

GARANTIA UNICA - Proceso ejecutivo debe adelantarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa / CONTRATO DE SEGUROS - Jurisdicción para ejecutar acreencias estatales derivadas del contrato estatal es la Contencioso Administrativa / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Proceso ejecutivo para el cobro de la garantía única del contrato estatal

Dijo el apelante que el Tribunal partió de una premisa errada al considerar que esta jurisdicción tiene competencia para conocer del presente proceso porque el Consejo de Estado ha sostenido lo contrario es decir que es la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de la ejecución de garantías. Valga recordar que el Consejo de Estado sostiene lo contrario a lo afirmado por el recurrente, pues entiende que esta jurisdicción es la que puede conocer de las ejecuciones de acreencias contractuales “DERIVADAS de los contratos estatales”, de los que son de su conocimiento. Así se desprende de la sentencia proferida en un juicio de “acción de nulidad” el día 24 de agosto de 2000, expediente 11.318, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 19 del decreto reglamentario 679 de 1994, cuyo texto es el siguiente: “De la ejecución de la garantía única. Cuando no se paguen voluntariamente las garantías únicas continuarán haciéndose efectivas a través de la jurisdicción coactiva con sujeción a las disposiciones legales”. Dicha disposición fue anulada porque la Sala encontró que el Gobierno Nacional rebasó los límites de la potestad reglamentaria, fijados en la Constitución y en la ley. Señaló que la Constitución dispone que le corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (num. 11 art. 189). Y que la ley 80 de 1993 prevé que “() el juez competente para conocer de las controversias DERIVADAS de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el juez de la jurisdicción contencioso administrativa”. Así lo ha sostenido la jurisprudencia, uniformemente desde el día 22 de noviembre de 1994, en auto dictado dentro del expediente N° S-414, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

CONTRATO DE SEGURO - Naturaleza Jurídica. Características. Partes. Objeto. Obligaciones condicionales: las obligaciones nacen desde la celebración del contrato pero las obligaciones respecto del asegurador se originan con la realización del riesgo asegurado / GARANTIA UNICA - Procedimientos para su aprobación / ASEGURADOR - Las obligaciones en el contrato de seguro respecto del asegurador se originan con la realización del riesgo asegurado

Respecto del contrato de seguro, cabe hacer las siguientes precisiones; el Código de Comercio enseña que dicho contrato es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (art. 1036, modificado ley 389 1997, art. 1); que su objeto es asegurar un riesgo. Y el riesgo está definido legalmente como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento” (art. 1.054 ibídem). Como puede verse el contrato de seguro crea obligaciones condicionales, que se caracterizan porque penden de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. Se destaca entonces que las obligaciones en el contrato de seguro respecto del asegurador se originan, se repite, con la realización del riesgo asegurado, es decir cuando se da la condición del aseguramiento (art. 1.054 ibídem). En relación con la garantía que otorga el contratista en los contratos estatales el ordenamiento jurídico dispone lo siguiente: La ley 80 de 1993 que “el contratista prestará garantía

única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado” (inc. 1 numeral 19 art. 25). Y la misma ley y su reglamentario, decreto 679 de 1994, exigen como uno de los presupuestos para la ejecución del contrato Estatal que la Administración le imparta aprobación a la garantía allegada por su contratista (inc. 1 art. 41 ibídem y arts. 17 y 18 del decreto reglamentario 679 de 1994). Por su parte, el decreto reglamentario citado señala cómo debe proceder la Administración para evaluar la suficiencia de las garantías, de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas; los riesgos que se pueden incluir en el contrato de seguro para ser amparados; las reglas que se deben tener en cuenta para evaluar la suficiencia de las garantías; la vigencia de los amparos de estabilidad según el caso; la determinación por parte de la Entidad sobre el término del amparo de estabilidad, según la naturaleza del contrato; la carga del contratista en reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectada por razón de siniestros y la aprobación de la garantía única (arts. 17 y 18). El tomador del mencionado contrato de seguro, que desde otro punto de vista es el contratista de la Administración, es quien traslada los riesgos al Asegurador para indemnizar, hasta el monto asegurado, si se presentan en el futuro siniestros imputables a él, por su incumplimiento en el contrato celebrado con la Administración. El Asegurador, por su parte, es la persona jurídica que asume los riesgos para lo cual debe estar debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos (art. 1037 del Código de Comercio); la obligación de aseguramiento del asegurador sólo se origina cuando acaece el riesgo asegurado (art. 1.054 ibídem). 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 1.054 ibídem). Esas situaciones relativas *) al traslado de ciertos riesgos al asegurador que hace el tomador (contratista de la Administración) hasta el monto asegurado; *) la asunción de esos riesgos por el asegurador y *) la aprobación administrativa de esa garantía, están autorizadas y reguladas por la ley. En efecto, la ley 80 de 1993 al respecto: Autoriza, para los efectos referidos, que el contratista de la Administración prestará garantía única, es decir que deberá trasladar los riesgos antes indicados a un tercero (inc. 1 numeral 19 art. 25). Exige que la garantía única prestada por el contratista deba ser aprobada por la Administración contratante (inc. 1 art. 41 ibídem y arts. 17 y 18 del decreto 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, la indemnización hasta el monto asegurado. De lo estudiado hasta ahora se concluye que el contrato de seguros que crea obligaciones, nace desde la celebración del mismo y que las obligaciones de aseguramiento del asegurador se originan cuando acaece el riesgo “asegurado”.

ASEGURADOR - La obligación de indemnizar nace a partir de que la firmeza y conocimiento del acto administrativo que reconoce el acaecimiento del siniestro / TITULO EJECUTIVO COMPLEJO PARA EL COBRO DE LA GARANTIA UNICA - Lo conforman: el contrato estatal, la póliza única y las resoluciones que declaran el siniestro e imponen la multa / GARANTIA UNICA - Conformación del título ejecutivo complejo

¿Cuándo nace la obligación de indemnizar por parte del asegurador?. Es decir: ¿A partir de cuándo es exigible por la Administración al Asegurador el pago de la acreencia?. 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. Ver sobre el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos el artículo 64 del C. C. A. 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. Por lo tanto si la responsabilidad del asegurador proviene de que acaeció el riesgo "asegurado por el tomador", es decir el incumplimiento contractual del contratista de la Administración, se colige también que el reconocimiento del siniestro en acto administrativo que manifiesta una obligación clara expresa contra el asegurador, cuando esté en firme (exigibilidad), conformará con otros documentos una acreencia derivada de un contrato estatal; esos documentos son: el contrato estatal y la garantía. Entonces, resulta claro en estos eventos que el contrato estatal junto con la póliza única de seguro de cumplimiento y las resoluciones mediante las cuales se declaró el siniestro y se impuso la multa al contratista, conforman el título ejecutivo complejo, pues contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible. En efecto: cuando es la administración el beneficiario del contrato de seguro, está normado, que como aquella está privilegiada de la decisión previa - es decir que no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador-, puede mediante acto administrativo, artículo 68 numerales 4 y 5 del C. C. A., reconocer la existencia del siniestro y requerir al asegurador a cumplir la obligación indemnizatoria. Esa decisión queda dotada como todo acto administrativo de las cualidades presuntas, de legalidad, en cuanto al derecho, y de veracidad, en cuanto a los hechos. Por consiguiente, cuando particularmente la Administración - hoy ejecutante - reconoció la existencia del siniestro y fijó la cuantía del perjuicio, demostró los supuestos exigidos por el artículo 1.077 del Código de Comercio cuales son, se repiten, la ocurrencia del siniestro y la cuantía del perjuicio.

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA - Inexistencia. Aplicación de la prescripción extraordinaria de la acción ejecutiva/ PRESCRIPCION ORDINARIA DEL CONTRATO DE SEGURO Y PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA - Diferencias / PRIVILEGIO DE LA DECISION PREVIA DE LA ADMINISTRACION - Para el reconocimiento de la existencia del siniestro / RECLAMACION ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL AL ASEGURADOR - Mediante el acto administrativo que reconoció la existencia del siniestro / POLIZA DE SEGUROS - Vigencia

Dice el asegurador apelante que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.081 del Código de Comercio, legislación aplicable por ser el contrato de seguro autónomo, principal y diferente del contrato que garantiza, el término de prescripción es de dos años; y como particularmente, en el caso, entre la ejecutoria de la resolución que impuso la multa y la fecha de presentación de esta demanda transcurrieron tres años y cinco meses, deberá declararse que se configuró la prescripción ordinaria prevista en dicha norma. La Sala observa que ese planteamiento del recurrente no es de recibo porque la prescripción ordinaria de la acción que se deriva del contrato de seguros, mira al término máximo pero para promover la responsabilidad del asegurador. Al respecto 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." Para la comprensión de ese artículo deben tenerse en cuenta otras disposiciones del mismo código artículos 1.072 y 1.131;

en materia de seguros también dispone que el riesgo asegurado debe acaecer dentro de la vigencia del contrato de seguro. Es de ley que cuando es un particular el beneficiario del contrato de seguro y el asegurador no lo indemnice a su solicitud, es decir por el mero requerimiento, le corresponde asistir a estrados judiciales, para pedir que se declare la obligación del asegurador, es decir que se le reconozca judicialmente que el hecho o siniestro sí se dio y que, en consecuencia, se declare que el asegurador está obligado a indemnizarlo. Y cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, está previsto en la ley que como ella está privilegiada con la decisión previa, es decir que para el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador, puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria. Es por esto que cuando el Estado declara la obligación de indemnización del asegurador, ello equivale a la reclamación extrajudicial por vía administrativa; la reclamación así entendida - noticiando al asegurador - tendrá que hacerse dentro del término de prescripción ordinaria es decir dentro de los dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro. Se repite: el código de comercio dispone: "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." Lo anterior permite concluir que los fundamentos del recurrente se equivocan los distintos supuestos jurídicos previstos para las prescripciones "ordinaria" del contrato de seguros y la acción ejecutiva, frente a una obligación clara expresa y exigible, que conciernen con puntos distintos cuales son la declaración de la obligación indemnizatoria (judicial o extrajudicial) y la ejecución forzada judicial de la obligación indemnizatoria. La vigencia de la póliza es el período dentro del cual el asegurador si ocurre o se da el riesgo o hecho garantizado debe responder, si es que surge su responsabilidad del contrato de seguro; la vigencia de la póliza, marca entonces el tiempo dentro del cual si ocurre el hecho garantizado podría ocasionarle a aquel, responsabilidad de indemnizar. Podría decirse de otro modo, si el hecho o el riesgo asegurado ocurre o se da, dentro del primero o último minuto de vigencia de la garantía, en principio, el asegurador debe responder. Cuando la administración declara la existencia del siniestro u ocurrencia del riesgo asegurado, concluye que se dio o ocurrieron antecedentes precavidos en el contrato de seguro del que es beneficiario; no significa que el acto jurídico que declara la existencia del siniestro hace que en la vida jurídica el siniestro se dé en ese momento; lo que ocurre es, que previo a proferir ese acto jurídico, el riesgo asegurado ha acaecido; la ocurrencia del siniestro es en lógica, anterior al acto que reconoce su ocurrencia. Recuérdese, por otra parte, que el riesgo es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurador o beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador (art 1.054 C. de Co.) y que se entiende ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado (art 1.131 ibídem).

Sentencia 2326(22511) del 02/12/11. Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Actor: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (EJÉRCITO NACIONAL). Demandado: SOCIEDAD ICEMUEBLES LTDA. Y OTRO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA
Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ**

Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil dos (2002).
Radicación número: 25000-23-26-000-1999-2326-01(22511)

Actor: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (EJÉRCITO NACIONAL)

Demandado: SOCIEDAD ICEMUEBLES LTDA. Y OTRO

Referencia: EJECUTIVO CONTRACTUAL

I. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por uno de los ejecutados, Compañía de Seguros Generales Cóndor S. A., contra la sentencia proferida, el día 29 de noviembre de 2001, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual dispuso:

“PRIMERO.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el señor apoderado de la Industria Colombo Europea de Muebles ICEMUEBLES Ltda., hoy DESANCOL LTDA.

SEGUNDO.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el señor apoderado de la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., distinguidas como primera, segunda, tercera y cuarta.

TERCERO.- Declárase probada la excepción propuesta por el señor apoderado de la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., distinguida como quinta.

CUARTO.- Siga adelante la ejecución contra la Industria Colombo Europea de Muebles ICEMUEBLES Ltda. hoy DESANCOL LTDA.

QUINTO.- Siga adelante la ejecución contra la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., hasta por la suma de SEIS MILLONES SETECIENTOS SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$6'.707.869,24).

SEXTO.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, el ejecutante deberá presentar la liquidación específica del capital y de los intereses de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento de pago, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios (artículo 521 del C. de P. C.).

SÉPTIMO.- Se condena en costas a la parte demandada. Por Secretaría de la Sección, tásense. Se señala por concepto de agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.00). (fols. 144 a 154 c. ppal.)

II. ANTECEDENTES PROCESALES:

A. DEMANDA.

La presentó el Ministerio de Defensa Nacional (Ejército Nacional) el día 13 de septiembre de 1999 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la dirigió contra la sociedad ICEMUEBLES Ltda. -Industria Colombo Europea de Muebles Ltda., y la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A. (fols. 2 a 10 c. 1).

1. PRETENSIONES.

“Se libre MANDAMIENTO EJECUTIVO DE PAGO, a favor de mí representado y en contra de ICEMUEBLES actualmente denominada DESANCOL LTDA. y SEGUROS CONDOR S.A., por las siguientes sumas de dinero:

A.- Por la suma de DIEZ MIL TRESCIENTOS VEINTIUN CON 05/100, DOLARES ESTADOUNIDENSES (US\$10.321.05) o su equivalente en pesos colombianos que se liquidarán a la tasa representativa del mercado a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, en concordancia con el parágrafo 1 del artículo 95 de la resolución 21 de 1993, de la Junta Directiva del Banco de la República, como efecto de la multa impuesta al contratista ICEMUEBLES LTDA HOY DESANCOL LTDA, mediante resolución No. 036 del 28 de marzo de 1996.

B.- Por la suma de DIEZ MIL TRESCIENTOS VEINTIUN CON 05/100, DOLARES ESTADOUNIDENSES (US\$10.321.05) o su equivalente en pesos colombianos que se liquidarán a la tasa representativa del mercado a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, en concordancia con el parágrafo 1 del artículo 95 de la resolución 21 de 1993, de la Junta Directiva del Banco de la República, a la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., por ser quien garantizó el cumplimiento del contrato No. D-211/95, según póliza No. 025-9524015553, aceptada y aprobada el día 23 de octubre de 1995, como efecto del siniestro presentado por el incumplimiento del contratista ICEMUEBLES LTDA hoy DESANCOL LTDA, declarado mediante resolución No. 036 del 28 de marzo de 1996.

C.- Por el valor de los intereses comerciales y moratorios que estimo de conformidad con el artículo 884 del Código Civil (sic) desde el momento de la ejecutoria de la resolución No. 036 del 28 de marzo de 1996, la cual se encuentra debidamente notificada de conformidad con el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo y hasta el momento de efectuarse el pago efectivo debidamente indexados de conformidad con las fórmulas matemáticas financieras aprobadas por el Honorable Consejo de Estado.

D.- Por el valor de las costas del respectivo proceso” (fols. 2 y 3 c. 1).

2. HECHOS:

“1. El Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, suscribió el 14 de Septiembre de 1995, el contrato No. D-211 con la sociedad ICEMUEBLES LTDA - INDUSTRIA COLOMBO EUROPEA DE MUEBLES LTDA, para la adquisición de REPUESTOS PARA AMETRALLADORA CALIBRE 50 BROWNING, por un valor de Sesenta y ocho mil ochocientos siete con 23/100 (US\$68.807.23) DOLARES DE LOS ESTADOUNIDENSES (SIC).

2.- El contratista se comprometió a entregar el material objeto del contrato No. D-211/95 en la modalidad DDU AEROPUERTO EL DORADO de Santafé de Bogotá, dentro de un plazo no mayor al 29 de diciembre de 1995.

3.- El contratista no hizo entrega del material objeto del contrato No. D-211/95, en la fecha estipulada.

4.- En razón de lo anteriormente expuesto y los antecedentes del contrato, el MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL - SUBINTENDENCIA GENERAL DEL EJERCITO, mediante resolución No. 0005 del 26 de enero de 1996, ordenó la aplicación de una multa a un contratista (sic), la cual fue confirmada mediante resolución No. 1036 (sic) del 28 de marzo de 1996.

5.- Hasta la fecha, el incumplimiento del objeto contratado ha causado perjuicio económico a la entidad demandante, para lo cual se solicitan los intereses comerciales y moratorios a la tasa correspondiente, junto con su indexación respectiva de conformidad con lo determinado por la Superintendencia Bancaria y en consecuencia con lo estipulado por la ley 80 de 1993 y la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

6.- La entidad demandante me ha conferido poder en forma legal.

7.- De acuerdo con la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, en Sentencia Expediente 14454 del 5 de junio de 1998, sobre la acción ejecutiva - prescripción, ‘Al trámite del proceso ejecutivo estatal que se adelanta ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, le son aplicables las normas que regulan el proceso ejecutivo ordinario. Por lo anterior la persecución del pago de la obligación se puede hacer, aún después de haber transcurrido el término de caducidad para incoar la acción de caducidad del contrato, dado que la acción ejecutiva prescribe en diez años de conformidad con el Código Civil’.

(fols. 3 a 4 c.1) .

B. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Mandamiento ejecutivo.

El Tribunal, una vez allegada certificación sobre la tasa de cambio representativa del dólar y considerando que los documentos aportados como título ejecutivo reunían las exigencias del artículo 488 del C. de P. C., y que si bien en el convenio no se pactaron intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º numeral 8º de la ley 80 de 1993, le era aplicable la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. Por tanto, libró mandamiento de pago el día 9 de marzo de 2000, en los siguientes términos:

“Líbrase mandamiento de pago a favor del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por la suma de DIEZ MIL TRESCIENTOS VEINTIUN CON CERO CINCO CENTAVOS DE DÓLARES (U\$ 10.321.05) que realizada la conversión de acuerdo a lo establecido por la Superintendencia Bancaria es igual a un valor de VEINTE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTIDÓS PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$20.597.822.70), más los intereses moratorios y las costas del proceso, en contra de LA COMPAÑÍA DENSACOL LTDA Y/O SEGUROS CONDOR S.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia” (fols. 54 a 56 c. 1).

4. EXCEPCIONES:

a. PREVIAS.

Seguros “El Cóndor S.A.” propuso la de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, por cuanto la ejecutante alegó perjuicios representados en intereses moratorios y no allegó la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria para determinarlos (fol. 122 c. 1). Y el

Tribunal declaró no probada la excepción previa propuesta, por auto de 5 de julio de 2001, (fols. 131 a 132 C. 1).

b. EXCEPCIONES DE MÉRITO.

b.1. Los ejecutados, contratista y asegurador, interpusieron excepciones de fondo, pero como el único apelante del fallo de primera instancia es la compañía de Seguros “El Cóndor S. A.” se relacionarán sólo las excepciones de fondo propuestas por ella:

“Inexistencia de obligación condicional a cargo de la aseguradora por acreditarse (sic) los presuntos perjuicios”, fundada en que no puede pretenderse el pago del total de la suma asegurada en la póliza de cumplimiento con la sola afirmación que la contratista incumplió el contrato afianzado, sin haber acreditado las obligaciones a su cargo contenidas en el artículo 1.077 del Código de Comercio, pues dicha afirmación no constituye siniestro y, además, es de la esencia del seguro de daños la causación y padecimiento efectivo del daño y jamás puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado.

“Falta de amparo para el hecho generador de la demanda” pues el amparo de cumplimiento cubre los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado y adicionalmente el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva, más no la multa impuesta por la ejecutante a la entidad contratista.

“Ausencia de acción en contra de la Aseguradora” porque si bien las resoluciones que fueron aportadas como título ejecutivo imponen una multa a la sociedad ICEMUEBLES LTDA y le ordenan el pago del valor de la misma en la Tesorería del Ejército, en ninguna parte de tales resoluciones se ordena a la Compañía de Seguros el pago de la multa, sólo se limita a ordenar su notificación.

“Prescripción de la acción” que se manifiesta cuando se configura el transcurso del tiempo durante el cual han debido ejercitarse tales acciones; que el contrato de seguro está regulado por el artículo 1.081 del Código de Comercio y como se trata, en este caso, de una controversia contractual, la acción está prescrita.

“Límite de responsabilidad de la Aseguradora”, pues sin que se acepte la obligación de la suma demandada, porque deberá tenerse en cuenta que en la póliza de seguro que amparó el contrato celebrado entre el Estado y la Sociedad ICEMUEBLES Ltda. se pactó como valor asegurado la suma de \$6'707.879,24 para el amparo de cumplimiento, razón por la cual, en el hipotético caso que se le ordene pagar una suma alguna, deberá consultarse el valor pactado con la entidad asegurada (fols. 116 a 119 c. 1).

b.2. EL EJECUTANTE se opuso a la prosperidad de esos hechos:

Respecto a las de inexistencia de la obligación: manifestó que por el contrario sí está acreditada la obligación de la compañía aseguradora, pues de una parte es la garante del cumplimiento del contrato 211/95 y, de otra parte, la prueba del incumplimiento se materializó en la resolución No. 0005 del 26 de enero de 1996, la cual le fue debidamente notificada; que si bien es cierto que la firma ICEMUEBLES era la obligada, en primer término, a cancelar la multa, justamente por la renuencia de la misma se acudió a la compañía de seguros en su calidad de garante.

En cuanto a la “prescripción de la acción” reiteró la cita de la jurisprudencia aludida en los hechos de la demanda, para concluir que la acción ejecutiva prescribe en diez años (fols. 125 y 126 c. 1).

5. ALEGATOS.

Luego el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por auto proferido el día 20 de septiembre de 2001(fol. 136 c. 1).

La ejecutante expresó respecto de la póliza de cumplimiento a favor de Entidades Estatales que la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina comercial sostienen que es un contrato accesorio cuando su objeto es garantizar el cumplimiento o la ejecución de obligaciones derivadas de un contrato celebrado por una entidad estatal y, es principal, si se asegura el cumplimiento de las obligaciones precontractuales de un oferente cuando el riesgo asegurado no sea el incumplimiento contractual sino la observancia de un deber de conducta; que entonces, el acto que declara el incumplimiento del contrato una vez esté ejecutoriado conforma el título ejecutivo complejo junto con el contrato y la póliza de seguro y, por tanto, no se requiere, para que preste mérito ejecutivo, que el acto en el cual se declara el incumplimiento del contrato ordene hacer efectiva la póliza de cumplimiento (fols. 141 y 142 c. 1).

La Aseguradora “El Cóndor S.A.” reiteró, por su parte, la inexistencia de obligación a cargo por cuanto el seguro de cumplimiento se halla enmarcado dentro de los seguros de daños y, por tanto, se deben acreditar los perjuicios sufridos por el acreedor asegurado, quien sólo se ha limitado a argüir un incumplimiento que no le ha causado perjuicio alguno; que si bien este tipo de seguro comprende adicionalmente los perjuicios, esto es, el valor de la cláusula penal pecuniaria que se hiciera efectiva, en ningún caso involucra las multas; que de conformidad con el artículo 1.081 del C. de Co., la demanda debió presentarse dentro de los dos años siguientes a la expedición de las resoluciones que impusieron la multa al contratista, esto es, el 26 de enero de 1998, y la demanda sólo se presentó el 13 de septiembre de 1999 (fols. 137 a 140 c.1).

C. SENTENCIA RECURRIDA.

Declaró probada parcialmente sólo una de las excepciones propuestas por la Aseguradora; y expresó lo siguiente sobre todas:

“PRIMERA EXCEPCION. Inexistencia de obligación condicional a cargo de la aseguradora por acreditarse presuntos perjuicios. Dicha excepción no habrá de prosperar como quiera que, una vez se presentó el incumplimiento del contrato por parte del contratista, la administración procedió a declarar el siniestro, que se materializó con la expedición de las resoluciones Nos. 0005 de 26 de enero de 1996 que impuso la multa estipulada en el contrato y, 036 de 28 de marzo de 1996 que confirmó la anterior resolución; incumplimiento que fuera presentado dentro del término de ejecución del contrato, es decir, dentro del término de vigencia de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de la Entidad contratante, que amparaba la ejecución del contrato sin formalidades plenas No. D-211 referente al suministro de repuestos ametralladoras Cal. 50 Browning, siendo evidente, además, que dicha póliza, está orientada a garantizar la ejecución y cumplimiento del contrato, entendiéndose en tal sentir, las obligaciones que de dicho incumplimiento se generen.

SEGUNDA EXCEPCIÓN. Falta de amparo para el hecho generador de la demanda. Precisa la Sala que dicha excepción no habrá de prosperar, como quiera que, siendo la garantía del contrato en cita, la póliza única de seguro de cumplimiento, dicha póliza garantiza las sanciones impuestas por parte de la administración con ocasión al incumplimiento del contrato, entendiéndose en tal sentir, no solamente la efectividad de la cláusula penal pecuniaria sino, como en el presente caso, la imposición de una multa por parte de la administración.

TERCERA EXCEPCION. Ausencia de acción en contra de la Aseguradora. Dicha excepción no está encaminada a prosperar toda vez si bien es cierto en el artículo 1° de la resolución No. 0005 de 26 de enero de 1996, que impuso la multa por valor de US\$ 10.321.05 dólares, se señaló como a cargo de la firma ICEMUEBLES - INDUSTRIA COLOMBO EUROPEA DE MUEBLES LTDA, también lo es que, en el artículo 2° de la citada resolución, se ordenó notificar personalmente dicha providencia al contratista y a la compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., quien está garantizando el cumplimiento del contrato No. D-211/95, según póliza No. 025-9524015553, entendiéndose dirigida de igual manera contra ésta última, precisamente, para poner en conocimiento de la aseguradora la ocurrencia del siniestro.

CUARTA EXCEPCIÓN. Prescripción de la acción. En los procesos ejecutivos de que conoce esta jurisdicción el término de caducidad es de 5 años contados a partir del momento en que se conformó el título ejecutivo, teniendo en cuenta que, en este caso, el título ejecutivo se configuró con la expedición de las resoluciones Nos. 0005 de 26 de enero de 1.996 y 036 de 28 de marzo de 1.996 que confirmó la anterior, resolución que fuera notificada personalmente el 10 de abril de 1.996 y, que la presente demanda fue presentada el día 13 de septiembre de 1.999, es decir, antes de cumplirse los 5 años de caducidad de la acción ejecutiva, no se encuentra probada la excepción de caducidad por haberse adelantado la acción ejecutiva por parte de la administración, dentro del término señalado para ello.

QUINTA EXCEPCIÓN. Límite de responsabilidad de la Aseguradora. La presente excepción está llamada a prosperar, como quiera que, en efecto, la póliza única de seguro de cumplimiento que amparó la ejecución del contrato sin formalidades plenas No. D-211 referente al suministro de Repuestos para ametralladora calibre 50 Browning, determinó como valor de amparo por cumplimiento la suma de \$6.707.879.94 pesos y, como quiera que ésta se hizo efectiva con ocasión al incumplimiento presentado por el contratista, será hasta ese el valor por el que aquélla deba responder” (fols. 152 y 153 c. ppal).

D. RECURSO DE APELACIÓN.

Sólo apeló la sentencia ejecutiva que denegó las excepciones uno de los ejecutados, Sociedad “El Cóndor S.A”, el cual pretende que se revoque y que en su lugar se declaren probadas las otras excepciones. Expresó que el principal motivo de descontento con la sentencia recurrida es que el Tribunal no observó las condiciones generales adjuntas a la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento y que de conforme al artículo 1.047 del Código de Comercio forman parte de ella y que, si bien no fueron adosadas con la demanda, sí fueron aportadas con la contestación de la misma (excepciones de mérito). Reiteró su insistente posición en lo que refiere con la ausencia de amparo para el hecho generador de la demanda, pues en la cláusula primera de las Condiciones Generales de la Póliza se señaló:

“El amparo de cumplimiento cubre a las entidades estatales contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva que se considerará como pago parcial y definitivo de los perjuicios causados a la entidad estatal contratante””.

Concluyó, del contenido de la cláusula anterior, que “se cubren bajo este amparo los perjuicios derivados del incumplimiento que resulten probados imputables al contratista, de acuerdo con la Ley 225 de 1.938 creadora de este tipo de seguros y que por intermedio del artículo segundo, permitió extenderlo al cumplimiento de obligaciones que emanen de las leyes o de los contratos”.

En relación con la excepción de “prescripción” dijo que el Tribunal parte de una premisa errada al considerar, en primer lugar, que esta jurisdicción tiene competencia para conocer del presente proceso, cuando el Consejo de Estado ha precisado que la competente para conocer de las controversias derivadas de la ejecución de dichas garantías es la jurisdicción ordinaria. En segundo lugar, que el A quo se equivocó al afirmar que el término de “prescripción” es de cinco años y no de dos como lo establece el artículo 1.081 del Código de Comercio, pues al ser el contrato de seguro autónomo, principal y diferente del contrato que garantiza, la normatividad aplicable es la comercial y, por tanto, como quiera que entre la ejecutoria de la resolución que impuso la multa y la fecha de presentación de esta demanda transcurrieron tres años y cinco meses, se configuró la prescripción ordinaria prevista en la norma antes citada (fols. 165 a 167 c. ppal).

E. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación se admitió el día 4 de septiembre de 2002. Luego, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, el día 15 de octubre del mismo año, para la presentación de alegatos finales y concepto de fondo (Fol. 171 c. Ppal), todos los sujetos procesales guardaron silencio (fol. 172 c. ppal.).

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES:

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por uno de los ejecutados, “El Cóndor S.A.” Compañía de Seguros Generales, contra la sentencia proferida el día 29 de noviembre de 2001, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declararon no probadas, en su mayoría, las excepciones de fondo propuestas por él, se ordenó seguir adelante la ejecución contra el contratista la sociedad ICEMUEBLES LTDA. por el valor total de la ejecución y, contra la aseguradora - recurrente, por la suma amparada en la póliza de seguro de cumplimiento.

Antes del estudio del recurso se estudiará la jurisdicción sobre el caso, debido a que el apelante se queja de una posible falta de jurisdicción.

A. CUESTIÓN PREVIA:

Dijo el apelante que el Tribunal partió de una premisa errada al considerar que esta jurisdicción tiene competencia para conocer del presente proceso porque el Consejo de Estado ha sostenido lo contrario es decir que es la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de la ejecución de garantías.

Valga recordar que el Consejo de Estado sostiene lo contrario a lo afirmado por el recurrente, pues entiende que esta jurisdicción es la que puede conocer de las ejecuciones de acreencias contractuales “DERIVADAS de los contratos estatales”, de los que son de su conocimiento. Así se desprende de la sentencia proferida en un juicio de “acción de nulidad” el día 24 de agosto de 2000¹, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 19 del decreto reglamentario 679 de 1994, cuyo texto es el siguiente: “De la ejecución de la garantía única. Cuando no se paguen voluntariamente las garantías únicas continuarán haciéndose efectivas a través de la jurisdicción coactiva con sujeción a las disposiciones legales”.

Dicha disposición fue anulada porque la Sala encontró que el Gobierno Nacional rebasó los límites de la potestad reglamentaria, fijados en la Constitución y en la ley. Señaló que la Constitución dispone que le corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (num. 11 art. 189). Y que la ley 80 de 1993 prevé que “() el juez competente para conocer de las controversias DERIVADAS de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el juez de la jurisdicción contencioso administrativa” (2).

En la mencionada sentencia de la Sala se concluyó el desbordamiento de la potestad reglamentaria por parte del artículo 19 del decreto 679 de 1994, porque atribuyó competencias a las entidades estatales para conocer en jurisdicción coactiva y porque señaló los procedimientos para la tramitación de esas actuaciones; la sentencia indicó, de acuerdo con la constitución y la ley, que aquellas materias están reservadas exclusivamente al legislador y por lo tanto el Gobierno no tenía competencia material en esos aspectos.

Por ende no le asiste razón al recurrente al estimar que no existe jurisdicción.

B. COMPETENCIA FUNCIONAL:

En este caso existe porque en forma concurrente se dan los dos supuestos legales para la apelación del fallo proferido en proceso ejecutivo, cuales son que el asunto sea de dos instancias, por la cuantía de las pretensiones al momento de demandar, y que se hayan denegado excepciones de mérito (arts. 507 y 510 - literal c - del C.P.C).

B. LÍMITES PARA LA DECISIÓN.

Como la apelación está dirigida contra la sentencia ejecutiva mediante la cual se denegaron la mayoría de las excepciones de mérito, se estudiará únicamente lo desfavorable respecto al apelante único, Sociedad “El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales”; así lo enseña el artículo 357 del C.P.C al disponer que “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso ()”.

¹ Proceso. No. 11.318. Actor: Hernando Pinzón Avila.

² Así lo ha sostenido la jurisprudencia, uniformemente, desde el día 22 de noviembre de 1994, en auto dictado dentro del expediente No. S- 414, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

C. TÍTULO EJECUTIVO.

La parte actora allegó, en fotocopias autenticadas, los siguientes documentos que conforman el título ejecutivo:

1. Contrato No. D-211 del 14 de septiembre de 1995 celebrado entre el Ministerio de Defensa Nacional e ICEMUEBLES LTDA., cuyo objeto era proveer bienes y/o servicios por US\$55.069,25.

En Lo pertinente, en dicho contrato, se pactó lo siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA_ El contratista se obliga para con MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJERCITO NACIONAL a entregar los elementos anteriormente relacionados en el objeto del contrato con la debida diligencia y cuidado que requieren y en el plazo pactado”.

CLAUSULA SEGUNDA: La mora o el incumplimiento parcial de las obligaciones que asuma el contratista por medio de este contrato, dará derecho al Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional para imponer a aquél multas diarias del Uno (1%) por ciento del valor de los elementos no entregados oportunamente y hasta por un término máximo de quince (15) días calendario. Llegado el caso su imposición se hará mediante resolución motivada del Subintendente General del Ejército en la que se expresarán las causas que dieron lugar a ella. Dicha providencia se notificará personalmente al contratista y si ello no fuere posible se publicará un aviso en periódicos de amplia circulación con inserción de la parte resolutive”.

CLAUSULA TERCERA: GARANTÍA UNICA. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a este contrato el contratista se obliga a constituir en una compañía de seguros o entidad bancaria legalmente establecida en Colombia cuyas pólizas matrices estén debidamente aprobada por la Superintendencia Bancaria una garantía única según lo establecido en el artículo 25 numeral 19 de la ley 80 de 1993 que ampare el riesgo de cumplimiento del contrato por el diez (10%) por ciento del valor del contrato con una vigencia igual al plazo de entrega y sesenta (60) días más y riesgo de calidad por el cincuenta (50%) del valor total del contrato con una vigencia de un (1) año a partir de la fecha de recepción de los bienes y el riesgo de un buen manejo del anticipo cuando se llegare a pactar con una vigencia igual al plazo de entrega y sesenta (60) días más por el equivalente del cien por ciento (100%) del valor del anticipo” (...).

CLAUSULA SEXTA. PENAL PECUNIARIA En caso de que el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional declare la caducidad administrativa de este contrato o por incumplimiento del contratista, se hará efectiva directamente por la Subintendencia General del Ejército al contratista, como cláusula penal pecuniaria, el valor correspondiente al diez (10%) por ciento del total de este contrato, suma que se considera como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. PARÁGRAFO: El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria ingresará al Tesoro del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional y podrá ser tomada directamente de la garantía constituida o de los saldos a favor del contratista ()” (Documento público - fols. 12 y vto. C. 1).

2. Póliza Única de Seguro de Cumplimiento No. 025952401553 expedida el 21 de septiembre de 1995 por “El Cóndor S. A”, por valor de \$6’707.879,24; la vigencia se indicó desde la fecha de su expedición hasta el día 2 de marzo de 1996, en lo que respecta al cumplimiento del contrato D-211/95 referente al suministro de repuestos de ametralladora Cal. 50 Browning (fol. 13 c. 1); dicha póliza fue aprobada por el Ministerio de Defensa Nacional el día 23 de octubre de 1995 (fol. 14).

3. Certificado de Modificación No. 0000951 respecto a la póliza No. 025952401553, expedido el día 20 de febrero de 1996, en el cual se amplió la vigencia de la garantía de cumplimiento hasta el día 2 de mayo de ese año (fol. 15) y que fue aprobada igualmente, por el contratante estatal, el día 4 de marzo del mismo año (fol. 16 c. 1)

4. Resolución 0005 del 26 de enero de 1996, mediante la el contratante público impuso una multa contractual a Icemuebles Ltda (Industria Colombo Europea De Muebles Ltda), por \$US10.321,05 equivalente al 1% diario del valor del material no entregado oportunamente, por el término de 15 días calendario, la cual deberá cancelarse por el contratista dentro de los 8 días siguientes a la ejecutoria de la Resolución, en la Tesorería Principal del Comando del Ejército; precisó además que el valor de la multa en dólares se liquidaría en pesos colombianos al tipo de cambio del día en que se realice el pago; ordenó su notificación al contratista y a la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A. “quien está garantizando el cumplimiento del contrato No. D-211/95, según póliza No. 025-9524015553, aceptada y aprobada por este Despacho el 23 de octubre de 1995”. (Documento público - fols. 17 a 19 c. 1). Los fundamentos de la resolución son:

“Que el Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, con fecha 15 de septiembre de 1995, celebró con la SOCIEDAD ICEMUEBLES LTDA- INDUSTRIA COLOMBO EUROPEA DE MUEBLES LTDA., el contrato No. D-211/95, para la adquisición de repuestos de ametralladora calibre 50 Browning.

Que el contratista se comprometió a entregar la totalidad del material objeto del contrato D-211/95 en la modalidad DDU EROPUERTO EL DORADO de Santafé de Bogotá D. C., dentro de un plazo no mayor al 29 de diciembre de 1995.

Que el contratista mediante escrito del 26 de Diciembre de 1.995, solicitó una prórroga para la entrega del material objeto del Contrato D-211/95 hasta finales de enero de 1996.

Que estudiados los argumentos del contratista y los documentos allegados, según concepto del 28-DIC-95 de la Asesoría Jurídica de la Dirección de Recepción y Distribución no se encontraron argumentos fácticos ni jurídicos que justificaran circunstancias de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, concepto que fue acogido por la Junta de Compras y por el ordenador del gasto.(Fol. 17 c. 1).

Que el contratista a la fecha, no ha entregado la totalidad del material objeto del contrato No. D-211/95 por un valor total de US\$68.807.23.

Que la cláusula SEGUNDA-MULTAS, del contrato D-211/95 se pactó que dada la mora o el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, da derecho al Ministerio de Defensa Ejército Nacional para imponer a aquél multas diarias del 1% del valor de los elementos dejados de entregar oportunamente y hasta por un término máximo de quince (15) días calendario. (...)”

El anterior acto administrativo fue notificado en forma personal al representante legal de la sociedad ICEMUEBLES LTDA el día 26 de febrero del mismo año (fol. 19 c. 1) y por edicto fijado el día 13 de febrero de 1996 (fol. 20 c. 1).

5, Resolución No. 036 del día 28 de marzo de 1996 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la contratista ICEMUEBLES LTDA contra la resolución 0005, en la cual se decidió confirmar en todas sus partes la resolución impugnada y se ordenó notificar a la contratista y a la Compañía de Seguros Cóndor S.A., “quien está garantizando el cumplimiento de la póliza 025952401553 y certificados de modificaciones Nos. 000405 y 0000951” (Documento público - fols. 23 a 25 c. 1).

La anterior resolución se notificó personalmente a la firma contratista el día 10 de abril de 1996 (fol. 25 vto.c. 1). y en fotocopia simple, se allegaron por el propio ejecutante copias de documentos emanados por él, y que por lo tanto son apreciables, que tienen que ver con la citación de notificación al asegurador y la respuesta de éste, así:

. Comunicación No. 151CIT-ACJ-023, del 1º de abril de 1996, enviada por el Director de Adquisiciones del Ejército al representante legal de Seguros Cóndor S.A., para que comparezca para ser notificado de la Resolución 036 de 1996, la cual tiene sello de recibido por Seguros Cóndor del día 2 de abril de 1996 (fol. 27 c. 1).

. Comunicación IND-50-00938-96 de septiembre 23 de 1996, suscrita por la abogada del Departamento de Indemnizaciones y dirigida al Subintendente General del Ejército, en la cual se informa que:

“La comunicación 294 CEITE, también le fue contestada en su oportunidad en el mismo sentido, es decir informándole que el pago requerido por usted no es procedente en este momento ya que esta Aseguradora interpuso una revocatoria directa contra la resolución inicial por no haber sido notificada a CONDOR en su debida oportunidad y no está de acuerdo con su contenido.

De otra parte le informamos que el contratista ya presentó demanda de nulidad de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo y solicitamos la nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que no es procedente que esta Aseguradora cancele a usted la suma requerida, cuando el contratista está demandando la nulidad de los actos soporte de su cobro”. (fol. 129 c. 1).

D. EXCEPCIONES DE MÉRITO:

Recuérdese que “El Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales” propuso a título de excepciones de fondo varios hechos sobre los cuales se pronunció el Tribunal, y respecto de los cuales sólo uno de ellos prosperó parcialmente y que dicha compañía aseguradora, apelante único, estima que todos ellos deben prosperar. La Sala estudiará las excepciones propuestas en el siguiente orden:

1. Estudiará conjuntamente las relativas a INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN CONDICIONAL POR NO ACREDITARSE LOS PERJUICIOS y la de FALTA DE HECHO GENERADOR PARA LA DEMANDA.

Para analizarlos debe precisarse, en primer lugar, que la garantía expedida por la Compañía de Seguros “El Cóndor S.A.”, póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades oficiales, garantiza la ejecución del contrato No. D-211 referente al suministro “de repuestos de ametralladora Cal. 50 Browning”. y el contrato estatal que dio origen a la garantía se suscribió el 15 de septiembre de 1995 y, por tanto, le es aplicable lo establecido en la ley 80 de 1993.

Como ya se explicará no resultan ciertas las afirmaciones de la aseguradora, en aquellas dos excepciones, respecto a que el ejecutante no acreditó la obligación condicional y la cuantía de los perjuicios y por tanto no podía ejecutar, porque cuando el Estado reconoció la existencia del siniestro, en acto administrativo motivado en el incumplimiento del contratista en la entrega de los bienes contratados e indicó la cuantía del perjuicio, de acuerdo con lo pactado en el contrato estatal, demostró la existencia del siniestro y de la cuantía del perjuicio, como lo exige el artículo 1077 del Código de Comercio. Explicativamente se tiene:

Respecto del contrato de seguro, cabe hacer las siguientes precisiones; el Código de Comercio enseña que dicho contrato es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (art. 1036, modificado ley 389 1997, art. 1); que su objeto es asegurar un riesgo y el riesgo está definido legalmente como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento” (art. 1.054 ibídem).

Como puede verse el contrato de seguro crea obligaciones condicionales, que se caracterizan porque penden de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. Se destaca entonces que las obligaciones en el contrato de seguro respecto del asegurador se originan, se repite, con la realización del riesgo asegurado, es decir cuando se da la condición del aseguramiento (art. 1.054 ibídem).

En relación con la garantía que otorga el contratista en los contratos estatales el ordenamiento jurídico dispone lo siguiente:

La ley 80 de 1993 que “el contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado” (inc. 1 numeral 19 art. 25). Y la misma ley y su reglamentario, decreto 679 de 1994, exigen como uno de los presupuestos para la ejecución del contrato Estatal que la Administración le imparta aprobación a la garantía allegada por su contratista (inc. 1 art. 41 ibídem y arts. 17 y 18 del decreto reglamentario 679 de 1994).

Por su parte, el decreto reglamentario citado señala cómo debe proceder la Administración para evaluar la suficiencia de las garantías, de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas; los riesgos que se pueden incluir en el contrato de seguro para ser amparados; las reglas que se deben tener en cuenta para evaluar la suficiencia de las garantías; la vigencia de los amparos de estabilidad según el caso; la determinación por parte de la Entidad sobre el término del amparo de estabilidad, según la naturaleza del contrato; la carga del contratista en reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectada por razón de siniestros y la aprobación de la garantía única (arts. 17 y 18).

El tomador del mencionado contrato de seguro, que desde otro punto de vista es el contratista de la Administración, es quien traslada los riesgos al Asegurador para indemnizar, hasta el monto asegurado, si se presentan en el futuro siniestros imputables a él, por su incumplimiento en el contrato celebrado con la Administración.

El Asegurador, por su parte, es la persona jurídica que asume los riesgos para lo cual debe estar debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos (art. 1037 del Código de Comercio); la obligación de aseguramiento del asegurador sólo se origina cuando acaece el riesgo asegurado (art. 1.054 *ibídem*).

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 1.054 *ibídem*).

Esas situaciones relativas *) al traslado de ciertos riesgos al asegurador que hace el tomador (contratista de la Administración) hasta el monto asegurado; *) la asunción de esos riesgos por el asegurador y *) la aprobación administrativa de esa garantía, están autorizadas y reguladas por la ley. En efecto, la ley 80 de 1993 al respecto,

- Autoriza, para los efectos referidos, que el contratista de la Administración prestará garantía única, es decir que deberá trasladar los riesgos antes indicados a un tercero (inc. 1 numeral 19 art. 25).
- Exige que la garantía única prestada por el contratista deba ser aprobada por la Administración contratante (inc. 1 art. 41 *ibídem* y arts. 17 y 18 del decreto 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, la indemnización hasta el monto asegurado. De lo estudiado hasta ahora se concluye que el contrato de seguros que crea obligaciones, nace desde la celebración del mismo y que las obligaciones de aseguramiento del asegurador se originan cuando acaece el riesgo “asegurado”.

Otro punto a estudiar es el concerniente a ¿Cuándo nace la obligación de indemnizar por parte del asegurador?. Es decir: ¿A partir de cuándo es exigible por la Administración al Asegurador el pago de la acreencia?.

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. Y sobre el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos el C. C. A. dispone:

“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”.

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. Por lo tanto si la responsabilidad del asegurador proviene de que acaeció el riesgo “asegurado por el tomador”, es decir el incumplimiento contractual del contratista de la Administración, se colige también que el reconocimiento del siniestro en acto administrativo que manifiesta una obligación clara expresa contra el asegurador, cuando esté en firme (exigibilidad), conformará con otros documentos una acreencia derivada de un contrato estatal; esos documentos son: el contrato estatal y la garantía.

Entonces, resulta claro en estos eventos que el contrato estatal junto con la póliza única de seguro de cumplimiento y las resoluciones mediante las cuales se declaró el siniestro y se impuso la multa al contratista, conforman el título ejecutivo complejo, pues contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

En efecto: cuando es la administración el beneficiario del contrato de seguro, está normado, que como aquélla está privilegiada de la decisión previa - es decir que no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador -, puede mediante acto administrativo, artículo 68 numerales 4 y 5 del C. C. A., reconocer la existencia del siniestro y requerir al asegurador a cumplir la obligación indemnizatoria. Esa decisión queda dotada como todo acto administrativo de las cualidades presuntas, de legalidad, en cuanto al derecho, y de veracidad, en cuanto a los hechos.

Por consiguiente, cuando particularmente la Administración - hoy ejecutante - reconoció la existencia del siniestro y fijó la cuantía del perjuicio, demostró los supuestos exigidos por el artículo 1.077 del Código de Comercio cuales son, se repiten, la ocurrencia del siniestro y la cuantía del perjuicio. Para el reconocimiento del siniestro, recuérdese que en la cláusula segunda del contrato, celebrado entre el Ministerio de Defensa e ICEMUEBLES LTDA se pactó que la mora o el incumplimiento de éste “dará derecho” a la contratante para imponerle multas al contratista, las cuales podrán ser tomadas directamente de la garantía constituida o de los saldos a favor del contratista (cláusula sexta; fols. 12 y vto. C. 1).

Por lo tanto se concluye en forma clara que los fundamentos de las excepciones estudiadas no son ciertos, toda vez que en el acto administrativo que reconoció la existencia del siniestro (hecho condicional cumplido) e indicó la cuantía del perjuicio (valor de la multa), cumplió con las exigencias del artículo 1077 del Código de Comercio que alude a los supuestos que debe acreditar el asegurado (obligación condicional y cuantía del perjuicio). Otra de las excepciones propuestas es la siguiente:

2. Prescripción de la acción ejecutiva.

Dice el asegurador apelante que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.081 del Código de Comercio, legislación aplicable por ser el contrato de seguro autónomo, principal y diferente del contrato que garantiza, el término de prescripción es de dos años; y como particularmente, en el caso, entre la ejecutoria de la resolución que impuso la multa y la fecha de presentación de esta

demanda transcurrieron tres años y cinco meses, deberá declararse que se configuró la prescripción ordinaria prevista en dicha norma. La Sala observa que ese planteamiento del recurrente no es de recibo porque la prescripción ordinaria de la acción que se deriva del contrato de seguros, mira al término máximo pero para promover la responsabilidad del asegurador. Al respecto 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."

Para la comprensión de ese artículo deben tenerse en cuenta otras disposiciones del mismo código; en materia de seguros también dispone que el riesgo asegurado debe acaecer dentro de la vigencia del contrato de seguro. Es de ley que cuando es un particular el beneficiario del contrato de seguro y el asegurador no lo indemnice a su solicitud, es decir por el mero requerimiento, le corresponde asistir a estrados judiciales, para pedir que se declare la obligación del asegurador, es decir que se le reconozca judicialmente que el hecho o siniestro sí se dio y que, en consecuencia, se declare que el asegurador está obligado a indemnizarlo. Por ello los artículos 1.072 y 1.131 del Código de Comercio disponen:

"ARTÍCULO 1.072.- Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado".

"ARTÍCULO 1.131. En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial".

Y cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, está previsto en la ley que como ella está privilegiada con la decisión previa, es decir que para el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador, puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria. Es por esto que, cuando el Estado declara la obligación de indemnización del asegurador, ello equivale a la reclamación extrajudicial por vía administrativa; la reclamación así entendida - noticiando al asegurador - tendrá que hacerse dentro del término de prescripción ordinaria es decir dentro de los dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro. Se repite: el código de comercio dispone: "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." ⁽³⁾.

³ Sentencia de 17 de agosto de 1995. REF: Expediente 3.393. Demandante: Sociedad "COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A". Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano.

Lo anterior permite concluir que los fundamentos del recurrente se equivocan los distintos supuestos jurídicos previstos para las prescripciones “ordinaria” del contrato de seguros y la acción ejecutiva, frente a una obligación clara expresa y exigible, que conciernen con puntos distintos cuales son la declaración de la obligación indemnizatoria (judicial o extrajudicial) y la ejecución forzada judicial de la obligación indemnizatoria.

Pero aún analizando el planteamiento del recurrente ni se puede concluir que extemporáneamente la Administración reconoció la existencia del siniestro, ni que presentó la demanda ejecutiva extemporáneamente, como pasa a explicarse:

La vigencia de la póliza es el período dentro del cual el asegurador si ocurre o se da el riesgo o hecho garantizado debe responder, si es que surge su responsabilidad del contrato de seguro; la vigencia de la póliza, marca entonces el tiempo dentro del cual si ocurre el hecho garantizado podría ocasionarle a aquel, responsabilidad de indemnizar. Podría decirse de otro modo, si el hecho o el riesgo asegurado ocurre o se da, dentro del primero o último minuto de vigencia de la garantía, en principio, el asegurador debe responder. Cuando la administración declara la existencia del siniestro u ocurrencia del riesgo asegurado, concluye que se dio o ocurrieron antecedentes precavidos en el contrato de seguro del que es beneficiario; no significa que el acto jurídico que declara la existencia del siniestro hace que en la vida jurídica el siniestro sé dé en ese momento; lo que ocurre es, que previo a proferir ese acto jurídico, el riesgo asegurado ha acaecido; la ocurrencia del siniestro es en lógica, anterior al acto que reconoce su ocurrencia. Recuérdese, por otra parte, que el riesgo es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurador o beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador (art 1.054 C. de Co.) y que se entiende ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado (art 1.131 ibídem).

Aplicando esas normas legales al caso particular se tiene que la Administración reconoció la existencia del siniestro y requirió al asegurador en tiempo, porque la reclamación extrajudicial administrativa se hizo ante el asegurador antes del vencimiento de los dos años; así:

- El riesgo asegurado acaeció el día 29 de diciembre de 1995 (fecha de incumplimiento del contrato);
- La garantía tenía vigencia hasta el 2 de mayo de 1996; y
- La resolución administrativa que declaró la ocurrencia del siniestro (el hecho del incumplimiento) se expidió el 26 de enero de 1996, la cual quedó en firme en el mes de abril siguiente después de la notificación de la decisión del recurso de reposición (resolución 036 de 28 de marzo de 1996) .

Por lo tanto al no prosperar ninguno de los argumentos del asegurador apelante, que estaban dirigidos a controvertir la desestimación que hizo el A quo de las excepciones que le declaró no probadas, se confirmará el fallo apelado.

E. COSTAS:

Finalmente, habrá de condenarse a la ejecutante a pagar al demandado las costas, así como los perjuicios sufridos por éste con ocasión de las medidas cautelares y del proceso, tal como lo establece el literal d) del artículo 510 del C. de P. C., el cual prevé: “La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso. La liquidación de los perjuicios se hará como dispone el inciso final del artículo 307”.

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:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia recurrida, proferida el 29 de noviembre de 2001 por el Tribunal Administrativa de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la apelante “El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales”.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Ricardo Hoyos Duque
Presidente

Jesús María Carrillo Ballesteros

María Elena Giraldo Gómez

Alier Eduardo Hernández Enríquez

Germán Rodríguez Villamizar