

3-CC-12-2015

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015).

Radicación : 250002326000200300874-01
Expediente : 28.278
Demandante: Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –CONFIANZA-
Demandado: Instituto Geográfico Agustín Codazzi y otro
Naturaleza: Contratos

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de junio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuya parte resolutive dispuso (se transcribe como aparece a folio 149, C. Consejo):

"PRIMERO.- DECLARASE la falta de legitimación por pasiva respecto del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA– DANE.

"SEGUNDO.- DECLARASE la nulidad parcial de la resolución No 0436 de octubre 23 de 2002 proferida por el INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTÍN CODAZZI, pero solo respecto del numeral SEGUNDO en el sentido de hacer efectiva la garantía únicamente por la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$2'347.948.00).

"TERCERO.- Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.. Sin condena en costas".

ANTECEDENTES.-

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 23 de abril de 2003 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –CONFIANZA

S.A.-, actuando por conducto de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, con el fin de obtener: (i) la declaración de nulidad de la Resolución 436 del 23 de octubre de 2002, proferida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por la cual declaró la realización del “... riesgo de incumplimiento en la calidad de unos bienes ...” (fl. 2, C. 1) y ordenó hacer efectiva la garantía única de cumplimiento GU-1064240, expedida por la demandante, por \$49'008.361.00, (ii) la declaración de nulidad de la Resolución 562 del 27 de diciembre de 2002, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución, (iii) la declaración de que la demandante no está obligada a pagar “... la indemnización de perjuicios derivados del lucro cesante, con ocasión de la póliza No. GU-1064240” (fl. 3, C. 1) y (iv) la condena en costas y agencias en derecho a cargo de la parte demandada (fls. 2 y 3, C. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- El 6 de diciembre de 1999, fue celebrado, entre el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (contratante) y Global Datel de Colombia S.A. (en liquidación, para la fecha de la demanda), el contrato 130, cuyo objeto era el suministro -con instalación y puesta en funcionamiento- de equipos de cómputo en 71 municipios del país, los cuales debían operar en ambiente de red, con sistema operacional LINUX RED HAT -última versión de IBM-, con el fin de cumplir las labores propias del instituto.

El valor del contrato fue de \$554'607.125.

2.2.- El 10 de diciembre de 1999, CONFIANZA S.A. expidió la póliza GU 1064240, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del citado contrato.

2.3.- El 28 de enero y el 25 de febrero de 2000, luego de efectuadas las pruebas de operatividad y funcionamiento de los equipos, los interventores designados por la entidad contratante expedieron el visto bueno, para el pago del saldo a favor del contratista.

2.4.- Mediante sendos memorandos de 11 de marzo y 4 de julio de 2002, los interventores del contrato solicitaron a la Oficina Jurídica del Instituto Geográfico Agustín Codazzi la afectación de la póliza de cumplimiento, en el amparo “*calidad*”, pues 4 de los monitores vendidos presentaron fallas.

2.5.- Mediante Resolución 436 del 23 de octubre de 2002, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi declaró la ocurrencia del riesgo de “... *incumplimiento en la calidad y correcto funcionamiento ...*” (fl. 18, C. 1), por las fallas que se presentaron en los 4 monitores instalados en las oficinas de Guaduas, Magangué, Buenaventura y Villavicencio y ordenó hacer efectiva la garantía única GU-01031064240, por \$49'008.361, pese a que la reposición de los monitores averiados fue estimada en \$2'347.948.00. La suma restante correspondió a los dineros dejados de percibir en cada una de las oficinas por la falta de los equipos.

2.6.- CONFIANZA S.A. recurrió oportunamente el anterior acto administrativo, pero la demandada confirmó la decisión, mediante Resolución 562 del 27 de diciembre de 2002.

2.7.- Añadió la demandante que los daños o las fallas en los monitores se presentaron en Guaduas en octubre de 2001, en Buenaventura en abril de 2002, en Villavicencio en febrero de 2002 y en Magangué en enero de 2002. La Oficina Jurídica del Instituto fue enterada de la situación el 11 de marzo y el 4 de julio de 2002; sin embargo, solo el 23 de octubre de ese año declaró la ocurrencia del siniestro, lo cual significa que solo 7 meses después de ocurrido el siniestro fue realizada la reclamación frente a la aseguradora.

2.8.- La demandante aseguró que la póliza no amparaba los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, lo que significa que su cobro, a través de los actos cuestionados, era improcedente; no obstante, el Jefe de la Oficina Jurídica del IGAC afirmó que el cobro era procedente, porque así lo contemplaban la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994.

2.9.- CONFIANZA S.A. afectó la póliza GU-1064240 en el amparo de “... *calidad y correcto funcionamiento* ...” (fl. 6, C. 1) y el 7 de abril de 2003 realizó un pago, a favor del IGAC, por \$2'348.000, por concepto de la reposición de los cuatro monitores averiados (fls. 3 a 6, C. 1).

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

La parte demandante invocó los artículos 2 de la Constitución Política, 2 del Código Contencioso Administrativo, 13 de la Ley 80 de 1993, 1602 del Código Civil, 1047, 1056, 1072 y 1088 del Código de Comercio.

Con fundamento en las normas citadas en precedencia, la demandante afirmó que en los seguros de cumplimiento la indemnización de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, solo procede si el asegurador ha asumido expresamente su cobertura.

En este caso, el contrato de seguro no contempló la indemnización por lucro cesante, de modo que la aseguradora no podría ser obligada al reconocimiento de tal modalidad de perjuicio material (fls. 6 y 7, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 21 de mayo de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera) admitió la demanda y ordenó notificar personalmente la providencia a los representantes legales del Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- y del Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC- y al agente del Ministerio Público, dispuso fijar en lista

el negocio y reconoció personería al apoderado de la demandante (fl. 12, C. Principal).

Mediante auto del 22 de octubre de 2003, el Tribunal ordenó la vinculación al proceso de Global Datatel de Colombia S.A. –en liquidación-, en calidad de litisconsorte necesario por activa (fls. 87 y 88, C. 1).

El liquidador de la sociedad fue notificado personalmente de la providencia que ordenó su comparecencia al proceso, según consta en el acta visible a folio 92 del cuaderno 1; sin embargo, guardó silencio durante todo el trámite procesal.

4.1.- La contestación de la demanda.-

4.1.1.- El Instituto Geográfico Agustín Codazzi contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos los relacionados con la expedición de los actos administrativos cuestionados y, en relación con los demás, aclaró las circunstancias que dieron lugar a la declaración de ocurrencia del siniestro.

Precisó que 4 de los monitores vendidos dejaron de dar imagen, que los daños se concretaron durante el período de garantía de calidad y correcto funcionamiento de los equipos suministrados y que las averías no tuvieron origen por variación del fluido eléctrico, por condiciones ambientales adversas o por maltrato de los aparatos.

Precisó que la ocurrencia del siniestro fue probada y la cuantía de los daños fue estimada en las sumas consignadas en las resoluciones demandadas.

Solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda (fls. 22 a 35, C. 1).

4.1.2.- El DANE contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso la excepción de mérito que denominó "**FALTA DE**

LEGITIMACIÓN POR PASIVA" (fl. 77, C. 1), por cuanto el IGAC es un establecimiento público dotado de personería jurídica; por ende, tiene la capacidad de comparecer al proceso por sí mismo, sin necesidad de acudir a través de la entidad frente a la cual se encuentra adscrita, es decir, del DANE (fls. 77 a 79, C. 1).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- El IGAC defendió la legalidad de los actos cuestionados, para lo cual señaló que la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios ocasionados a la entidad pública quedaron acreditados.

Sostuvo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 (numeral 19) de la Ley 80 de 1993, la finalidad de la garantía única de cumplimiento es amparar, precisamente, el cumplimiento de las obligaciones del contratista y no los daños que llegaren a sufrir los bienes, razón por la cual, contrario a lo que afirmó la parte actora, no es procedente aplicar el artículo 1088 del Código de Comercio (fls 124 a 126, C. 1).

5.2.- CONFIANZA S.A. sostuvo que, según consta en los actos administrativos demandados, el valor de los equipos averiados era de \$2'348.000.00 y ese monto fue el que pagó la aseguradora a la entidad demandada, como consecuencia de la exigibilidad del amparo de calidad y correcto funcionamiento de los equipos suministrados.

Pese a lo anterior, la entidad demandada estimó el monto de los perjuicios en una suma muy superior a la del valor de los equipos que sufrieron daños, desconociendo que en la garantía no fue pactado expresamente el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Por lo anterior, solicitó que en la sentencia se declarara que la aseguradora se encuentra a paz y salvo, "*... en la medida en que canceló la obligación derivada de la misma póliza en lo que hace al pago efectuado por la suma*

de \$2'348.000 por concepto de daño emergente" (fls. 130 a 135, C. 1).

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 23 de junio de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera – Subsección "B") puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de esta providencia.

Para llegar a lo anterior, el Tribunal, luego de relacionar los medios de prueba que obran en el proceso, sostuvo (se transcribe como aparece a folios 147 y 148, C. Consejo):

"El argumento para hacer exigible la garantía única de cumplimiento por la suma de \$49.008.361.00, como consecuencia de los perjuicios causados a las oficinas arriba anotadas, fueron las necesidades que no pudieron solucionarse en dichas oficinas por, el posible mal funcionamiento de los monitores. No obstante, en consideración de la Sala este riesgo no estaba amparado por cuanto corresponde a una indemnización por lucro cesante, la cual procede, como ya se señaló, en tanto y en cuanto, se haya acordado expresamente en la contrato de seguros.

"Lo anterior permite inferir que, la entidad publica pretende el cobro por un lucro cesante no determinado en la póliza de cumplimiento, razón por la cual se declarara la nulidad parcial de los actos administrativos aquí acusados, declarándose que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA no esta obligada a pago alguno por concepto de indemnización de perjuicios derivado de lucro cesante".

Asimismo, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE-, en relación con las pretensiones de la demanda (fls. 139 a 149, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación.-

Fue interpuesto por la parte demandada, con el fin de obtener la revocatoria de la sentencia recurrida.

Como razones del disenso, sostuvo que el artículo 1088 del Código de Comercio, relacionado con el carácter indemnizatorio del seguro, no es aplicable a los seguros de cumplimiento previstos por el artículo 25 (numeral

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

19) de la Ley 80 de 1993 (reglamentado por el artículo 16 del Decreto 679 de 1994), pues el mencionado precepto sólo es aplicable a los seguros de daños y este tipo de seguros no se enmarca dentro de dicha categoría.

Señaló que el numeral 1.6 del clausulado de la póliza GU010 31064240 y del certificado de modificación CMODF 03 1101961 dice, en lo que concierne al amparo de calidad de los equipos suministrados, que éste *"... cubre a las entidades estatales contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las especificaciones y requisitos mínimos contractuales de los bienes suministrados por el mismo"*, lo que significa que su objetivo era salvaguardar el interés público y proteger a la administración frente al eventual incumplimiento de las obligaciones del contratista; por consiguiente, el amparo no se reducía a cubrir el valor de los daños que pudieran sufrir los bienes entregado por su mala calidad, sino que también abarcaba el valor de los perjuicios que pudiera sufrir la entidad como consecuencia de la mala calidad de los bienes entregados.

Añadió (se transcribe como aparece a folio 163, C. Consejo):

"... si la ley solo pretendiera amparar el daño de los bienes entregados en desarrollo de un contrato, no establecería la obligación de constituir póliza única de seguro que amparara el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que limitaría establecer como obligación de las entidades, la de incluir los bienes que se entreguen por un contratista en alguna de las pólizas conformantes del programa de seguros de la entidad y que amparan riesgo de daños. Igualmente, si la ley solo pretendiera amparar el daño de los bienes y no las obligaciones generadas en el contrato, no establecería como requisito de ejecutabilidad del mismo, la aprobación de la póliza única de cumplimiento ...".

Insistió en que, como el contrato de seguro de cumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato estatal no se ubica en la categoría de seguro de daños, no es necesario pactar, expresamente, el pago de la indemnización por lucro cesante; por consiguiente, el amparo de calidad cubre tanto el daño emergente, es decir, el valor de los bienes que presentaron fallas, como el lucro cesante, esto es, el valor de los perjuicios ocasionados por la falta de los equipos que presentaron fallas.

Sostuvo que solo a partir de 2004, es decir, con posterioridad a la ocurrencia del siniestro declarado a través de los actos demandados, la aseguradora Confianza S.A. excluyó, expresamente, los perjuicios derivados del lucro cesante en que incurriera la entidad, por la realización de los riesgos asegurados.

Rebatió la posición del Tribunal a quo, en cuanto a que la entidad estatal no tiene competencia para imponer obligaciones a cargo de la aseguradora, tendientes a obtener la indemnización de perjuicios, en la modalidad de lucro cesante, derivados del amparo de calidad y correcto funcionamiento de los equipos, pues, en su opinión, lo único que hizo la entidad fue buscar la indemnización del siniestro ocurrido.

Advirtió que la contratista no efectuó el mantenimiento preventivo de los equipos y que de tal situación fue informada la aseguradora (fls. 160 a 167, C. Consejo).

8.- El traslado para alegar en segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-

Por auto del 11 de marzo de 2005 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fls. 179 y 180, C. Consejo).

8.1.- La parte demandada, en su alegato, defendió la legalidad de los actos administrativos declarados parcialmente nulos por el juez de primera instancia, para lo cual reiteró las razones esbozadas al sustentar el recurso de apelación (fls. 181 a 186, C. Consejo)

8.2.- La parte demandante reiteró las alegaciones de primera instancia y solicitó la confirmación de la sentencia recurrida (fls. 189 a 194, C. Consejo).

El Delegado del Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES.-

I.- La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera – Subsección "B") el 23 de junio de 2004, por cuanto la cuantía del proceso, determinada por la pretensión de mayor valor, asciende a \$49'008.361.00¹. Para la época de interposición de la demanda², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de \$36'950.000.00³, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Validez de la prueba recaudada.-

Previo a decidir de fondo el recurso de apelación, resulta necesario precisar que alguna parte de la prueba documental que milita en el proceso se halla en copia simple y esa circunstancia, en principio, impediría otorgarle mérito probatorio, porque no satisface las exigencias que rigen la materia, conforme a lo dispuesto por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil; no obstante, en esta oportunidad la Sala la valorará y, por ende, la tendrá en cuenta para elaborar los juicios de valor

¹ Pretensión tercera de la demanda, a través de la cual solicita que se declare que la sociedad demandante no está obligada a pagar valor alguno por concepto de indemnización de perjuicios derivados del lucro cesante, con ocasión de la póliza GU 1064240.

² 17 de julio de 2002.

³ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

encaminados a decidir la controversia sometida a su consideración, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de agosto de 2013 (exp. 25.022), unificó su jurisprudencia en torno al tema y estimó procedente dar valor probatorio a las copias simples, cuando éstas no hayan sido cuestionadas en su veracidad por la parte contra quien se aducen o no hayan sido tachadas de falsas⁴.

III.- Cuestión previa.-

La competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia.

Lo anterior significa que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la *"non reformatio in pejus"*, introducido como precepto en el artículo 31 de la Constitución Política y consagrado por el artículo 357 del C. de P. C. y, en segundo orden, por el objeto mismo del recurso de apelación (revocar o modificar la providencia), cuyo marco está definido, a su vez, por las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia.

Así, pues, al juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador⁵, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente (bien porque omite reargüirlos en la

⁴ Este criterio no lo comparte el ponente de esta decisión; sin embargo, lo acata por respeto a las decisiones de la Sala Plena de la Sección Tercera.

⁵ El artículo 357 del C. de P.C. consagra la excepción, al señalar que el superior no puede modificar la providencia apelada en la parte que no fue recurrida, a menos que "... en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella..." –conexidad- También cuando la providencia ha sido cuestionada por ambas partes (de manera directa o por adhesión), o cuando la sentencia impugnada es inhibitoria, o cuando por razones de orden público se hace necesario introducir modificaciones al fallo de primer grado (ver Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, casación del 8 de septiembre de 2009, exp. 11001-3103-035-2001-00585-01).

sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos), pues éstos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia.

En este caso, la inconformidad del recurrente, respecto del fallo de primer grado, radica en que, en su sentir, el seguro único que avala el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal no se ubica en la categoría de seguros de daños, razón por la cual no le es aplicable el artículo 1088 del C. de Co.; por consiguiente, la entidad demandada podía hacer exigible la garantía en el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los equipos, tanto por el daño emergente, es decir, por el valor de los equipos averiados, como por el lucro cesante, traducido en los valores de que dejó de percibir por los daños reportados en los equipos.

Al estudio de tal aspecto se limitará la Sala en los párrafos que siguen.

IV.- Análisis del recurso.-

Para efectos de desatar el recurso de apelación resulta oportuno determinar la naturaleza jurídica de la garantía única a la que se refieren las normas del Estatuto de Contratación Administrativa e identificar las características que ella reviste, pues solo así es posible establecer si, en este caso específico, era viable exigir de la aseguradora el pago del lucro cesante experimentado por la demandada, como consecuencia del daño que sufrieron algunas partes de los equipos de cómputo suministrados por el contratista.

El artículo 25 (numeral 19) de la Ley 80 de 1993⁶ estableció el deber de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos del Estado, a

⁶ “El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

través del otorgamiento de una “*garantía única*” que, a la luz de las disposiciones de la mencionada ley, podía consistir en póliza de seguros o en garantía bancaria.

Hoy día, el régimen general de garantías de los contratos estatales, y en general de la actividad contractual del Estado está previsto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, norma que, a pesar de que conservó la estructura general del mencionado artículo 25 (numeral 19) de la Ley 80, introdujo algunas modificaciones que merecen ser destacadas, a saber: (i) autorizó al Gobierno Nacional para crear mecanismos de cobertura distintos a las pólizas y a las garantías bancarias y (ii) autorizó al Gobierno Nacional para señalar los casos en los que, por las características y la complejidad del

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

“La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

“Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

“Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada” (norma derogada expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007).

⁷ “ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

“El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

“Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

“PARÁGRAFO TRANSITORIO. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes”.

contrato, la garantía puede ser dividida de acuerdo con las etapas o los riesgos relativos a la ejecución del contrato.

Para el caso específico, conviene precisar únicamente las particularidades de la garantía consistente en póliza de seguros, conocida como seguro de cumplimiento contractual.

La primera referencia legislativa relacionada con el seguro de cumplimiento está contenida en la Ley 225 de 1938, *“por la cual se provee al establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento”*, en cuyo artículo 2^º se refirió a tal categoría de seguro como una especie análoga al seguro de manejo, creado, esencialmente, para garantizar el correcto manejo de fondos o valores que se confiaran a los empleados públicos o a los particulares; sin embargo, debido al tratamiento similar que el legislador le dio a una y otra especie de seguros, al refundirla en una sola categoría previó la posibilidad de que éste se pudiera extender para garantizar el pago de impuestos, tasas y derechos y para el cumplimiento de obligaciones que emanaran de leyes y contratos. Esta última finalidad responde, verdaderamente, a la naturaleza de los seguros de cumplimiento, pues la primera de las mencionadas (garantía de manejo) responde más al sentido de las garantías de orden personal, como la fianza (de fidelidad)⁸.

Pese a lo anterior, de lo dicho en el artículo 2º acabado de citar se pueden extractar las distintas modalidades que revisten las pólizas de seguro de cumplimiento, las cuales han sido clasificadas en: (i) las que amparan las obligaciones que emanan del contrato estatal, (ii) las que garantizan las obligaciones de los contratos celebrados por los particulares, (iii) las que garantizan el cumplimiento de obligaciones legales (iv) las que garantizan la

⁸ “ARTÍCULO 2º El seguro de que trata el artículo anterior (de manejo o de cumplimiento) tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores o cualquier otra clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos”.

⁹ OSSA, Efrén G.: “Derecho de Seguros – De la licitud de las contragarantías en los seguros de caución”. Acoldece, Colombo Editores, 2007, pág. 193.

seriedad del ofrecimiento del contratista¹⁰ y (v) las que garantizan el resarcimiento de los perjuicios causados por el riesgo de una medida judicial, también llamadas cauciones judiciales¹¹.

Particularmente, a la primera de las categorías mencionadas es a la que se refiere el artículo 25 (numeral 19) de la Ley 80 de 1993, cuando señala que el contratista prestará garantía única que “avalará” el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Este es, precisamente, el objeto de la garantía¹² (seguro de cumplimiento de obligaciones contractuales emanadas de los contratos estatales).

A pesar de las referencias legislativas antes citadas, en el derecho colombiano el seguro de cumplimiento no tiene desarrollo legal extensivo (menos aún el que ampara obligaciones contractuales), pues ni el Código de Comercio ni ninguna otra norma se ha ocupado de precisar aspectos tan importantes como el contenido de la póliza, la responsabilidad del asegurador, la exoneración del mismo, la indemnización a cargo del asegurador, las partes de esta especial categoría de seguro, la ocurrencia del siniestro, etc.

Las normas del Estatuto de Contratación Administrativa (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) son las únicas que hacen una referencia tangencial al objeto de la garantía de cumplimiento de contratos estatales, a la vigencia de la misma y a algunas características muy específicas como son la ausencia de expiración por falta de pago de la prima y la inaplicación de la figura de la revocación unilateral (inciso cuarto, num. 19, art. 25, Ley 80 de 1993); pero, tales referencias resultan insuficientes para establecer aspectos esenciales del seguro de cumplimiento, como los que se han señalado en precedencia.

¹⁰ El tema de la garantía de seriedad del ofrecimiento fue objeto de análisis por la Corte Constitucional, sentencia C-452 de 1999.

¹¹ REYES, Laura y BAQUERO, Felipe: “El Seguro de Cumplimiento”. Revista Fasecolda, junio de 2011, pág. 406.

¹² El artículo 16 del Decreto 679 de 1994 (norma reglamentaria vigente para la fecha de los hechos materia de análisis) señalaba que la garantía única tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales.

Así, pues, para analizar esta categoría de seguro se debe acudir a la teleología que lo inspira, a los principios generales de los contratos civiles y comerciales, a las normas imperativas y supletivas que rigen esta clase de relaciones jurídicas, a los principios comunes de los contratos de seguro previstos en el Código de Comercio (y en aquellas normas especiales de seguros que resulten compatibles con esta categoría) y, particularmente, en lo que tiene que ver con los seguros de cumplimiento de contratos estatales, a las normas del Estatuto de Contratación Administrativa y sus Decretos Reglamentarios.

Con fundamento en el contenido del artículo 25 (numeral 19) de la Ley 80 de 1993 se puede decir que los seguros de cumplimiento, específicamente, el de contratos estatales, son aquellos que garantizan al acreedor (entidad estatal) que serán resarcidos los daños que pueda provocar el incumplimiento de las obligaciones del deudor (contratista) dentro del marco de una relación contractual.

Así, pues, el riesgo asegurado en esta categoría de seguros, visto de manera general, lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor (contratista), quien a su vez es el tomador de la póliza, de modo que el objeto de las obligaciones garantizadas es lo que determina o particulariza el riesgo asegurado. En el caso de los contratos estatales, la garantía de cumplimiento y, por ende, la póliza de seguro de cumplimiento de contratos estatales debe cobijar todas las obligaciones a cargo del contratista, tal como lo dispone el artículo 25 (numeral 19) de la Ley 80 de 1993; por ende, en una única póliza se contemplan distintos amparos, dependiendo de las obligaciones y prestaciones emanadas del contrato asegurado (artículo 17 del Decreto Reglamentario 679 de 1993), así: (i) buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, (ii) cumplimiento del contrato, (iii) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (donde se requiera personal para ejecutar las obligaciones), (iv) estabilidad

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

de la obra, (v) calidad del bien o servicio y (vi) correcto funcionamiento de los equipos (en el caso de los suministros, por ejemplo).

El tomador del seguro en este tipo de contratos no hace cosa distinta que trasladar el riesgo del incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo a la compañía aseguradora, de modo que, cuando se presenta el hecho constitutivo de incumplimiento a cargo del deudor y ese incumplimiento ocasiona daños que afectan el patrimonio del acreedor (generalmente la entidad estatal contratante), surge la obligación de la compañía aseguradora de resarcir los daños ocasionados al beneficiario, hasta la concurrencia de la suma asegurada; de allí que, contrario a lo que sostuvo la parte demandada durante el proceso, el seguro de cumplimiento de contratos estatales se clasifica como una categoría especial del seguro de daños, tal como se desprende del artículo 1083 del Código de Comercio¹³, pues su finalidad no es otra que proteger el patrimonio público del daño o del perjuicio que le puede ocasionar a la entidad pública el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista¹⁴.

A este respecto, ha dicho la jurisprudencia de la Sección:

“... si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial...”¹⁵.

¹³ “ARTÍCULO 1083. INTERÉS ASEGURABLE. Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. “Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”.

¹⁴ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo: “El Seguro de Cumplimiento de Contratos y Obligaciones”, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, pág. 36.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667.

En los términos del artículo 1082 del Código de Comercio¹⁶, los seguros de daños¹⁷ puede ser reales o patrimoniales, los primeros son aquellos cuyo objeto recae sobre una cosa determinada o determinable, susceptible de valoración en dinero y los segundos son los que amparan el débito que produce la ocurrencia del siniestro en el patrimonio del asegurado¹⁸, lo que, dicho en otros términos, significa que son aquellos que indemnizan las consecuencias patrimoniales derivadas del hecho constitutivo del siniestro. Bajo esa óptica, el seguro de cumplimiento de contratos estatales es un seguro de daños, de carácter patrimonial¹⁹, porque, tal como se dijo, a través de esta especial categoría de seguro el asegurador ampara el patrimonio del asegurado contra el incumplimiento de obligaciones que emanan del contrato estatal o, lo que es lo mismo, garantiza la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico y garantiza el pago de los perjuicios que experimente la entidad estatal por la falta de cumplimiento, total o parcial, por parte del contratista, de la obligación asegurada (en alguno de sus amparos)²⁰.

En ese sentido, contrario a lo que sostuvo la recurrente, el seguro de cumplimiento que ampara las obligaciones emanadas de los contratos del

¹⁶ “ARTÍCULO 1082. CLASES DE SEGUROS. Los seguros podrán ser de daños o de personas; aquellos, a su vez, podrán ser reales o patrimoniales”.

¹⁷ La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también ha señalado, en reiteradas oportunidades, que el seguro de cumplimiento es una especie del seguro de daños; al respecto, ver las siguientes sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil: del 22 de junio de 1999, exp. 5056, del 21 de septiembre de 2000, exp. 6140, del 24 de mayo de 2000, exp. 5439, del 2 de febrero de 2001, exp. 5670, del 26 de octubre de 2001, exp. 5942, del 7 de mayo de 2002, exp. 6181 y del 12 de diciembre de 2006, exp. 6800.

¹⁸ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, Ob. Cit., pág. 115.

¹⁹ Los seguros patrimoniales son los que tienen por objeto proteger el patrimonio del asegurado por haber inferido daño a un tercero en el desarrollo de sus actividades normales o de las comprendidas dentro del giro ordinario de sus actividades (ibídem).

²⁰ Así lo ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación (sentencia del 22 de abril de 2009, citada) y lo ha precisado la doctrina en los siguientes términos: se trata de “... un contrato de seguro por el cual, un deudor o un tercero, a su cargo, contrata una póliza para cubrir, en interés del acreedor, el riesgo de incumplimiento de obligaciones propias de dicho deudor ...” y correlativamente “... el asegurador se compromete a pagar la indemnización pactada en la póliza, para el caso de que el primitivo deudor no cumpla la obligación u obligaciones debidas cubiertas por el seguro concertado ...”. Cita tomada de la obra del tratadista NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, ob. cit., pág. 78, del texto original de: BARRES, BENLLOCH, María del Pilar: “Régimen Jurídico del Seguro de Caucción”.

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

Estado, por ser una especie del seguro de daños, de carácter patrimonial²¹, está inspirado en el principio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio²², según el cual, respecto del asegurado, este tipo de seguro es contrato de mera indemnización y no puede constituir fuente de enriquecimiento; en otras palabras, los seguros de daños tienen como última finalidad indemnizar al asegurado o al beneficiario cuando su patrimonio es afectado por la realización del riesgo asegurado²³ y esto es, precisamente, lo que se conoce en materia de seguros como el principio de la indemnización.

Así, pues, a la luz del mencionado artículo 1088 del Código de Comercio, el seguro de cumplimiento tiene las siguientes características generales: (i) es una especie del seguro de daños patrimoniales, (ii) dada la naturaleza meramente indemnizatoria de los seguros de daños, no basta para la efectividad del seguro que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor, pues es obvio que si no hay daño en el patrimonio del beneficiario no se abre paso la indemnización, iii) por ser un seguro de mera indemnización y no de indemnización plena, el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente debe corresponder al valor asegurado, sino que debe ser aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor, sin que el valor a indemnizar pueda ser mayor a la suma asegurada²⁴ mediante la póliza de garantía, razón por la cual el seguro de cumplimiento no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado o beneficiario.

²¹ También pertenecen a esta categoría, los seguros de manejo, de lucro cesante (por ejemplo el de arrendamiento de bienes inmuebles) y las distintas modalidades de seguros de responsabilidad civil.

²² “Artículo 1088.- Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de casación 063, del 24 de mayo de 2000, exp. 5.439.

²⁴ En la obra “Teoría General del Seguro- El contrato”, el tratadista Efrén Ossa dice que “la suma asegurada es el valor del seguro o valor asegurado, el cual debe indicarse en la póliza por medio de una cifra absoluta o de criterios que permitan su fijación. La determinación de la suma asegurada es una decisión del asegurado, adoptada atendiendo el grado de protección que estime conveniente y su capacidad de pago de prima.



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, no se debe olvidar que, en materia de contratación estatal, la póliza de seguro de cumplimiento funge como garantía única de las obligaciones emanadas del contrato y ello implica, como se dijo párrafos atrás, que cada amparo deba analizarse de manera independiente, acorde con la naturaleza del riesgo que asume el asegurador y, por ende, en algunos casos muy específicos no tiene aplicación el principio de indemnización y el principio de proporcionalidad, como sucede, por citar solo un ejemplo, en los casos de exigibilidad de la garantía por imposición de multas, sencillamente porque las multas tienen naturaleza conminatoria -sancionatoria²⁵ y no indemnizatoria²⁶.

Ahora bien, para abordar el tema de la indemnización en el seguro de cumplimiento, resulta importante anotar que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la administración tiene la facultad de hacer efectiva, a través de acto administrativo, en ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 68 (numerales 4 y 5) del C.C.A., la garantía que ha sido constituida a su favor y, a partir del año 2009, la Sala de la Sección Tercera²⁷ precisó que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio sufrido por la entidad, aún después de la terminación del contrato; además, señaló que los respectivos actos administrativos están sujetos al control gubernativo y judicial, propio de las decisiones administrativas, razón por la cual pueden ser impugnados ante la propia administración, mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y, por vía judicial, mediante el ejercicio oportuno de las acciones contencioso administrativas pertinentes.

Lo anterior supone que, en materia de contratación estatal, el procedimiento para hacer exigible alguno o algunos de los amparos comprendidos en la garantía única es distinto al procedimiento que deben adelantar los particulares frente a la aseguradora, específicamente, porque no se aplica el trámite previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009.

²⁶ Lo propio puede predicarse de la cláusula penal pactada con carácter sancionatorio.

²⁷ Sentencia del 13 de abril de 2009 citada en precedencia.

a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador²⁸, pues, por una parte, tal reclamación se sule con la expedición del acto administrativo mediante el cual se declara ocurrido el siniestro y se ordena hacer efectiva la garantía y, por otro lado, la objeción de la aseguradora se surte a través de la interposición de los recursos procedentes contra los mencionados actos administrativos y, en últimas, con la impugnación por vía judicial de los mismos.

Ahora, lo anterior no significa que la entidad estatal pueda cuantificar el perjuicio a su arbitrio; por el contrario, la estimación del daño debe ser fundamentada, debe quedar claramente establecida en el correspondiente acto administrativo y, por regla general, debe guardar estricta consonancia con los daños patrimoniales sufridos por la entidad estatal, como consecuencia de la realización del riesgo asegurado, es decir, debe ceñirse a las pautas rectoras del principio de la indemnización –artículo 1088 del C. de Co - (en los casos en los que resulte aplicable –como se anotó párrafos atrás-); además, sólo se debe afectar el amparo que se ajuste al hecho acaecido y en la cuantía respectiva, sin que sobrepase, en ningún caso, el valor asegurado para la respectiva cobertura, tal como lo dispone el artículo 1089 del Código de Comercio.

A lo anterior se debe agregar que, tal como se dijo en líneas anteriores, el seguro de cumplimiento, por regla general, no da lugar a la indemnización plena o integral del daño ocasionado con la ocurrencia del siniestro, sino que se restringe al postulado imperativo del artículo 1088 del Código de Comercio, es decir, el monto a indemnizar se limita al monto que resulte del daño o perjuicio patrimonial efectivamente ocasionado al patrimonio del

²⁸ La objeción a la reclamación, según el Tratadista Hernán Fabio López Blanco, se entiende como “*la manifestación realizada por la compañía aseguradora frente a la reclamación debidamente formulada, indicando que no está obligada a indemnizar por no operancia (sic) del amparo o porque existiendo el mismo la cuantía reclamada excede de lo considerado como cantidad equitativa y correlativa al daño experimentado efectivamente, evento éste en que la objeción viene a ser parcial pues está aceptando la operancia del amparo y parte de la cuantía. Para realizar esa manifestación la empresa cuenta con un perentorio término legal, por lo mismo inmodificable, de 60 días, contados a partir de aquel en que se haya completado la reclamación*” (Revista Fasecolda No. 9, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro).

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

acreedor, sin que sobrepase el monto asegurado, tal como lo dispone el artículo 1079 del Código de Comercio y el lucro cesante sólo es susceptible de ser indemnizado cuando sea objeto de pacto expreso.

Lo anterior supone que, en principio, no son susceptibles de ser indemnizados los perjuicios inmateriales (perjuicios morales, alteración de las condiciones de existencia, etc.) y el lucro cesante o el perjuicio consecuencial.

Si no fuera así, el seguro de daños en todas sus especies se convertiría en un estímulo permanente para propiciar la ocurrencia del siniestro²⁹, porque el asegurado podría obtener ventajas económicas irregulares ante el acaecimiento del evento asegurado. La regla general es que esta categoría de seguro sólo comprende el daño emergente y, excepcionalmente, cuando sea objeto de pacto expreso, el lucro cesante –se reitera–.

Desde luego, dependiendo de la naturaleza del riesgo amparado en el seguro de cumplimiento la anterior regla puede ser exceptuada, como, por ejemplo, cuando el seguro de cumplimiento asegura el pago de los arrendamientos de un inmueble, caso en el cual, el lucro cesante es, precisamente, el perjuicio indemnizable por el cual debe responder el asegurador ante la ocurrencia del siniestro (incumplimiento de la obligación de dar una suma de dinero por parte del inquilino) y en ese caso, si la póliza hace referencia al “perjuicio” de manera abstracta, se debe entender que se refiere al lucro cesante.

Las anteriores premisas resultan pertinentes para resolver la apelación, pues, en esencia, el debate de segunda instancia se reduce a determinar si la entidad estatal podía, a través de los actos administrativos cuestionados, hacer exigible la garantía en el amparo de “CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO” por los ingresos que dejó de percibir con ocasión de la ocurrencia del siniestro, es decir, por el lucro cesante, pues la sentencia de primera instancia declaró nulas parcialmente las decisiones acusadas,

²⁹ OSSA G., J. Efrén: “Teoría General del Seguro. El contrato”. Ed. Temis, Bogotá, 1984, pág. 56.

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

porque, en su sentir, en el contrato de seguro no quedó estipulada la indemnización por tal concepto y, por consiguiente, la entidad estatal sólo podía hacer exigible la garantía de cumplimiento por los perjuicios derivados del daño emergente ocasionado.

El amparo que se hizo exigible a través de los actos administrativos cuestionados está sometido, como se ha venido diciendo, al principio de la indemnización, consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., pues lo que buscaba la entidad pública al exigir el aseguramiento de este riesgo era garantizar el cumplimiento de las condiciones ofrecidas por el contratista, la idoneidad, la calidad y el adecuado funcionamiento de los bienes entregados, acorde con la naturaleza o propósito para el cual fueron diseñados, de tal suerte que el interés asegurado, en los términos del artículo 1083 del Código de Comercio, estaba constituido por el patrimonio de la entidad pública representado en los bienes objeto del suministro.

En efecto, la póliza única de seguro de cumplimiento G U01 003 1064240 y el certificado de modificación CMOD 03 1101961 amparaban los riesgos de cumplimiento, anticipo y calidad y correcto funcionamiento.

Específicamente, el amparo de calidad y correcto funcionamiento tenía vigencia del 25 de febrero de 2000 al 25 de febrero de 2003, para los equipos de cómputo, y del 25 de febrero de 2000 al 25 de junio del mismo año, para el software, por un valor asegurado de \$272'303.562.50 (fl. 11, C. 1).

En el clausulado de condiciones generales de la garantía estaba contemplada la cobertura de los citados amparos, así (se transcribe como aparece a folio 43, C. 2):

“1.6. AMPARO DE CALIDAD DE LOS ELEMENTOS SUMINISTRADOS.

“EL AMPARO DE CALIDAD DE LOS ELEMENTOS SUMINISTRADOS CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS ESPECIFICACIONES Y REQUISITOS MINIMOS CONTRACTUALES DE LOS BIENES SUMINISTRADOS POR EL MISMO.

“1.7. AMPARO DE CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS.

“EL AMPARO DE CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL AFIANZADO, DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS CONTRACTUALES DE LOS EQUIPOS QUE DEBA SUMINISTRAR O INSTALAR EL CONTRATISTA”.

Como se puede observar, el clausulado de condiciones generales hacía referencia, de manera general, a los perjuicios que se causaran por el incumplimiento imputable al contratista, en relación con las especificaciones técnicas de los equipos suministrados, lo cual comprende el correcto funcionamiento de los mismos, de manera que, analizado el contenido de la cláusula contractual a luz de lo dispuesto por las disposiciones legales antes citadas, especialmente las contenidas en los artículos 1083, 1088 y 1089 del Código de Comercio y atendiendo a la naturaleza del riesgo amparado, la Sala considera que el perjuicio indemnizable sólo comprendía el daño emergente, pues el lucro cesante no estaba expresamente contemplado en la póliza y, por consiguiente, se hallaba excluido (art. 1088 del C. de Co).

Es de anotar que, por regla general, cuando se alude a la expresión única de “*perjuicios patrimoniales*”, sin distinguir modalidad alguna de los mismos, se debe entender que comprende el daño emergente y el lucro cesante, pues uno y otro integran el denominado daño material o patrimonial, tal como lo han decantado desde hace tiempo la jurisprudencia³⁰ y la doctrina³¹; sin embargo, en algunos seguros de daños, como el de cumplimiento, esa regla general cambia y, por ende, cuando se alude a “*perjuicios patrimoniales*”, en principio, allí solo queda comprendido el daño emergente, de modo que solo cuando sea objeto de pacto expreso, o cuando de la naturaleza del riesgo asegurado se desprenda que el interés asegurado es el lucro cesante, se abre paso a la indemnización de esta última modalidad de perjuicio, por así disponerlo en forma expresa el precitado artículo 1088 del C. de Co.

³⁰ Existe copiosa jurisprudencia sobre el tema; al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17.552 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, casación del 29 de abril de 2005, exp. 0829-92.

³¹ DE CUPIS, Adriano: “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pág. 312.

Lo anterior ocurre porque, como se ha venido diciendo a lo largo de esta providencia, el seguro de cumplimiento -en sus distintas modalidades- no ha sido objeto de una regulación concreta o específica y, por ende, la definición de tales aspectos está supeditada a la aplicación de los principios generales que informan el contrato de seguro y, específicamente, el seguro de daños, por las razones que se han venido anotando.

Pero no sucede lo mismo en otros tipos de seguro de daños que tienen una regulación legal más precisa, como el de responsabilidad civil, cuya obligación indemnizatoria a cargo del asegurador se rige por lo dispuesto en el artículo 1127 del Código de Comercio (modificado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990), a cuyo tenor: *“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado ...”* (subraya fuera del texto original).

Obsérvese que, en dicho tipo de seguro de daños (el de responsabilidad civil), es el mismo legislador el que previó la posibilidad de que se indemnizara el perjuicio patrimonial, sin excluir ninguna de sus modalidades (daño emergente y lucro cesante). Y aunque podría pensarse que el seguro de cumplimiento contratos estatales se ubica como una especie de seguro de responsabilidad civil -contractual-, la concepción del riesgo es muy distinta y por tal razón no puede recibir tratamiento similar, pues, realmente, el seguro de responsabilidad a que se hace referencia en el transcrito artículo 1127 del C. de Co. es el de carácter extracontractual.

En efecto, a través del seguro de cumplimiento no sólo se ampara el cumplimiento de obligaciones contractuales, es decir, no se reduce a cubrir la responsabilidad civil contractual, sino que se pueden amparar

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

obligaciones de orden legal (cauciones judiciales, futura presentación de documentos, seriedad de los ofrecimientos en el marco de la actividad contractual, pago de impuestos, desocupación de inmuebles, etc.)³², mientras que el seguro de responsabilidad civil tiene por objeto "... *garantizar al asegurado contra los recursos ejercidos contra él por terceros en razón del perjuicio que ha podido causarles y que compromete su responsabilidad ...*"³³, lo que significa que están destinados a "... *reparar el daño que sufre su patrimonio (el del asegurado), gravado con un deuda de responsabilidad ...*"³⁴ y, por consiguiente, se indemniza a una víctima (artículo 1127 del C. de Co). Por otra parte, en el seguro de cumplimiento la protección se dirige, por regla general, al patrimonio del acreedor de la obligación, mientras que en el seguro de responsabilidad civil la protección se encamina hacia el patrimonio del deudor³⁵. En el seguro de cumplimiento de contratos el siniestro lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor, mientras que en el seguro de responsabilidad civil sirve como detonante de la obligación indemnizatoria la violación de un deber de conducta por parte del asegurado, deber que no está amparado por el ordenamiento jurídico³⁶; además, en el seguro de cumplimiento de contratos, el tomador es el deudor de la obligación contractual y el asegurado es el acreedor, mientras que en el seguro de responsabilidad civil el tomador es el mismo asegurado y el beneficiario es el tercero al cual se le infiere el daño.

Por todo lo anterior, no es posible darle un tratamiento análogo a la indemnización que se genera en el seguro de cumplimiento a la que se genera en el seguro de responsabilidad civil, pues las diferencias son bien marcadas, a pesar de que ambos se ubican como especies de los seguros daños.

³² Conferencia de BOTERO MORALES, Bernardo, en el V seminario de la Asociación Panamericana de Finanzas. Buenos Aires, 1986. Citado por: NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, ob. cit., pág. 232 y 233.

³³ OSSA G, J Efrén. Ob. cit., pág. 57.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. Ob. cit., pág. 37.

³⁶ *Ibidem*.



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Expediente 28.278
Actor: CONFIANZA S.A.

En las anteriores condiciones, resulta ineludible confirmar la sentencia recurrida, pues el seguro de cumplimiento no cobijaba el lucro cesante y, por lo mismo, la entidad pública sólo podía hacer exigible el amparo por el daño emergente.

V.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones del artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia proferida el 23 de junio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera – Subsección "B").

Segundo.- Sin condena en costas.

Tercero.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA