

# JURISPRUDENCIA DE DERECHO DE SEGUROS

*Andrés E. Ordóñez Ordóñez*

LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS  
ESTATALES

LA INDEXACIÓN DEL VALOR ASEGURADO EN LAS PÓLIZAS  
DE SEGURO

TEMAS

1. La efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales. La facultad de las entidades públicas para declarar unilateralmente, mediante actos administrativos, la ocurrencia de siniestros que afectan los diferentes amparos contenidos en la póliza.

2. La indexación de los valores asegurados en las pólizas de seguro, entre el momento de la ocurrencia del siniestro y el momento del pago al asegurado.

I. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA. LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES. LA FACULTAD DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS PARA DECLARAR UNILATERALMENTE, MEDIANTE ACTOS ADMINISTRATIVOS, LA OCURRENCIA DE SINIESTROS QUE AFECTAN LOS DIFERENTES AMPAROS CONTENIDOS EN LA PÓLIZA

MEDIANTE DOS DECISIONES DE MEDIADOS del año 2001 la Sección Tercera del Consejo de Estado, con motivaciones diferentes, declaró que las entidades públicas están en capacidad de declarar unilateralmente, mediante actos administrativos, la ocurrencia de siniestros que afectan las garantías únicas de cumplimiento de contratos estatales, sin establecer distinciones entre los diferentes amparos propios de dichas garantías, respecto de los cuales ello es posible.

Quizás nunca antes de manera tan directa el Consejo de Estado, sin que existan normas que lo permitan expresamente, dentro de los límites que señalan el alcance de la jurisprudencia como fuente material de Derecho en Colombia, reconoce facultades al Estado para actuar en desarrollo de su actividad contractual con un poder semejante frente a las compañías de seguros, poder que definitivamente no tiene frente a los contratistas mismos.

*Revista de Derecho Privado, n.º 7, enero/junio 2001*

A. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. SENTENCIA DEL 24 DE MAYO DE 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, EXP. 13598

PROFERIDA DENTRO DE UN PROCESO ORDINARIO de nulidad de las decisiones mediante las cuales una entidad pública declaró la realización del siniestro que afectaba el amparo de estabilidad de obra dentro de la garantía única, y exigía al asegurador el pago del valor asegurado para dicho amparo. El contrato se había formalizado bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983.

La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, había rechazado las pretensiones de la demanda, fundado en el hecho de que a su juicio el artículo 68 numeral 5 del CCA confería a las entidades públicas la facultad de declarar la ocurrencia de los siniestros para efectos de las garantías de cumplimiento de contratos estatales.

Las consideraciones del Consejo de Estado en este caso se transcriben a continuación:

“Consideraciones de la sala:

Como quiera que la controversia consiste en una discusión de carácter estrictamente jurídico, en tanto se solicita la nulidad de los actos que se demandan por falta de competencia de la administración para cobrar directamente la garantía de estabilidad de las obras exigida con ocasión de la ejecución de un contrato estatal, la Sala abordará el examen del recurso de apelación en los siguientes aspectos, encaminado a la confirmatoria de la sentencia: 1. La regulación de las garantías del contrato estatal. 2. La potestad de autotutela declarativa en el contrato estatal. 3. Las prerrogativas de la administración frente a las garantías contractuales. 4. El caso concreto.

#### *1. La regulación de las garantías del contrato estatal*

En el caso que ocupa la atención de la Sala se tiene que el ente demandado celebró con la sociedad demandante el contrato de obra pública n.º 017 el 24 de julio de 1992, fecha para la cual regía el estatuto contractual adoptado por el Decreto Ley 222 de 1983 y el Código Fiscal Distrital. En la cláusula décima sexta del contrato se establecieron las garantías que el contratista debía otorgar para amparar los diferentes riesgos que podían ocurrir con su incumplimiento, con ocasión de la celebración y ejecución del contrato, entre ellos el de estabilidad de la obra, que el demandante garantizó con la póliza n.º 9348596 de la compañía Seguros del Estado S. A., por un valor de \$20.051.535,28, equivalente al 30% del valor final del contrato y con una vigencia de 4 años, contados a partir de la suscripción del acta de recibo final de la obra.

Es cierto que el contrato indicaba cada uno de los riesgos que debían ampararse, la cuantía y vigencia de la póliza y los eventos en que debía reponerse y modificarse, y expresamente no señaló qué procedimiento seguiría la entidad contratante en el evento que el riesgo ocurriera; sin embargo, no había necesidad de definir ningún procedimiento, como más adelante se concluirá.

El formato de condiciones generales de la póliza n.º 9348596 de la compañía Seguros del Estado (fl. 66), tal como lo siguen insertando las pólizas que expiden las compañías de seguros para garantizar las obligaciones del contratista particular frente a la administración, sí señaló en la estipulación *cuarta* lo siguiente:

‘Se entiende causado el siniestro:

Cuando quede debidamente ejecutoriado la resolución administrativa que declare la realización del riesgo que ampara la presente póliza, por causas imputables al contratista, cuando tal resolución haya sido notificada oportuna y debidamente a SEGURESTADO’.

El Decreto Ley 222 de 1983, en lo referente a las garantías que debían acompañar al contrato administrativo para garantizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, estableció en los artículos 25 literal d, 48, 58, 60, 67 a 70 su estipulación forzosa y su constitución como requisito para el perfeccionamiento, los tipos de riesgos que se hacía obligatorio cubrir (el cumplimiento del contrato, el manejo y buena inversión del anticipo, la estabilidad de la obra o calidad del servicio, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal, el correcto funcionamiento de los equipos a suministrar o instalar), y dejó en manos de la Contraloría General de la República la reglamentación de las mismas (art. 69), la cual fue adoptada por medio de la resolución 10500 del 5 de marzo de 1984.

Dicha reglamentación señalaba que se entendía causado el siniestro ‘con la ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se declare la ocurrencia del riesgo que cubre el seguro’ (art. 2.º, estipulación sexta, ord. 3.º); previsión igual a la ya citada cláusula de las condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades oficiales que expidió la aseguradora.

Las garantías en los contratos estatales, a lo largo de los diferentes estatutos que han regido la materia, han tenido la connotación de ser obligatorias, toda vez que las debe otorgar todo particular que contrate con la administración pública para asegurar su ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público. Así que, cualquiera que sea la legislación que se consulte, vale decir, el Decreto Ley 150 de 1976, el Decreto Ley 1670 de 1975, como la Ley 225 de 1938, toda exigía que se aseguraran las obligaciones derivadas de los contratos celebrados con la administración pública<sup>1</sup>. De lo anterior se concluye que es la ley la que impone la exigencia al contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal y de ahí que sea obligatorio insertar la cláusula de garantías en los mismos<sup>2</sup>, lo cual no tiene ninguna discusión.

Tampoco es discutible que la reglamentación del organismo fiscalizador, el cual para entonces era el competente para fijar las reglas en la materia de los seguros para las entidades estatales, señalaba que la entidad pública debía declarar el siniestro a través de la expedición de un acto administrativo. Igual previsión contenía la póliza, ya que las condiciones generales establecían igual exigencia; vieja práctica que hoy conservan las condiciones generales de la garantía única que expiden las aseguradoras en cumplimiento de la Ley 80 de 1993.

<sup>1</sup> Por su parte la Ley 80 de 1993 contempla la denominada garantía única, entendida como aquella que debe prestar el contratista para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato (art. 25 num. 19), cuyos riesgos están reglamentados en el De-

creto 679 de 1994.

<sup>2</sup> El artículo 68 del Decreto Ley 222 de 1983 hacía de las garantías una cláusula presunta en tanto la falta de estipulación no liberaba al contratista de la obligación de constituir las.

## 2. La potestad de autotutela declarativa de la administración en el contrato estatal

Cabe preguntar si la facultad de la entidad contratante de declarar el siniestro a través de un acto administrativo proviene sólo de la reglamentación del órgano fiscalizador y de las condiciones generales de la póliza. Para la Sala la respuesta es negativa, vale decir, no son esas dos circunstancias el fundamento para que la administración pueda declarar directamente el siniestro y cobrar la suma asegurada, tal como pasa a explicarlo.

Es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias de la administración, toda vez que las garantías no son una pena convencional porque su función no es la estimación anticipada de perjuicios que pudiera sufrir la administración con la inexecución del contrato o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del contratista, como tampoco es un medio coercitivo para apremiarlo. Su función es, como ya se dijo, salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la administración frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista.

Es del privilegio de la decisión previa ejecutividad (autotutela administrativa) que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas de donde deriva la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato mediante la expedición de un acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro.

De manera que la administración pública al celebrar contratos con los particulares (siempre para la satisfacción del interés público) actúa revestida de las prerrogativas que ordinariamente ostenta en el ejercicio de sus funciones, de las cuales no se despoja en la gestión contractual; privilegio que no tiene su fundamento en la *lex contractus*, ni en la naturaleza intrínseca del contrato administrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al *imperium* del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas. Si el fin de todo contrato estatal es el interés público (art. 3.º Ley 80 de 1993), tiene justificación esta supremacía frente al interés privado que persiguen los particulares que negocian con el Estado; de ahí que esté dotada de diversos instrumentos que le permitan asegurar la realización de sus fines institucionales, tal como la decisión unilateral y ejecutoria en la cual ejerce directamente las potestades y derechos derivados de la ley y del contrato.

La llamada potestad de autotutela declarativa se materializa en actos administrativos que como tales gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para el contratista, quien si está inconforme con ellos tiene la carga de impugnarlos, ya sea ante la misma administración, ya sea ante el juez del contrato. Este principio se encuentra consagrado con carácter general en el artículo 64 del CCA y constituye la prerrogativa de poder público que por excelencia tiene la administración en todas las relaciones jurídicas en las que es parte, tanto en las de naturaleza extracontractual como en las contractuales, en las cuales se aplica en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que expresamente incorpora a la gestión contractual pública las normas que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Vale la pena aclarar que este privilegio tiene un contenido eminentemente formal, en tanto incide exclusivamente en el ejercicio de las potestades y derechos de la administración, ya que exime a las entidades públicas de la carga de acudir a la justicia administrativa para obtener el reconocimiento y efectividad de sus pretensiones, sin afectar las reglas de fondo propias del contrato y permaneciendo inalterables los principios y las normas que gobiernan las relaciones jurídicas contractuales.

La característica de la ejecutividad del acto administrativo desde una perspectiva dogmática, entendida como manifestación de la potestad de autotutela que por vía general el ordenamiento jurídico le reconoce a la administración pública, es explicada así por los profesores EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ:

‘La prerrogativa de poder público por excelencia con que la administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso administrativa si está disconforme con su legalidad; es aquí donde precisamente se inserta la técnica del recurso contencioso administrativo en su aplicación al contrato administrativo. En virtud de este formidable privilegio, la administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza.

Inversamente, el contratista no sólo está vinculado por esas decisiones a reserva de recurso *ex post* contra las mismas (recursos a interponer por las vías propias del derecho administrativo, con plazos extraordinariamente fugaces y perentorios), sino que cuando pretenda que se produzca cualquiera de esos efectos, incluso cuando se trate de un incumplimiento de la administración, tiene la carga de solicitar de ésta la resolución pertinente.

Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la administración, en su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es en sí mismo extracontractual. Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ello pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso administrativa. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los «servicios públicos», cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la administración tuviese que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser

paralizada por el simple expediente de un proceso. De nuevo también es el tráfico en masa el que *a fortiori* da más relieve a esas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica’.

Ahora bien, debe observarse que, aunque se trata de un formidable poder, éste se refiere íntegramente, como ya hemos notado, al plano del ejercicio de los derechos, no propiamente al fondo de los mismos. Quiere decir que la administración cuenta con un medio formal determinado de ejercitar sus derechos en el contrato que realmente excede de las facultades propias de los sujetos privados, el medio de la decisión ejecutoria, y que paralelamente el contratista particular se ve privado de otros medios que para el ejercicio de sus propios derechos le reconocería el derecho civil (el utilizar su condición de poseedor para desplazar a la otra parte la carga de accionar, el acudir directamente al juez en cualquier momento, el no tener que someter sus pretensiones a una verificación previa del otro contratante el carecer de la carga de impugnar, bajo sanción de firmeza definitiva e irrecurrible, las decisiones de este otro contratante); pero, por importante que ello pueda ser, y lo es, sin duda, deja absolutamente intactas las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato. Si la administración decidiese en contra de tales reglas de fondo (por ejemplo, si acuerda calificar de incumplimiento lo que no lo es, o pretende que se han producido situaciones de resolución [*sic*] que no están legalmente justificadas, o se apropia de la fianza sin razón obligacional que lo justifique, etc.), sus decisiones serán anuladas por los tribunales contencioso administrativos, puesto que esas decisiones sólo tienen un valor previo e inmediato (ejecutoriedad), pero no un valor definitivo (firmeza), que sólo la sentencia contencioso-administrativa podrá declarar. Se trata, por ello, de una simple introducción en el contrato de la mecánica general del proceder formal de la administración, pero sin afectar a las reglas de fondo propias de dicho contrato”<sup>3</sup>.

### 3. Las prerrogativas de la administración frente a las garantías contractuales

Quedó aclarado antes que la cláusula de garantía es obligatoria en los contratos estatales por mandato de la ley. De igual forma se fundamentó por qué la administración puede declarar el siniestro unilateralmente y cobrar en forma directa el seguro.

Cabe destacar que de acuerdo con la legislación comercial cuando se trata de informar el siniestro el asegurado o beneficiario del seguro debe dar noticia al asegurador de la ocurrencia del mismo y demostrar tal ocurrencia así como la cuantía de los daños (arts. 1075 y 1077 C. Co.), sin que tales normas definan cómo debe darse el aviso o la noticia, lo cual lleva a que pueda hacerse por escrito o verbalmente, utilizando cualquier medio idóneo de información o de prueba. Formulada la reclamación por el asegurado, la aseguradora deberá pagar el valor del siniestro dentro del mes siguiente a la presentación de la misma, u objetar razonablemente tal reclamación, caso en el cual la póliza no prestará mérito ejecutivo y será el

<sup>3</sup> *Curso de derecho administrativo*, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 635 y 636.

juez del contrato el que defina si las objeciones formuladas por la aseguradora son o no fundadas (arts. 1080 y 1053 C. Co.).

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.

Se adelanta así el debate en torno a un acto dictado con base en una potestad que dimana de la ley, acto que una vez ejecutoriado prestará con la póliza correspondiente mérito ejecutivo contra la aseguradora, la que debe pagar el seguro en los términos convenidos<sup>4</sup>.

En tales condiciones no tiene ningún sentido seguir sosteniendo, tal como lo hace el demandante, que es el juez del contrato quien debe verificar la ocurrencia del siniestro y a quien le corresponde determinar el incumplimiento de las obligaciones aseguradas a través de una garantía o póliza de seguro.

Viene al caso reseñar la posición asumida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 2 de febrero de 2001, expediente 5670, ante la estipulación de estirpe negocial en un contrato de seguro según la cual el pago de la indemnización se realizaría ‘después de la ejecutoria del fallo judicial, administrativo, laudo arbitral, a elección del *beneficiario* que declare el incumplimiento y al recibir la *compañía* la comunicación escrita del *beneficiario* en que exija el pago, acompañada de una copia auténtica del respectivo fallo’. En esta oportunidad dicha Sala consideró que ‘... de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, aun antes de las modificaciones que a éste último le introdujo el artículo 83 de la Ley 45 de 1990, el asegurado o beneficiario podía –y puede–, según el caso, acreditar la ocurrencia del siniestro y, por ende, demostrar la pervivencia de su derecho, en forma judicial o extrajudicial’.

Previsión que no resultaba acorde con los postulados que inspiran la moderna legislación atinente a la relación aseguradora, la cual no ha establecido restricciones probatorias ni es posible fijarlas *ex contractu*, como no sea para modificar el contenido del artículo 1080 del Código de Comercio en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario.

‘... bajo la consideración de que no era necesaria una sentencia que declarara el incumplimiento, toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas [...] calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas eran nulas absolutamente por mandato del numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, hoy ineficaces según el literal a del numeral 2 del

<sup>4</sup> Una distinción similar hizo la Sala en la sentencia del 10 de julio de 1997, exp. 9286. Debe tenerse en cuenta que hoy el procedimiento para el cobro forzoso de las pólizas

no es la jurisdicción coactiva a que hace referencia el artículo 68 del CCA, sino la vía ejecutiva, artículo 75 Ley 80 de 1993 (sentencia del 24 de agosto de 2000, exp. 11318).

artículo 184 del Decreto 663 de 1993 (estatuto orgánico del sistema financiero), en concordancia con el inciso 2.º del numeral 4 del artículo 98 y el numeral 3 del artículo 100 de la misma normatividad, en cuanto violan disposiciones que, como los artículos 1077 y 1080 del estatuto mercantil, son imperativas, la primera «por su naturaleza», la segunda porque expresamente así lo establece el artículo 1162 aludido, por lo menos frente al tomador, al asegurado, al beneficiario, al prohibir que se haga más gravosa la situación de dichos sujetos, la que forzosamente se consolida o materializa en punto tocante con la precitada estipulación negocial, habida cuenta que los obliga –y de suyo limita– a acudir a un proceso judicial a probar un derecho que, *ex lege*, puede ser acreditado extrajudicialmente’.

#### 4. El caso concreto

Para la sociedad demandante las resoluciones 00310 de 1993 y 0600 de 1994 (fls. 54 y 58 C. 2) por medio de las cuales el director ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital Santafé de Bogotá hizo efectiva la póliza de estabilidad de las obras y confirmó esa medida con ocasión de la ejecución del contrato 017/92, son ilegales en tanto le correspondía al juez del contrato ‘acreditar la aparición de la falla o el defecto, el valor de la reparación y la relación de causalidad’ (fl. 4 C. ppal).

Aplicados los razonamientos anteriores debe concluirse que dicho funcionario en su condición de representante legal de la entidad sí tenía competencia para declarar el siniestro a través de un acto administrativo debidamente motivado, como en efecto lo hizo, y para evaluar el monto de las fallas presentadas. Como quiera que no es objeto de las pretensiones de la demanda examinar la legalidad de dichos actos por otros motivos, que bien pudieron ponerse a consideración del juez, tal como quedó explicado la sentencia apelada habrá de confirmarse.

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

#### FALLA

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de enero de 1997.

En firme este proveído, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase,

ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Presidente Sección, con aclaración de voto.

JESÚS MARÍA CARRILLO B., Ausente.

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Ausente.

RICARDO HOYOS DUQUE, GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR”.

Al fallo anterior se formuló una aclaración de voto por parte del consejero ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, que se transcribe a continuación, y en el cual pone en duda los alcances que el fallo le da a la llamada “autotutela administrativa”, como argumento central de sus consideraciones.

“Aclaración de voto:

Comparto la decisión adoptada por la Sala, pero discrepo de algunas afirmaciones que figuran en la parte motiva del fallo bajo el siguiente texto:

‘Es en el privilegio de la decisión previa ejecutividad (autotutela administrativa) que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas de donde deriva la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato mediante la expedición de un acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro.

‘De manera que la administración pública al celebrar contratos con los particulares (siempre para la satisfacción del interés público) actúa revestida de las prerrogativas que ordinariamente ostenta en el ejercicio de sus funciones, de las cuales no se despoja en la gestión contractual; privilegio que no tiene su fundamento en la *lex contractus*, ni en la naturaleza intrínseca del contrato administrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al *imperium* del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas. Si el fin de todo contrato estatal es el interés público (art. 3.º Ley 80 de 1993) tiene justificación esta supremacía frente al interés privado que persiguen los particulares que negocian con el Estado; de ahí que esté dotada de diversos instrumentos que le permitan asegurar la realización de sus fines institucionales, tal como la decisión unilateral y ejecutoria en la cual ejerce directamente las potestades y derechos derivados de la ley y del contrato.

‘La llamada potestad de autotutela declarativa se materializa en actos administrativos que como tales gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para el contratista, quien si está inconforme con ellos tiene la carga de impugnarlos, ya sea ante la misma administración, ya sea ante el juez del contrato. Este principio se encuentra consagrado con carácter general en el artículo 64 del CCA y constituye la prerrogativa de poder público que por excelencia tiene la administración en todas las relaciones jurídicas en las que es parte, tanto en las de naturaleza extracontractual como en las contractuales, en las cuales se aplica en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que expresamente incorpora a la gestión contractual pública las normas que rigen el ejercicio de la función administrativa.

‘Vale la pena aclarar que este privilegio tiene un contenido eminentemente formal, en tanto incide exclusivamente en el ejercicio de las potestades y derechos de la administración, ya que exime a las entidades públicas de la carga de acudir a la justicia administrativa para obtener el reconocimiento y efectividad de sus pretensiones, sin afectar las reglas de fondo propias del contrato y permaneciendo inalterables los principios y las normas que gobiernan las relaciones jurídicas contractuales’.

Del texto transcrito se deduce que el Estado en su actividad contractual –pero también en la extracontractual– puede decidir unilateralmente, no solo sobre sus potestades sino también sobre sus derechos, quedándole al contratista particular la carga de impugnar las decisiones administrativas si está inconforme o entiende que lo lesionan. Se construye de esta manera una especie de competencia general para la expedición de actos administrativos, cualquiera fuese la esfera de actuación de la administración, con

fundamento en el ‘privilegio de la decisión previa’ que adquiere, por este camino, una dimensión tal que desvirtúa la institución contractual y desconoce la competencia legal.

Sobre el tema, estimo conveniente recordar lo que sostuve en el salvamento de voto del 31 de julio de 2000 (exp. 12723) en estos términos:

‘a. Debe advertirse inicialmente que se trata de un contrato celebrado el 16 de abril de 1973 y sujeto, por lo tanto, a las regulaciones anteriores al Decreto 150 de 1976, lo cual impone concluir que, para esa época, no estaba legalmente prevista la potestad estatal para liquidar unilateralmente el contrato.

b. En esas condiciones el Estado no podía, legalmente, hacer uso de una potestad de la cual carecía, y de hacerlo –como ocurrió en este caso– la decisión correspondiente queda viciada de nulidad que debió decretarse en el fallo del cual me separo.

c. La ilegalidad, por falta de competencia, de la resolución de liquidación unilateral del contrato no se puede purgar a través del «principio de decisión previa» a que se alude en las páginas 32 y siguientes de la sentencia, porque tal privilegio le permite al Estado tomar decisiones sin necesidad de contar con el consentimiento de los afectados, siempre y cuando tenga competencia legal para adoptarlas.

Este es un presupuesto del privilegio de lo previo, y no al revés, como se trata de mostrar en la sentencia, de donde se deduciría que el privilegio de lo previo constituye el fundamento de la competencia.

Tampoco se puede aceptar que la facultad de liquidar el contrato surge «como extensión de la facultad administrativa de caducarlo, por haberlo dispuesto el acto de caducidad en el artículo segundo», porque la propia administración no puede crearse de esta manera competencias que no estén expresamente previstas en la ley’.

En este caso, mi disentimiento no constituye salvamento por cuanto, a mi juicio, en el caso concreto existe la competencia legal para proferir el acto administrativo por medio del cual se dispuso la efectividad de la póliza de garantía, competencia que no existía en el asunto a que hice alusión, en el numeral 5 del artículo 68 del CCA que hace referencia a ‘... las garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación’.

Sostener, como lo hace el fallo, que la administración del Estado, amparada en el privilegio de lo previo, puede, sin más, decidir unilateralmente sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal), y sobre sus derechos, desborda el principio que de modo negativo está consagrado en el artículo 84 del CCA al disponer que los actos administrativos serán nulos ‘cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes’.

No se puede olvidar que la competencia de los funcionarios –al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares, que es regla general– es de carácter excepcional y, por lo mismo, requiere de consagración expresa, como se desprende de los artículos 6.º y 122 de la C. P., de modo que no existe competencia sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas.

Es al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos que tiene operancia el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal, y no, al contrario, de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley.

Respetuosamente,  
ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ”.

B. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. AUTO DEL 12 DE JULIO DE 2001, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, PROCESO EJECUTIVO

RESULTA SORPRENDENTE SIN DUDA QUE SÓLO un mes después la misma Sala, con fundamentos completamente diferentes, respalde nuevamente la tesis de la facultad de las entidades públicas para declarar la ocurrencia de los siniestros que afectan las garantías únicas de cumplimiento, esta vez bajo los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y de cumplimiento.

El caso trata de un proceso ejecutivo en el cual se ha conformado el título ejecutivo con las resoluciones mediante las cuales una entidad pública contratante declara ocurridos los siniestros que afectan los dos amparos antes mencionados respecto de dos convenios íteradministrativos y ordena al asegurador de la garantía única de cumplimiento pagar los valores asegurados en la póliza para cada uno de los amparos.

En este caso, el tribunal en primera instancia había negado el mandamiento de pago aduciendo que no era exigible la obligación que pretendía cobrarse, por no haberse surtido los requerimientos señalados en el artículo 1053 del Código de Comercio que exigen al asegurado presentar un reclamo y esperar el término de un mes la respuesta del asegurador, al cabo del cual, si persiste el silencio del asegurador o una objeción no seria o fundada al reclamo, la póliza adquiere mérito ejecutivo.

El Consejo de Estado confirma el auto del tribunal, pero por motivos completamente diferentes, esto es, por no haberse integrado el título ejecutivo con el texto de los convenios íteradministrativos que eran objeto de la garantía, aprovechando la ocasión para rebatir los argumentos del asegurador, insistiendo en que la entidad pública sí tiene facultades suficientes para expedir los actos administrativos mediante los cuales, unilateralmente, declara la ocurrencia de los siniestros y hace efectivas las garantías procediendo al cobro de los valores asegurados en los correspondientes amparos.

Las consideraciones que en este caso hace el Consejo de Estado son las siguientes:

“III. Consideraciones:

Corresponde a la Sala decidir, en virtud de la competencia funcional y material que le atribuye la ley, el recurso de apelación dirigido contra el auto mediante el cual se negó el mandamiento de pago (arts. 505 inc. 2.º CPC y 129 CCA).

A efectos de resolver la impugnación, la Sala estudiará el asunto en el siguiente orden:

1. Requisitos del título ejecutivo. 2. Confirmatoria del auto recurrido, pero por motivo distinto.

### 1. Requisitos del título ejecutivo

Para ejecutar es necesario demostrar, que el ejecutante tiene un derecho privado, es decir que es acreedor.

Es sabido que el título ejecutivo se define como el documento en el cual consta una obligación clara, expresa y exigible.

Consagra el artículo 488 del CPC que:

‘Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia.

La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294’.

El título ejecutivo debe reunir cualidades formales y de fondo. Las primeras cualidades miran a que se trate de documento o documentos que conformen unidad jurídica, que sea o sean auténticos, y que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia. Las exigencias de fondo atañen a que de esos documentos aparezca, a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o del causante, una ‘obligación clara, expresa y exigible y además líquida o liquidable por simple operación aritmética si se trata de pagar una suma de dinero’.

Frente a estas calificaciones ha señalado la doctrina que la obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del título; es decir que en el documento que contiene esa obligación deben constar en forma nítida, en primer término, el crédito del ejecutante, y, en segundo término, la deuda del ejecutado; tienen que estar expresamente declaradas estas dos situaciones, sin que haya para ello que acudir a elucubraciones o suposiciones. La doctrina enseña que ‘Faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógico jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta’<sup>5</sup>.

La obligación es clara cuando además de ser expresa aparece determinada en el título; debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo sentido.

La obligación es exigible cuando puede demandarse el cumplimiento de la misma por no estar pendiente de un plazo o de una condición. Dicho de otro modo la exigibilidad de la obligación se debe, a lo que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya

<sup>5</sup> HERNANDO MORALES MOLINA. *Compendio de derecho procesal. El proceso civil*, t. II.

acontecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, y la que es pura y simple por no haberse sometido a plazo ni condición, previo requerimiento.

Teniendo en cuenta las cualidades formales y de fondo necesarias para la conformación de un título ejecutivo, se pasará a estudiar si el argumento del tribunal, controvertido por el ejecutante, relativo a que no existe título por faltar la condición de exigibilidad de la obligación, es o no cierto.

## 2. Caso concreto

Si bien la Sala no comparte la motivación del tribunal para negar el mandamiento de pago, encuentra otro motivo para mantener la decisión.

En primer término se precisará que el acto administrativo en que la administración beneficiaria de un contrato de seguros reconoce la existencia de un siniestro y exige al asegurador la indemnización equivale a la reclamación ante éste.

Debe recordarse que la Ley 80 de 1993 exige como uno de los presupuestos para la ejecución del contrato estatal que el contratista de la administración preste garantía única, es decir, que traslade los riesgos que pueden originarse en la ejecución del contrato a un tercero (inc. 1.º num. 19 art. 25).

También exige que la garantía única prestada por el contratista sea aprobada por la administración contratante (arts. 41 inc. 1.º ibíd. y 17 y 18 Dcto. Reglamentario 679 de 1994).

Por tanto, cuando la administración aprueba la garantía prestada por su contratista significa que cuando en el futuro acaezca el riesgo asegurado y ella reconozca en acto administrativo la existencia del siniestro podrá exigir al asegurador, quien asumió los riesgos trasladados por el contratista de la administración, la indemnización hasta el monto asegurado.

De lo anterior se infiere, entonces, que una es la época en que nace el contrato de seguro, que crea obligaciones, y otra es la época cuando aparece o se origina la obligación de indemnización por parte del asegurador (arts. 1036 y 1054 C. Co.).

Para precisar el punto relativo a cuándo debe entenderse que la administración hizo la reclamación de indemnización al asegurador se hará el siguiente análisis.

El Código de Comercio dispone:

‘Artículo 1081. 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’.

En materia de seguros, igualmente esa codificación prevé que el riesgo asegurado debe acaecer dentro de la vigencia del contrato de seguro.

El tiempo de prescripción ordinaria y extraordinaria fijado por la ley tiene como objeto indicar el límite máximo para que el beneficiario o víctima respectivamente, de una parte, reclame o declare a su favor la indemnización por siniestro, y, de otra parte, ejecute al asegurador.

Cuando el beneficiario es un particular es de ley que cuando el asegurador no lo indemnice a su solicitud, por el mero requerimiento, le corresponde asistir ante estrados judiciales para pedir que se declare la obligación del asegurador, es decir que reconozca judicialmente que el hecho o siniestro ocurrió y que, en consecuencia, se declare que el asegurador está obligado a indemnizar. Por ello los artículos 1072 y 1131 del Código de Comercio, disponen:

‘Artículo 1072. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado’.

‘Artículo 1131. Se entenderá ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado. Pero la responsabilidad del asegurador si es que surge del respectivo contrato de seguro, sólo podrá hacerse efectiva cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización’.

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).

Esa decisión, como todo acto administrativo, goza de las cualidades presuntas de legalidad en cuanto al derecho, y de veracidad en cuanto a los hechos. En virtud de dicho privilegio la administración no tiene que acudir ante la rama judicial a solicitar que se declare la existencia de la obligación del asegurador. Por esto es que el numeral 5 del artículo 68 del CCA la autoriza para reconocer la existencia del siniestro, mediante acto administrativo.

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 pretranscrito 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. Así lo precisó la Sala en auto dictado el 12 de octubre de 2000<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Exp. 18604, ejecutante: Distrito Capital de Bogotá.

En efecto, el Código Contencioso Administrativo, sobre el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, enseña lo siguiente:

‘Artículo 64. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados’.

Se concluye entonces que cuando el Estado reconoce en acto administrativo la existencia del siniestro y le exige al asegurador de éste su indemnización, y dicho acto está en firme, surge la obligación del asegurador.

La obligación forzada o ejecutiva en contra del asegurador con fuente en un contrato estatal debe probarse no sólo con el acto administrativo en firme que exigió la obligación de indemnización de aquel; es necesario probarse, en forma concurrente, la existencia de los siguientes documentos:

El contrato estatal que es fuente de ese crédito (art. 75 Ley 80 de 1993); la garantía otorgada por el contratista estatal en la cual traslada los riesgos al asegurador, para su indemnización en el evento condicional de su incumplimiento (inc. 1.º num. 19 art. 25 Ley 80 de 1993); el acto administrativo que, en primer término, reconoce la existencia del siniestro (obligación de indemnizar del asegurador) y que, en segundo término, exige al asegurador la indemnización (art. 68 CCA); y el documento en el cual conste que ese acto administrativo está en firme, con el cual se comprueba el carácter ejecutivo del mismo (art. 64 CCA).

El ejecutante no demostró la existencia del contrato estatal y tal omisión no puede ser subsanada por actuación del juez. La Sala ha insistido con base en la ley y los criterios auxiliares –jurisprudencia y doctrina– que el ejecutante tiene que acreditar con la demanda, por regla general, su condición de *acreedor* –salvo evento artículo 489 del CPC, evento en el cual para completar el título puede solicitar la práctica de medias previas–.

El juez del proceso ejecutivo carece de competencia para requerir a los posibles deudores a efecto de que remitan al expediente el documento o conjunto de documentos que constituyen el presunto ‘título ejecutivo’, de cuya existencia pende la procedibilidad del proceso ejecutivo; así lo sostuvo la Sala en auto proferido el 27 de enero de 2000<sup>7</sup>.

Por su naturaleza, proceso de ejecución, la demanda ejecutiva debe ir acompañada del o los documentos que contienen la obligación, clara, expresa y exigible, por cuya efectiva satisfacción se acude a la jurisdicción; pues el fundamento de este proceso es la certeza sobre la existencia de la obligación.

A diferencia de los procesos declarativos o de conocimiento, es el demandante quien debe aportar con la demanda la prueba de su condición de acreedor, de la obligación clara, expresa y exigible que existe a su favor, y de que la persona demandada realmente es su deudor.

Así lo dispone expresamente la ley:

‘Presentada la demanda con arreglo a la ley, acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al

<sup>7</sup> Exp. 13103, demandante: STAR Ingenieros Civiles y Cia. Ltda.

demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente, o en la que aquél considere legal' (art. 497 CPC).

Igualmente así lo indica la doctrina:

JORGE D. DONATO: 'la legitimación procesal de las partes debe surgir, por una parte, de la coincidencia entre quien deduce la pretensión y quien aparece en el título como acreedor [...] Por otro lado la legitimación procesal de las partes debe también resultar de la coincidencia entre la persona frente a quien se interpone la pretensión y quien figura, también en el título, como deudor [...] En punto de la legitimación procesal corresponde, pues, atenerse a las determinaciones del título, con prescindencia de quiénes sean los verdaderos titulares de la relación jurídica documentada en él, ya que ello no puede ser objeto de debate y decisión en el juicio ejecutivo, sino, eventualmente, en el proceso de conocimiento posterior'<sup>8</sup>.

HERNANDO MORALES: 'La acción, o mejor la pretensión ejecutiva, se caracteriza porque no se agota sino cuando el pago total de la obligación se efectúa. E implica el mandamiento de pago sin haberse citado ni oído al deudor, en razón del título ejecutivo<sup>9</sup> [...] Si no puede aducir el demandante título ejecutivo, no podrá entablar proceso ejecutivo; si no puede exhibir ese título que haga indiscutible su derecho a través de cualquiera de los documentos que reúnan los requisitos previstos en el artículo 488, será menester que previa discusión en proceso ordinario con su deudor pruebe la efectividad de su derecho, y sólo una vez que la sentencia le haya reconocido dicho derecho, o le haya declarado su calidad de acreedor, tendrá en sus manos el título ejecutivo correspondiente<sup>10</sup> [...] Presentada la demanda con arreglo a la ley, acompañada del documento que preste mérito ejecutivo, el juez ordena al demandado que cumpla la obligación de acuerdo con lo pedido y con lo dispuesto para las diversas clases que se han explicado [...] Para dictar mandamiento ejecutivo, como para admitir toda demanda, es menester examinar y encontrar acreditadas la jurisdicción y competencia, así como los elementos de admisibilidad de la demanda previstos en los numerales 1 a 5 del artículo 85, o sea los requisitos formales, los anexos, la debida acumulación de pretensiones, la presentación personal y el poder legalmente aducido. También, en apariencia al menos, debe hallarse la legitimación en causa, o sea que del título se desprenda que el ejecutante es el acreedor y el ejecutado el deudor'<sup>11</sup>.

En ejercicio de la acción ejecutiva, el demandante tiene la carga de demostrar su condición de acreedor *ab initio*; no es posible, como acontece en los procesos ordinarios, probar la titularidad del derecho subjetivo alegada, en desarrollo del proceso.

No es dable pretender que sea el juez de la ejecución quien busque, solicite y requiera los documentos que podrían constituir el título ejecutivo; pues esta es una carga procesal del ejecutante, no una función del juez.

Cosa distinta es la posibilidad que ofrece la ley para que el demandante, antes de que se profiera el mandamiento de pago, logre el concurso del juez para complementar los requisitos de exigibilidad o autenticidad exigidos

<sup>8</sup> JORGE DONATO. *Juicio ejecutivo*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Universidad, 1993, pp. 56 y 57.

*derecho procesal civil*, 9.<sup>a</sup> ed., Bogotá, ABC, 1996, p. 157.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 166.

<sup>9</sup> HERNANDO MORALES MOLINA. *Curso de*

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 208.

por la ley para que exista el título ejecutivo, mediante la utilización de las diligencias previas. Las cuales son taxativas y restringidas a las situaciones que prevé.

En otras palabras, frente a la demanda ejecutiva el juez tiene tres opciones:

1. Librar el mandamiento de pago cuando los documentos aportados con la demanda contienen una obligación clara, expresa y exigible, esto es, constituye título ejecutivo.

2. Negar el mandamiento de pago porque junto con la demanda no se aportó el título ejecutivo.

3. Disponer la práctica de las diligencias previas solicitadas en la demanda ejecutiva que cumplan los supuestos legales (art. 489 CPC). Las cuales, una vez cumplidas, conducen al juez a proferir el mandamiento de pago si fueron acreditados los requisitos legales para que exista título ejecutivo; o a negarlo, en caso contrario.

En el caso concreto como el demandante no acreditó la existencia del contrato estatal el cual firma es fuente del crédito que asevera ser titular se habrá de confirmar el auto apelado, aunque por motivos diferentes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Resuelve:

Confírmase el auto recurrido proferido el 11 de marzo de 1999 por el Tribunal Administrativo de Cesar. Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Presidente de Sala, JESÚS M. CARRILLO BALLESTEROS, MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, RICARDO HOYOS DUQUE; con salvamento de voto: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR”.

Respecto del fallo anterior, se produjo un salvamento de voto por parte de RICARDO HOYOS DUQUE, en el cual el Consejero insiste en su posición ya reiterada antes de que los procesos ejecutivos que se adelantan para hacer efectivas las garantías únicas de cumplimiento de contratos estatales, por no ser a su juicio éstas últimas contratos estatales, no deben adelantarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ser este tema ajeno al que ocupa preferentemente nuestra atención en este caso, nos abstenemos de reproducir este salvamento de voto.

#### COMENTARIO

Muchos comentarios merecen desde luego las decisiones anteriores, de cuyas conclusiones personalmente me aparto. Se trata desde luego de una problemática que toca con el particular marco legal dentro del cual discurre en Colombia la regulación del seguro de cumplimiento de contratos estatales, que ha sido proverbialmente defectuosa y que no ha mejorado a pesar de los muchos estatutos de contratación administrativa que han regido en el país desde hace más de veinte años.

Considero que los fallos anteriormente transcritos revelan una preocupación loable de nuestros magistrados por hacer efectivas las pólizas de seguro de cumplimiento dentro de ese marco defectuoso de legislación, pero esa preocupación no justifica las distorsiones graves que acusan las

argumentaciones del Consejo de Estado en los dos casos, respecto de ese marco legal, que por defectuoso que sea no puede ser desconocido. Resulta por lo demás a todas luces exagerado el poder que se otorga a las entidades públicas frente a las compañías de seguro, en la medida en que estas doctrinas se traducen nada menos que en la capacidad del Estado para crear títulos ejecutivos, una prerrogativa que tradicionalmente ha sido regulada con razonable extrema prudencia por la legislación de todos los países del mundo, dada la ventaja que ello supone para las autoridades públicas y la correlativa inferioridad en la que coloca a los particulares frente a ellas.

Presto que en este caso se trata más de informar sobre la existencia de estas decisiones que de hacer una evaluación exhaustiva de las mismas, no se aboca un comentario a profundidad. No obstante, se dejan planteados los siguientes interrogantes inmediatos:

1. En primer lugar preocupa que las dos argumentaciones del Consejo de Estado, no obstante provenir de la misma Sección Tercera de la corporación, integrada desde luego por los mismos magistrados, sean completamente distintas para llegar a una conclusión semejante. Lo anterior revela que en este caso nuestro más alto tribunal de lo contencioso administrativo, como es ya frecuente entre nosotros, prefiere atender prioritariamente la definición del caso que se juzga, al imperativo de unificar la jurisprudencia, haciendo sólidas, consistentes y coherentes sus decisiones, con miras a imponer con autoridad sus criterios en la aplicación de la ley, para bien de la seguridad jurídica y para beneficio de la administración de justicia y la sociedad en general.

2. La discrepancia sustancial de las dos argumentaciones revela también, es inevitable, la inconsistencia de ambas. Desde el punto de vista de la lógica jurídica no es concebible que una tesis pueda ser sustentada alternativamente por dos argumentaciones tan disímiles que no se tocan entre sí.

3. Respecto de la primera decisión, la aclaración de voto, que discute a fondo la concepción de la “autotutela administrativa”, que constituye la base fundamental de la argumentación de la decisión mayoritaria, y que resulta ciertamente preocupante como instrumento que, entendido en la forma como lo entiende esa decisión, prácticamente legítima cualquier decisión de las entidades públicas independientemente de si obran o no dentro del marco legal de sus facultades propias, no señala en ningún momento de qué manera la discrepancia, en punto tan trascendente, no alcanza a implicar una solución diferente en el caso.

4. Las decisiones ignoran absolutamente toda la jurisprudencia anterior sentada por el mismo Consejo de Estado, en relación con la manera como los estatutos de contratación administrativa vigentes a través del tiempo han concebido las facultades de las entidades estatales para proferir actos administrativos de carácter unilateral dentro de su actividad contractual. Los estatutos han sido cada vez más limitativos en esta materia, restringiendo en forma creciente no sólo el alcance de esas facultades sino la oportunidad dentro de la cual deben ser ejercidas.

Dentro de este orden de ideas, las decisiones en cuestión autorizan a las entidades públicas, frente a las aseguradoras, a declarar incumplido el contrato por fuera de las circunstancias y de las oportunidades dentro de las cuales pueden hacerlo frente a los contratistas, y casi sin restricción alguna,

y pueden adicionalmente, con abierta violación del principio indemnizatorio del seguro de daños, género al cual desde luego pertenece la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, y en contradicción con toda la doctrina jurisprudencial construida trabajosamente a lo largo de los años, proceder al cobro de las sumas de dinero fijadas como valor asegurable dentro de las pólizas.

Esto último supone habilitar a las entidades públicas no sólo para declarar la existencia y estimar la cuantía de los perjuicios que dicen haber sufrido con motivo del incumplimiento del contratista, una prerrogativa realmente exorbitante que les está terminante prohibida frente a éstos últimos, sino para cobrar sumas superiores aun a los mismos perjuicios que puedan haber sufrido, un efecto que contraviene gravemente los principios que gobiernan tradicionalmente tanto la responsabilidad civil como el contrato de seguro entre nosotros y cuya inconveniencia resulta, adicionalmente, evidente.

5. Finalmente, en la segunda de las providencias que se comentan se comete un gravísimo error al suponer que el numeral 5 del artículo 68 del CCA es aplicable a las pólizas de cumplimiento de contratos estatales, ya que se trata de un dispositivo que está claramente dirigido a pólizas de seguro de cumplimiento de obligaciones legales. En efecto:

Los numerales 4 y 5 del artículo 68 del CCA son dos disposiciones reguladoras del tema de las garantías, y concretamente de los seguros de cumplimiento expedidos a favor de entidades públicas, dirigidas a establecer que esas pólizas prestarían mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva dentro de ciertas circunstancias.

Ahora bien, debe observarse que estos numerales del artículo 68 están precedidos de un encabezamiento orientado inequívocamente a señalar que la finalidad de la norma es definir documentos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, "... siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible...". La jurisdicción coactiva se define como "una función jurisdiccional asignada a un organismo o a un funcionario administrativo determinado para que, sin recurrir a la autoridad judicial, haga efectivas, por la vía ejecutiva, las deudas fiscales expresas, claras y exigibles a favor de la entidad pública que ejerce dicha jurisdicción"<sup>12</sup>.

De tal manera que la intención del Código Contencioso Administrativo en la norma que se comenta es no sólo darle mérito ejecutivo a determinados documentos que incorporan obligaciones a favor de las entidades públicas, sino establecer para el cobro ejecutivo de los mismos un procedimiento especial ante autoridades administrativas.

La siguiente observación, que es fundamental, es que los dos numerales están dirigidos a pólizas de seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas diferentes. Así, el numeral 4 se refiere inequívocamente a seguros de cumplimiento de contratos estatales, al referirse a "Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías *que otorguen los contratistas* a favor de entidades públicas..." (cursiva fuera de texto), mientras que el numeral 5

<sup>12</sup> EDGAR GUILLERMO ESCOBAR VÉLEZ. *El proceso de jurisdicción coactiva*, 2.<sup>a</sup> ed., Medellín, Señal, 1999, p. 19.

se refiere a “Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto...”. En el primer caso la ley hace referencia clara a los seguros de cumplimiento de contratos, esto es, a los seguros de cumplimiento de obligaciones de origen contractual, nacidas de contratos; en el segundo, por exclusión, en lo que se refiere a pólizas de seguro de cumplimiento, alude a los de cumplimiento de obligaciones de origen diferente, las que derivan de la ley directamente, que constituyen el otro único tipo de obligaciones que son susceptibles de aseguramiento mediante pólizas de seguro, obligaciones generalmente de naturaleza tributaria o aduanera.

De esta manera, los fundamentos de la providencia de julio del año pasado, que descansa casi íntegramente sobre la invocación del numeral 5 del artículo 68 del CCA que se ha comentado, resultan erróneos.

Son pues muchas las dudas que suscitan los fallos antedichos, y urgente la necesidad de que dentro del proyecto de reforma al estatuto de contratación administrativa que cursa actualmente en el Congreso se establezcan definiciones claras sobre estos aspectos.

## II. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA: LA INDEXACIÓN DEL LÍMITE DE VALOR ASEGURADO EXPRESADO EN TÉRMINOS NOMINALES EN PESOS COLOMBIANOS EN UNA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL, DENTRO DE LAPSO COMPRENDIDO ENTRE EL MOMENTO DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y EL MOMENTO EN EL QUE SE PRODUCE LA SENTENCIA CONDENATORIA CONTRA EL ASEGURADO DENTRO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

NO MENOS IMPORTANTES RESULTAN LAS sentencias del 26 de abril y 22 de junio de 2001, mediante las cuales la misma Sección Tercera de Consejo de Estado, dentro de los expedientes 12917 y 11635, respectivamente, con ponencia en ambos casos de MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, al resolver acciones de restablecimiento del derecho dentro de las cuales se imputaba responsabilidad civil a entidades públicas por accidentes que causaron la muerte a particulares, decidió condenar a las aseguradoras de esa responsabilidad civil a cubrir la obligación indemnizatoria declarada a cargo de cada una de las entidades públicas aseguradas, hasta el límite del valor asegurado en las pólizas, pero actualizando ese valor conforme al incremento del índice de precios al consumidor, entre la fecha en que se produjeron los accidentes y la fecha en que se produjeron las sentencias condenatorias.

La parte pertinente de las consideraciones del Consejo de Estado en estos casos, se transcriben a continuación.

### A. EXPEDIENTE 12917, 26 DE ABRIL DE 2001

#### “6. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Como la Agrícola de Seguros no apeló la sentencia en que fue condenada a reembolsar al demandado, la Sala se limitará a precisar el cuántum actualizado de la misma. De una parte, la garantía limitó la indemnización por víctima en la suma de \$5.000.000 (hecho probado n.º 4) y, de otra, debe traerse, por la indexación, ese valor real pasado, utilizando los índices de precios emitidos por el DANE, a tiempo presente.

La indexación económica, conceptualmente, busca representar económicamente a tiempo actual una suma histórica o pasada.

El Código de Comercio enseña que para el momento del siniestro la indemnización no excederá en ningún caso del valor real del interés asegurado (art. 1089). Esa norma, por su contenido, es indicadora del reconocimiento de la realidad del daño para el momento del suceso dañino y no implica que no pueda indexarse; la indexación no grava ni la condición del asegurador ni favorece la condición del beneficiario, pues con ella se logra, como ya se explicó, la actualización de una suma histórica al momento de señalar la obligación indemnizatoria.

Por lo tanto, si el siniestro acaeció en mayo de 1994 las sumas a que se condenó a la aseguradora deben actualizarse con los siguientes índices del DANE.

– Inicial por 46,44950, correspondiente al mes de mayo de 1994.

– Final por 124,11960, correspondiente al mes de marzo de 2001, porque en el mes de abril en que se dicta este fallo el índice no se ha expedido.

Tomando esas bases la indexación de la condena impuestas a la llamada en garantía es por \$13.360.703,55.

Ahora debe tenerse en cuenta que el Código de Comercio es claro en disponer que el asegurador indemnizará al asegurado o al beneficiario dentro del mes siguiente a que se acredite judicial o extrajudicialmente el siniestro; agrega que, si el asegurador no realiza el pago dentro de ese plazo, estará obligado a pagar intereses moratorios comerciales. Dice:

‘Artículo 1080. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la superintendencia Bancaria aumentado en la mitad...’.

Esa norma se ha aplicado en la definición de muchos casos; la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el día 10 de octubre de 1980 expresó: ‘si la obligación de pagar el seguro es fijada por fallo judicial, como éste tiene el carácter de condena y no constitutivo o declarativo, el asegurador debe ser condenado a pagar intereses moratorios desde el termino que indica el artículo 1080 del Código de Comercio y no desde la ejecutoria del fallo’ (fols. 232 a 236).

Esa normatividad a la cual refiere la jurisprudencia sirve para precisar que los intereses moratorios que se ordenan se aplican sólo si las aseguradoras no pagan al demandado dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, cuando se define con certeza la obligación; nótese que son exigibles los intereses moratorios sólo después de ocurrido ese plazo. De todo lo dicho se concluye que la sentencia recurrida habrá de modificarse”.

#### B. EXPEDIENTE DEL 26 DE ABRIL DE 2001

“La aseguradora Seguros del Caribe S. A., otro de los terceros llamados en garantía, es del criterio que no debe condenársele a reembolsar a Telecom ninguna

suma; en primer término, porque la acción de reparación ejercitada por los demandantes resultó extemporánea, y, en segundo término, porque la víctima directa fue causante de su propio daño.

Esos hechos exceptivos ya fueron estudiados y denegados por la Sala en su oportunidad.

Por lo tanto habrá lugar a indexar la condena impuesta por el tribunal a la aseguradora Seguros del Caribe S. A., \$4.467.481,74, con fundamento en lo siguiente:

El Código de Comercio enseña que para el momento del siniestro la indemnización no excederá en ningún caso del valor real del interés asegurado (art. 1089). Esa norma, por su contenido, es indicadora del reconocimiento de la realidad del daño para el momento del suceso dañino y no implica que no pueda indexarse; la indexación no grava la condición del asegurador ni favorece la condición del beneficiario, pues con ella se logra la actualización de una suma histórica al momento de señalar la obligación indemnizatoria; en este mismo sentido se ha pronunciado la corporación. Por lo tanto, si el siniestro acaeció en el mes de agosto de 1990 la suma a que se condenó a la aseguradora debe actualizarse con los siguientes índices del DANE: 1. Inicial por 19,24210, correspondiente al mes de agosto de 1990, y 2. Final por 126,07, correspondiente a mayo de 2001.

Tomando esas bases la indexación de la condena impuesta a la aseguradora Seguros del Caribe S. A. es:

$$126,07 \times \$4.467.481,74 + \$29.269.956,14 \times 19,24210$$

En conclusión:

Si la aseguradora debe reembolsarle a Telecom la suma de \$29.269.956,14, el resto de la condena impuesta a Telecom debe ser reembolsado por el consorcio “Ingeniería-Servicios-Construcciones Ltda. y Singtel”, así: el valor de dos mil gramos oro, al valor que tengan al día de ejecutoria de la sentencia, y la suma de \$31.372.472,55, diferencia entre la condena a Telecom por perjuicios materiales y la ordenada a pagar a la aseguradora Seguros del Caribe S. A.

A los llamados en garantía el reembolso se les hará exigible al día siguiente en el cual Telecom haya indemnizado totalmente a los demandantes”.

Dcto. Ley 2304 de 1989, art. 23, inc. 4.º; *Diario Oficial*, n.º 40.704; Sentencia del 26 de abril de 2001, exp. 12917, actor: JOSÉ OMAR BURITICÁ.

#### COMENTARIO

La trascendencia de estos fallos, que no tienen antecedente ni en la jurisdicción contencioso administrativa ni en la jurisdicción ordinaria, es incontrovertible, pues es la primera vez que se aborda el tema de la indexación de los valores asegurables en las pólizas de seguro, para efectos de liquidar el valor de la indemnización a cargo del asegurador, en aquellos casos muy frecuentes en los que transcurre mucho tiempo entre la ocurrencia del siniestro y el momento en que se hace efectivo el pago de la obligación por parte de éste último.

No obstante, es realmente lamentable que la argumentación que se construye para soportar una decisión de tanta trascendencia sea tan insuficiente y defectuosa. Por lo mismo, lo que hubiera podido ser un aporte

fundamental de la doctrina jurisprudencial al tratamiento de este problema se convierte más bien en un antecedente inquietante que, precisamente por no tener una fundamentación clara, puede tener consecuencias imprevisibles.

Basta para llegar a esa conclusión observar que las pocas palabras que sirven de base a la decisión permitirían pretender que en todos los casos, en todos los contratos, las prestaciones económicas de las partes, aun dentro de los términos normales de exigibilidad, deben ser indexadas independientemente de las circunstancias que han rodeado el cumplimiento del contrato.

Grave e infortunado precedente al que da lugar un caso que, por el contrario, por sus características y atendiendo a criterios válidos que ya han sido avalados antes por nuestra jurisprudencia, justificaría plenamente una decisión semejante a la que se tomó.

Nuevamente se observa de qué manera resulta importante que nuestros altos tribunales de justicia opten por darle prelación a su alta función de unificar la jurisprudencia antes que a la atención inmediata de resolver el caso juzgado, atendiendo a criterios muy personales de justicia, por válidos que ellos sean.

