretérito que se pretende incluido dentro de la cobertura en cuestión”*¹⁴.

En cuanto al conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, la doctrina y jurisprudencia se han pronunciado así:

¹⁴ Jorge Eduardo Narváez Bonnet. El seguro de cumplimiento. Pontificia Universidad Javeriana. 1 ed. Pág. 205, 206

“En tal virtud, la operancia de aquélla implica el "conocimiento" real o presunto por parte del titular de la respectiva acción, en concreto, de la ocurrencia del hecho que la genera, cuestión que dependerá, por tanto, no del acaecimiento del mismo, desde una perspectiva ontológica y, por ende, material, sino del instante en que el interesado se informó de dicho acontecer o debió saber de su realización, vale decir desde que se volvió cognoscible, o por lo menos pudo volverse (enteramiento efectivo o presuntivo, respectivamente)”¹⁵.

*“Es así, se reitera, cómo en punto tocante al inicio del referido decurso, se tiene establecido que la ordinaria correrá desde que se haya producido el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción (el siniestro, el impago de la prima, el incumplimiento de la garantía, la floración -eficaz- de la reticencia o de la inexactitud en la declaración del estado de riesgo, etc.), al paso que la extraordinaria, justamente por ser objetiva, correrá sin consideración alguna del precitado conocimiento. De allí que expirado el lustro, in defectiblemente, irrumpirán los efectos extintivos o letales inherentes a la prescripción en comento (...). 2. Para determinar cabalmente el cómputo de estos términos, es preciso tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen “del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen”, pues obviamente el artículo 1081 del C. de Co. no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la indemnizatoria -o la encaminada a exigir la prestación asegurada- en manos del beneficiario del seguro, cuestión que obliga, en el marco de una cabal hermenéutica de ese precepto, **establecer en cada caso concreto la naturaleza** de la prestación reclamada, pues ésta ha de determinar a su turno cuál “ES EL HECHO QUE DA BASE A LA ACCION” (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento “NACE EL RESPECTIVO DERECHO” (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); **desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento**, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima etc.. Lo anterior, es claro, sin perjuicio del régimen prescriptivo establecido en el artículo 1131 del C. de Co. para el seguro de responsabilidad civil, en el que la prescripción corre frente al asegurado a partir del momento de la petición indemnizatoria, (judicial o extrajudicial), que efectúe la víctima, y, respecto de ésta, desde “el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado”, según lo esclareció el legislador del año 1.990 (art. 86, Ley 45). (Resaltado fuera de texto)*

Así, el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria), será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quién su titular, y otro tanto es

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado Ponente CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil siete (2007).

pertinente predicar del “momento en que nace el respectivo derecho”, cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en ésta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que está dado por el interés que mueve a su respectivo titular”¹⁶.

Conforme lo anterior considero que en el seguro de cumplimiento habrá de tenerse en cuenta que el hecho que da base a la acción, estará dado por las circunstancias que evidencien claramente la situación de incumplimiento y su imputabilidad al contratista, así como el material probatorio que sustente y/o sirva de soporte a la convicción del incumplimiento al contenido obligacional de la relación contractual y su deprecada imputabilidad al contratista, de tal modo que, deberá estudiarse cada caso en concreto en su integridad, para determinar con claridad el momento en que se da el conocimiento certero de la situación de incumplimiento y su atribución al contratista.

Para el efecto, en el particular caso de los contratos de derecho administrativo, la entidad estatal dispone del supervisor y/o de la interventoría, por disposición legal¹⁷, quienes tienen el deber de hacer seguimiento a la ejecución contractual en todos los aspectos indicados en la norma, buscando vigilar que se cumplan las obligaciones a cargo del contratista en la forma y tiempo pactados, de tal manera, que de observar alguna circunstancia que salga de la órbita del contrato o que no la satisfaga, le corresponde al Supervisor y/o interventor, poner en conocimiento de la

¹⁶ Sentencia CSJ del 3 de mayo de 2000. Expediente 5360. M.P.: Nicolás Bechara Simancas

¹⁷ Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

entidad a través del ordenador del gasto tal o tales situaciones, quien a su vez debe tomar las medidas necesarias de cara a la administración para cumplir con el propósito contractual y satisfacer la necesidad pública y de ser el caso adelantar las gestiones necesarias para exigir al contratista el cumplimiento cabal del contrato (Multas o apremios) o en caso extremo hacer uso de las facultades exorbitantes¹⁸ con miras al cumplimiento de los fines de la contratación Estatal¹⁹.

De acuerdo con lo expuesto, corresponderá, como se ha manifestado, a la entidad estatal estudiar el contrato respectivo y evaluar las situaciones que puedan constituir incumplimiento, y será en primera medida a través del supervisor y/o interventor, como la entidad puede tener conocimiento, para determinar si existe o no un incumplimiento contractual, habida consideración que a ellos corresponde el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Por tanto, será a través de los informes, que sobre el desarrollo de la ejecución contractual, éstos emitan, donde la entidad estatal en cabeza del ordenador del gasto, se podrá mantener informado de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de incumplimiento (atrasos, mala calidad, mal servicio, incumplimiento del pago de

¹⁸ Ley 80 de 1993. "Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

¹⁹ Ley 80 de 1993. Artículo 3o.: "De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

salarios y prestaciones, etc), como criterios objetivos para identificar el momento en que aflora el conocimiento del hecho que da base a la acción. Así pues, dependerá del estudio de cada contrato, establecer tal momento y su conocimiento.²⁰.

En cuanto a la prueba del siniestro, es preciso mencionar que en nuestra legislación existe libertad de medios probatorios, siempre que éstos resulten útiles para llevar a la convicción y certeza al asegurador o al juez de la causa.

En relación con la comprobación del perjuicio sufrido en materia de seguro de cumplimiento ha dicho la jurisprudencia:

“(...) El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.

Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del Código de Comercio, la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado.

A propósito del perjuicio en este tipo de seguro y la prueba del mismo, la corporación en sentencia de 21 de septiembre de 2000, explicó lo siguiente:

“En lo que toca con la carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado,

²⁰ Ley 1474 de 2011. Establece en su Art. 84 que: “El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor. Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.”

porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la propia estipulada en la póliza, de carácter condicional, por supuesto distinta de la que contrajo el deudor del contrato objeto de aseguramiento; y de otro lado, porque, contrario a lo que sostiene la censura, el seguro de cumplimiento de que aquí se trata no es un seguro de valor admitido que permita deducir que el valor de la indemnización a cargo del asegurador es igual al valor asegurado que aparece en la póliza”.²¹

Para el caso del contrato de seguro de cumplimiento de los contratos estatales, constituye prueba el contrato, los informes de ejecución contractual y todos los requerimientos que se haya efectuado al contratista en virtud de éste, entre otros, de los que se desprenda fehacientemente la situación de incumplimiento e igualmente la imputabilidad en su causa a cargo del contratista.

Ahora bien, de otra parte, corresponde a la entidad, en virtud de los principios de responsabilidad, debido proceso, entre otros, agotar el procedimiento administrativo para determinar si hubo o no incumplimiento por parte de un contratista en sus obligaciones y si el mismo le es atribuible; de tal manera que no se puede hablar en materia de seguro de cumplimiento de un único acto o momento que dé cuenta de la situación de incumplimiento o que de certeza de éste, pues será de una cadena de evidencias y pruebas que agotando el debido proceso se llegue al convencimiento de que se está en el marco de un verdadero incumplimiento. Esto por mismo mandato de la ley.²²

Sobre los demás argumentos de la aseguradora, basta decir que, teniendo en cuenta que no fueron probados, no concentraron la atención del tribunal por lo que simplemente no fueron llamados a prosperar sin que requiriera mayor pronunciamiento para los efectos del análisis académico que concentra la atención de este estudio.

21 Sentencia de casación, mayo 7 de 2002. Expediente 6181. Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

22 Ley 1474 de 2011 en su Artículo 86. Dispone: “Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)”

3 ANÁLISIS SENTENCIA No. 3

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -
SECCION TERCERA – SUBSECCIÓN B.

CONSEJERO PONENTE: RAMIRO PAZOS GUERRERO

FECHA: 11 DE DICIEMBRE DE 2015

RADICADO: 2002-1931

ACTOR: SEGUROS DEL ESTADO S.A

DEMANDADO: CAPRECOM

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

3.1 RESEÑA:

1. RELACIÓN DE LOS HECHOS:

1. El 28 de enero de 2000, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom y Mexsalud Ltda. suscribieron el contrato No. 0003 de 2000, con el objeto de afiliar a los potenciales usuarios del régimen subsidiado en la ciudad de Bogotá y la carnetización de los debidamente reconocidos por la Secretaría Distrital de Salud.
2. El 29 de enero de 2000 Seguros del Estado S.A. expidió la Póliza No. 9729796 con el objeto de garantizar la ejecución del contrato No. 0003 de 2000, *“cuyo objeto es adelantar el proceso de afiliación y carnetización para la ampliación de cobertura, en el régimen subsidiado de Caprecom EPS Regional Bogotá”*
3. El 3 de abril de 2000 el Jefe del de Afiliación y Registro-Régimen Subsidiado Nacional, en su condición de supervisor del contrato No. 0003 de 2000, indicó que según informa la Secretaría de Salud sólo se alcanzó a afiliar a 598

personas, por lo que se habría ejecutado este contrato en una suma de \$2.511.600 y recomendó por ello su liquidación.

4. Mediante Resolución No. 01380 de 27 de junio de 2000, Caprecom declaró el incumplimiento del contrato, la ocurrencia de los siniestros cubiertos en su amparo de “estabilidad” (sic) póliza No. 9729796 de la compañía Seguros del Estado S.A., como también hizo efectiva la cláusula penal consagrada en el contrato mencionado.
5. Caprecom, mediante Resolución No. 02320 de noviembre 17 de 2000, rechazó por extemporáneo el recurso de reposición que interpuso la compañía Seguros del Estado S.A. contra la citada resolución.
6. El 15 de diciembre de 2000, mediante Resolución n.º 2497 el Director General de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones adoptó en forma unilateral la liquidación del contrato No. 003 de 2000 celebrado con la firma Mexsalud Ltda.
7. El 10 de septiembre de 2002, Seguros del Estado presentó demanda contra CAPRECOM buscando la nulidad de los actos administrativos en mención.

3.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:

¿En materia de seguro de cumplimiento estatal, resulta necesario para el asegurador, en sede judicial, acreditar los presupuestos que evidencien la ilegalidad de un acto administrativo que declara el siniestro y hace exigible la indemnización del contrato de seguro, sobre la base de la falsa motivación por la no imputabilidad de la responsabilidad del contratista garantizado?

3.3 RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA:

El a quo, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó todas las pretensiones de la demanda, al considerar que la entidad no incurrió en violación del artículo 35 del CCA puesto que motivó el acto en una nota interna y en lo pactado en la citada acta de reunión (acuerdo de voluntades), de ahí que “*Caprecom no actuó caprichosamente, sino que tomó en consideración las circunstancias de hecho concurrentes*”.

El fallador de segunda instancia confirma la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN:

El recurrente, aduce que el Tribunal yerra cuando estima que la obligación contenida en el contrato No. 003 de 2000 es de resultado, cuando en realidad era una obligación de medio.

Señala que el acto acusado está viciado por falsa motivación, al estimar que las obligaciones contenidas en el contrato No. 003 de 2000 eran de medio y no de resultado, toda vez que el objeto del mismo era adelantar el proceso de afiliación y carnetización para ampliación de cobertura en el régimen subsidiado en la regional Bogotá-Cundinamarca.

De modo que era “*adelantar*”, esto es, mover hacia delante y no conseguir la afiliación de 42.000 personas como lo consideró Caprecom en la resolución impugnada.

Precisó que la manifestación del contratista de lograr el 30% como mínimo de la totalidad de los usuarios del Sisben, puede entenderse bajo el concepto de “*dolus bonus*”, que obedece a la conducta que normalmente desarrolla el comerciante para lograr la celebración de un contrato mediante la exageración normal de las cualidades del producto que ofrece.

3.5 CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO:

La Sala estima que a partir de las piezas probatorias que obran en el plenario es claro que las obligaciones que se derivan del contrato No. 003 de 2000 eran de resultado y no de medios como plantea el demandante. Ello se desprende de los antecedentes del contrato, de su clausulado y de los acuerdos logrados en desarrollo de su ejecución.

Señala que de acuerdo con los términos de referencia de la licitación, se indicó que el objeto era un resultado concreto: *“contratar el proceso de afiliación y carnetización para la ampliación de la cobertura, en el Régimen Subsidiado en la ciudad de Santafé de Bogotá”*.

Al ser evaluadas las propuestas, también se tenía en claro que la obtención del resultado de afiliación y carnetización quedaba incluida en el objeto de las obligaciones pactadas.

Con esta perspectiva, al suscribir el contrato *sub examine* se pactó que el objeto era afiliar a los potenciales usuarios del régimen subsidiado en la ciudad de Bogotá y la carnetización de los debidamente reconocidos por la Secretaría Distrital de Salud.

Igualmente, argumenta el ad quem que, de conformidad con la interpretación sistemática o coherente, el alcance del contenido obligacional debe ser interpretado en consonancia con los pliegos, la propuesta, lo pactado y los acuerdos a que se lleguen en la ejecución deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto, razón por la cual la interpretación de lo pactado debe hacerse coherentemente con todas estas piezas que componen el proceso de contratación precontractual, contractual y de ejecución.

Advierte el alto tribunal que además que independientemente de la naturaleza de las obligaciones acordadas, lo cierto es que se evidencia del material probatorio obrante en el plenario que el contratista incumplió en forma evidente y grave el contrato.

En efecto, el 3 de abril de 2000 el Jefe de Afiliación y Registro-Régimen Subsidiado Nacional, en su condición de supervisor del contrato No. 0003 de 2000, indicó que según informa la Secretaría de Salud sólo se alcanzó a afiliar a 598 personas, por lo que se habría ejecutado este contrato en una suma de \$2.511.600 y recomendó por ello su liquidación.

Señala que contrario a lo que afirma el demandante lo consignado en el acto acusado lejos de no corresponder con la realidad, se encuentra plenamente respaldado en el plenario. En efecto, la Resolución n.º 1380 al declarar el incumplimiento del contrato n.º 003 de 28 de enero de 2000, suscrito entre Caprecom y la firma Mexsalud Ltda., lo hizo apoyada en los hechos soportados que revelan la conducta desapegada de lo acordado por parte del contratista.

El intento de justificar el flagrante incumplimiento tratando de mostrar que se trataba de una obligación de medios y no de resultado, no hace cosa diferente que confirmar un incumplimiento evidente e implica una indiscutible desatención de lo acordado.

La actora no solicitó ni aportó prueba que acreditara que no hubo incumplimiento por parte del contratista asegurado, con el fin de demostrar la falsa motivación alegada en la demanda, ni siquiera trató de probar que hubo una mayor ejecución a la muy precaria que se invocó en el acto impugnado, pues sólo se limitó a alegar una diferente naturaleza jurídica del contenido obligacional, sin siquiera acreditar un mínimo de diligencia para el logro de los resultados, si se admitiese –en gracia de discusión- que el mismo no estaba garantizado.

Frente al argumento de que acto administrativo adolecía de la suficiente motivación “*ya que no especificó los motivos por los cuales el contratista incumplió las obligaciones*”, la Sala compartió la evaluación probatoria que efectuó el Tribunal *a quo*, cuando dedujo que la entidad no incurrió en violación del artículo 35 del C.C.A., puesto que motivó debidamente el acto acusado y por ello no actuó caprichosamente.

La Sala destaca que la aseguradora actora desatendió la carga probatoria que le correspondía, y en consecuencia la actora incumplió con la carga probatoria que le corresponde, pues no logró desvirtuar los hechos que le sirvieron de fundamento a Caprecom para declarar el incumplimiento del contrato n.º 003 de 2000, es decir, enervar o destruir la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, razón por la cual la pretensión anulatoria no resulta procedente, tal y como lo decidió el Tribunal *a quo* y ahora confirma la Sala.

3.6 EVALUACIÓN CRÍTICA:

Considero acertada la decisión del alto Tribunal, teniendo en cuenta que la actora no realizó un ejercicio probatorio adecuado, que permitiera al fallador llegar a la convicción de la ilegalidad del acto administrativo demandado, de manera que se rompiera la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos. Lo anterior implica que para desvirtuar la legalidad de un acto administrativo y particularmente para oponerse al cobro de una indemnización derivada de un contrato de seguro de cumplimiento estatal, resulta necesario para el asegurador acreditar ante el juez los presupuestos que evidencien la ilegalidad del acto administrativo que declara el siniestro y hace exigible la indemnización del contrato de seguro, sobre la base de la falsa motivación por la no imputabilidad de la responsabilidad del contratista garantizado o por cualquier motivo que contractualmente implique la no afectación del contrato de seguro a la luz de su clausulado. Adicionalmente resulta de vital importancia para la compañía de seguro, contar con la información y/o intervención del contratista en la comprobación de

situaciones contractuales que desvirtúen la legalidad del acto administrativo que declara el incumplimiento o caducidad del contrato garantizado, en la medida que el contratista es quien tuvo participación directa en la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato e igualmente porque conoce el detalle de las circunstancias que rodearon su ejecución, lo cual constituye información preciosa para efectos de acreditar una eventual ausencia de responsabilidad del contratista con relación a los factores que incidieron en el incumplimiento. Esta situación genera de contera para el asegurador la facilitación en la comprobación de tales circunstancias y por ende la facilidad de acreditar la no imputabilidad del incumplimiento al contratista, de manera que, bajo tal virtud, resultaría insostenible la afectación del contrato de seguro de cumplimiento, por precisamente no darse la condición para el surgimiento de su obligación indemnizatoria.

En la práctica resulta de vital importancia que el asegurador cuente con el apoyo o acompañamiento del contratista en el trabajo de identificación y comprobación de las circunstancias que rodearon el incumplimiento del contrato, teniendo en cuenta que solo de esta manera será de mayor facilidad la identificación de elementos que lleven a la convicción valorativa y objetiva de si el incumplimiento acaeció por responsabilidad atribuible al contratista o no, con ocasión de lo cual, la compañía de seguros podrá realizar una valoración adecuada de la cobertura y podrá establecer si le resulta de fácil comprobación la falsa motivación del acto administrativo con el cual la entidad estatal sustenta la afectación de la póliza de seguros.

El Consejo de Estado ha sido reiterativo a través de su jurisprudencia acerca del tratamiento e implicaciones de la falsa motivación de los actos administrativos al expresar:

“En efecto, la falsa motivación, como lo ha reiterado la Sala, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien

que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión. Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuál es el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos.”²³

En sentencia posterior igualmente el Consejo de Estado expresó:

“El motivo del acto administrativo tiene que ver con los hechos que la administración tiene en cuenta para dictarlo. La exposición de esos motivos se conoce como motivación... la exigencia de que el acto administrativo sea motivado es un problema de forma del acto. Cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, por lo menos, en forma sumaria en el texto del acto administrativo, se está condicionando el modo de expedirse, esto es, la forma del acto administrativo... La falta de motivación, entonces, es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente. Por lo tanto, para que la pretensión de nulidad de un acto administrativo por falsa motivación prospere, se debe demostrar (I) que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no se probaron en la actuación administrativa o (II) que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si se hubiesen considerado habrían modificado sustancialmente la decisión. En conclusión, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo, la falsa motivación parte del supuesto de que el acto administrativo sí se motivó, pero de manera falsa, engañosa o, simplemente, con fundamento en hechos no probados. Por obvias razones, las dos causales de nulidad no pueden concurrir en un mismo acto administrativo”²⁴.

En otro fallo, recalcó la misma corporación:

“La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que (...) se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la

23 Sentencia 16660 (25000-23-27-000-2004-92271-02). Consejo de Estado - Sección Cuarta, de 15 de Marzo de 2012. CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. 29 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC)

producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública”

(...)

“Según lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar, trayendo como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, esto es, cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, este caso se puede presentar por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas.”²⁵.

Igualmente señaló el alto Tribunal:

“Según lo precedente, la Sección Primera afirmó que la falsa motivación del acto ocurre cuando:

- Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública*
- Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas*
- Porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y*
- Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión”²⁶.*

Finalmente, en fallo muy reciente indica:

²⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección C- Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C quince (15) octubre de dos mil quince (2015). Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

²⁶ C.P. María Claudia Rojas Lasso. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 5000232400020080026501, abr. 14/16.

“(...) Para la prosperidad de la pretensión sobre un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario demostrar una de dos circunstancias:

1. Que los hechos tenidos en cuenta por la administración no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación o

2. Que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados, que de haber sido considerados habrían conducido a una postura diferente.

Por ello, cuando los hechos valorados por la Administración para tomar la decisión no existieron o fueron apreciados de manera equivocada se incurre en falsa motivación, ya que la realidad no coincide con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

Lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación debe, como mínimo, señalar cuáles son los hechos que el funcionario tuvo en cuenta para decidir y que en realidad no existieron, o en qué consiste la errada interpretación de esos (...)”²⁷.

Como se puede observar la reiterada y amplia jurisprudencia en materia de la falsa motivación de los actos administrativos, ha sido unánime y pacífica en determinar que la carga de la prueba corresponde a quien pretende desvirtuar la legalidad del acto administrativo, ya sea por error de hecho o de derecho, lo cual de cara a los intereses de la Compañía de Seguros, implica acreditar que las circunstancias que tuvo como fundamento una entidad estatal para llevar a cabo la afectación del contrato de seguro, no corresponden a la realizada fáctica, o que siendo veraces no cumplen con las condiciones para la efectividad de la cobertura de la póliza o que tales factores fueron apreciados de manera equivocada, por ejemplo en materia de imputabilidad de la responsabilidad al contratista.

Conforme se evidenció en el fallo en estudio y los mencionados, la litis propuesta por la aseguradora se contrajo al tema netamente causal frente a si se trataba o no

²⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 15001233100020040111101 (20132), Jun. 15/16. En igual sentido fallo C.P Rocio Araújo Oñate. Exp: 25000-23-41-000-2015-00102-01 del 1 de junio de 2017.

obligaciones de medio o resultado, sin contar con el suficiente soporte probatorio para acreditar sus pretensiones y olvidando que quien pretenda solicitar la declaratoria de nulidad de un acto administrativo tiene la carga de expresar y demostrar los cargos que fundamentan la ilegalidad, teniendo en cuenta que al tener el carácter de justicia rogada, si no lo hace la parte interesada, el juez no lo hará de oficio. Sobre este particular oportuno resulta traer a colación el aforismo latino “*da mihi factum ego tibi jus,*” dame las pruebas que yo te daré el derecho, el cual impera actualmente en el ejercicio de acciones de naturaleza como la estudiada.

Tal y como se indicó en el análisis de la primera sentencia, el acto administrativo goza de presunción de legalidad, de tal manera que quien pretenda su revocatoria debe solicitar y probar que no está conforme a derecho.

4 BIBLIOGRAFÍA

1. CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 5670.
2. CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. MP. Fernando Giraldo Gutiérrez.
3. Consejo De Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. MP. Myriam Guerrero de Escobar. Este pronunciamiento jurisprudencial fue reiterado en fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de agosto de 2009, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
4. Consejo De Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. M.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857).
5. Sentencia del 12 de julio de 2000. Mag. Ponente: María Elena Giraldo Gómez.
6. Sentencia del 24 de mayo de 2001. Mag. ponente: Ricardo Hoyos Duque.
7. Sentencia del 11 de diciembre de 2002. Mag. Ponente: María Elena Giraldo Gómez.
8. Sentencia de casación, mayo 7 de 2002. Expediente 6181. Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ
9. Sentencia 16660 (25000-23-27-000-2004-92271-02). Consejo de Estado - Sección Cuarta, de 15 de marzo de 2012. CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
10. Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. 29 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC).
11. Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Subsección C- Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

GAMBOA. Bogotá D.C quince (15) octubre de dos mil quince (2015).
Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343).

12. C.P. María Claudia Rojas Lasso. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 5000232400020080026501, abr. 14/16.

13. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 15001233100020040111101 (20132), Junio 15/16. En igual sentido fallo C.P Rocío Araujo Oñate. Exp: 25000-23-41-000-2015-00102-01 del 1 de junio de 2017.

14. Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2011, Decreto 1082 de 2015.

15. Ley 1474 de 2011. Art. 84

16. Jorge Eduardo Narváez Bonnet. El seguro de Cumplimiento. Contrato y Obligaciones. Pág. 459.

17. Carlos Ignacio Jaramillo. Universidad Javeriana. 2013

18. Carlos Darío Barrera Tapias. Los Seguros y el Derecho Civil. Universidad Javeriana. 1991

19. Artículo “La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia”, por Laura Robledo Vallejo. Abril 24 de 2015.

20. Artículo. *La eficacia del seguro de cumplimiento de contratos estatales*. Memorias del XXVI Encuentro Nacional de ACOLDESE. 2011. Página 350. Ordóñez, Andrés.

21. Páginas web: FASECOLDA, Superintendencia Financiera de Colombia