

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR CONTRATO DE SEGURO / PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO / ACREDITACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / PAGO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / SINIESTRO / PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / RIESGO ASEGURABLE

La Sala revocará la decisión de primera instancia porque considera que la acción contractual es la procedente para reclamar el cumplimiento de la obligación de la compañía de seguros cuando ésta ha objetado la reclamación formulada por el beneficiario del seguro. Tal decisión se podía adoptar sin convocar a la universidad asegurada, con la cual no existía un litisconsorcio necesario. Además, la acción se presentó en el término de prescripción extraordinaria de cinco años, teniendo en cuenta que el beneficiario del seguro formuló la acción. A partir del análisis de las pruebas documentales, la Sala concluye que la demandante sí probó la condición suspensiva contenida en la oferta y que por lo tanto, demostró la ocurrencia del siniestro, lo cual da lugar al pago de la póliza. En efecto, la ESE (...) demostró que la Universidad (...) no compró el bien inmueble pese a que contaba con los créditos aprobados (...). La Sala desestimará los demás argumentos planteados en la contestación de la demanda, porque (i) la entidad no estaba en la obligación de demostrar el monto del siniestro, (ii) el siniestro sí estaba amparado por la póliza que la Universidad (...) obtuvo con [Compañía aseguradora] y (iii) no existió una variación del riesgo asegurado.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN EJECUTIVA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR CONTRATO DE SEGURO / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / GARANTÍAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ASEGURADORA / CONTRATO DE SEGURO / MÉRITO EJECUTIVO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / PROCESO DECLARATIVO / INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / REGULACIÓN LEGAL DEL LITISCONSORCIO / INEXISTENCIA DEL TÍTULO EJECUTIVO

La acción procedente para reclamarle a la aseguradora el cumplimiento de las obligaciones derivadas contrato de seguro es la acción contractual y no la ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1053 del Código de Comercio. El artículo 1053 del Código de Comercio señala las circunstancias en que las pólizas prestan mérito ejecutivo, entre éstas, cuando no son objetadas al mes siguiente de la reclamación ante la aseguradora, (...) Contrario a lo afirmado por el tribunal, no existía un título ejecutivo al momento de la presentación de esta acción de controversias contractuales, porque (...) Seguros S.A. objetó oportunamente la reclamación presentada por la ESE (...) el 9 de junio de 2009. En consecuencia, la demandante debía adelantar un proceso declarativo, conforme con lo dispuesto en el artículo 1053 del Código de Comercio. (...) El despacho advierte que es necesario pronunciarse judicialmente sobre el incumplimiento de la Universidad (...) en su condición de asegurada. Sin embargo, no se requería citarla al proceso de acción directa iniciado por la ESE (...) contra (...) Seguros S.A. por no cumplirse los requisitos para la existencia del litisconsorcio necesario. (...) De un lado, la ESE (...) en su condición de beneficiaria del seguro, tiene acción directa contra la aseguradora (...) El artículo

1133 del Código de Comercio dispone que el beneficiario de un seguro de responsabilidad civil tiene acción directa en contra del asegurador (...).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1053 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1133

GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / LITISCONSORCIO NECESARIO / REQUISITOS DEL LITISCONSORCIO NECESARIO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / LITISCONSORCIO FACULTATIVO / DIFERENCIA ENTRE LITISCONSORCIO NECESARIO Y LITISCONSORCIO FACULTATIVO / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LA ASEGURADORA / INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO / PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / ASEGURADO / BENEFICIARIO / TOMADOR DEL SEGURO / SUBROGACIÓN DEL CRÉDITO ASEGURADO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LA ASEGURADORA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre los requisitos de existencia del litisconsorcio necesario y ha indicado que éste tiene lugar cuando existe una relación sustancial entre todos los sujetos del proceso, lo que implica que el fallo del juez sobre algún sujeto afecta necesariamente a los demás. En el litisconsorcio facultativo, por el contrario, no existe una relación sustancial entre todos los sujetos, sino independiente. Por lo tanto, las decisiones que adopte el juez sobre algunos de los involucrados no son oponibles a los demás en el litisconsorcio facultativo. (...) La Sala precisa que la discusión sobre la existencia o no de un litisconsorcio necesario entre asegurador y asegurado no se presenta cuando no se requiere declarar el incumplimiento del asegurado y no se formula esta pretensión. La discusión tiene razón de ser cuando es necesario declarar el incumplimiento del asegurado para declarar la responsabilidad de la aseguradora, como en el caso estudiado, en el cual esa pretensión fue formulada expresamente en la demanda. (...) Sin embargo, la Sala considera que no existe litisconsorcio necesario entre la aseguradora y la asegurada. De un lado, no hay identidad sustancial entre ellas, elemento esencial del litisconsorcio necesario según el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, como se explicó con anterioridad. La relación que surge entre la aseguradora y la beneficiaria del seguro proviene del contrato de seguro, mientras que la relación entre la asegurada y la beneficiaria proviene de la facultad legal que tiene el contratante cumplido para reclamar el pago de la indemnización. (...) El hecho de que la asegurada no haya sido vinculada al proceso no implica una violación de su derecho de defensa. En efecto, el artículo 1096 del Código de Comercio regula la figura de la subrogación en los eventos en que la aseguradora haya pagado al beneficiario por razón de la conducta del responsable del siniestro. Esta norma permite al asegurador cobrar lo pagado al responsable del siniestro, pero también faculta al asegurado a proponer excepciones en contra de la aseguradora cuando la compañía ejerza la acción de subrogación. (...) La norma anterior [artículo 1096 del Código de Comercio] protege el derecho al debido proceso del asegurado, pues lo faculta para proponer todas las excepciones contra la compañía de seguros y presentar argumentos que desestimen el incumplimiento. Como la norma no hace distinción, estas excepciones podrían proponerse tanto en un proceso declarativo como en un proceso ejecutivo que tenga como objeto el cobro de lo pagado. (...) Ahora bien, la decisión sobre el incumplimiento que se adopta en el proceso adelantado entre el beneficiario y la compañía de seguros no es oponible ni hace tránsito a cosa juzgada contra el asegurado, porque entre el asegurado y la aseguradora no hay un litisconsorcio necesario. Esto, porque el asegurado no ha participado en el

proceso y además la norma expresamente le otorga el derecho de oponer la excepciones que habría podido esgrimir si hubiese sido citado como litisconsorte facultativo al proceso. (...) Por las razones anteriores, la Sala concluye que no existe una violación al derecho al debido proceso de la Universidad (...) por no haber sido vinculada al proceso y fallará de fondo la controversia. Imponerle al beneficiario del seguro la obligación de citar al asegurado implica condicionar su derecho a reclamar directamente a un presupuesto que la ley no consagra y que, como quedó explicado, no afecta el derecho de defensa del asegurado. (...) Finalmente, la Sala resalta que el demandante formuló adecuadamente las pretensiones cuando solicitó que se declarara el incumplimiento de la tomadora y que se condenara a la aseguradora al pago del siniestro. No obstante, reitera que el análisis de la pretensión de condena en contra de la aseguradora no es posible a menos de que se establezca el incumplimiento de la universidad, sin que ello implique considerar que debía ser citada al proceso.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1096 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 83

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA / PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL / OFERTA / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / SINIESTRO / PAGO DEL SINIESTRO / SINIESTRO / PRECIO / VALOR ASEGURADO / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

La aseguradora considera que se configuró la prescripción extintiva del derecho de la demandante a reclamar el seguro porque transcurrieron más de dos años desde el momento en que la demandante tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro hasta la formulación de la solicitud de conciliación y la presentación de la demanda. No obstante, la Sala considera que no se configuró el fenómeno de la prescripción, como lo explicará a continuación. (...) El artículo 1131 del Código de Comercio regula la figura de la prescripción en el seguro de responsabilidad e indica que el siniestro ocurre desde el momento en que acaece el hecho externo imputable al asegurado. A partir de ese momento empieza a correr la prescripción respecto de la víctima: (...) Por su parte, el artículo 1081 regula la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y establece que la extraordinaria tiene un término de 5 años, que empieza a contarse desde el momento en que nace el derecho (...) En el caso analizado, el siniestro ocurrió 19 de agosto de 2008, es decir, cuando el Banco (...) aprobó un crédito a favor de la Universidad (...), condición que había impuesto previamente FINDETER para otorgar recursos a la entidad pública. En tanto la demanda fue presentada el 20 de agosto de 2010, no ocurrió la prescripción extintiva aludida por la aseguradora. (...) Por las razones anteriores, la Sala declarará el incumplimiento de la oferta presentada por la Universidad.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1131

RIESGO ASEGURABLE / ACREDITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DEL RIESGO EXTRAORDINARIO / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / RESPONSABILIDAD POR RIESGO / CONOCIMIENTO DEL RIESGO EXTRAORDINARIO / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LA ASEGURADORA / PAGO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / ASEGURADO / OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LA ASEGURADORA / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ASEGURADORA / OBLIGACIONES DEL

ASEGURADOR / RECLAMACIÓN DEL ASEGURADO / RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD ASEGURADORA / RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR / VALOR ASEGURADO / CONDENA / INDEXACIÓN DE LA CONDENA / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA / CONDENA DE EJECUCIÓN EFECTIVA / AJUSTE DE LA CONDENA

La demandada considera que el incumplimiento de la oferta presentada por [el tomador del seguro] (...) el 2 de noviembre de 2007 no estaba cubierto por la póliza, porque la garantía había sido expedida el 20 de mayo de 2008. La Sala no comparte esta posición, pues [la compañía aseguradora] conocía las condiciones de la oferta que decidió asegurar en ejercicio de su autonomía para delimitar el riesgo en el contrato. (...) Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que las aseguradoras son entidades expertas que, en virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, tienen la facultad de seleccionar los riesgos asegurables. Como resultado de esta autonomía, las compañías de seguro tienen la obligación de evaluar los riesgos y no podrán oponerse al pago del siniestro a través de la redefinición unilateral del riesgo: (...) [la compañía aseguradora] sí conocía el riesgo que estaba asegurando, tal como se lee en las condiciones de la póliza que garantizaba (...) Para la Sala es evidente que *“la adquisición de unidades hospitalarias y centros de atención ambulatoria”* y el contrato de *“compraventa”* (...) hace referencia a la oferta que la Universidad (...) presentó el 2 de noviembre de 2007 a la ESE (...). En efecto, al momento de que la póliza fue expedida ya la Universidad (...) había presentado la oferta, y por lo tanto, ya era de conocimiento de la aseguradora. La póliza también incluía la condición suspensiva a la que la oferta estaba supeditada. (...) La aseguradora no puede excusarse y omitir el pago del seguro bajo el argumento de que aseguró un riesgo inexistente o una obligación incumplida. Así, la Sala considera que la compañía de seguros tenía conocimiento del riesgo asegurado y por lo tanto, desestimaré el argumento presentado por la demandada. (...) El Código de Comercio contempla dos disposiciones relacionadas con la obligación del asegurado de mantener el estado del riesgo. El artículo 1060 establece que el asegurado deberá notificar al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan a la celebración del contrato, de acuerdo con los criterios contemplados en el artículo 1058; y el artículo 1058 dispone que el tomador está obligado a declarar todos los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo según el cuestionario que presenta el asegurador (...). La Sala considera que la comunicación (...) no constituyó una agravación del riesgo en los términos de los artículos 1060 y 1058 del Código de Comercio, sino que fue una simple ratificación de la oferta. Ello se puede deducir de la lectura del texto, en el cual la Universidad (...) únicamente establece una forma de pago que en nada incidiría en el contrato de seguro firmado entre las partes: (...) De esta forma, la Sala desestimaré este argumento y condenará a (...) Seguros a pagar el valor asegurado indexado. (...) La Sala condenará (...) Seguros S.A. a pagar a la ESE (...) la cual será actualizada a valor presente. (...) Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1056 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1058 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1060 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 176 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 177 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 178

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia cuenta con salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00166-01(52705)

Actor: POLICARPA SALAVARRIETA ESE – EN LIQUIDACIÓN

Demandado: COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Tema: Se revoca la sentencia de primera instancia y se conceden las pretensiones de la demanda porque la accionante probó la ocurrencia del siniestro de garantía de estabilidad de la obra. La asegurada no es un litisconsorte necesario que deba ser demandado en la acción directa contra la aseguradora. La demandante no está obligada a probar el valor del siniestro para reclamar el valor de la garantía de seriedad de la oferta.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la ESE Policarpa Salavarrieta contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y se inhibió de fallar de fondo el asunto.

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, disposición que señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo prescribe que esta jurisdicción es competente para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de dichas entidades, y el artículo 129 le otorga la competencia para conocer de este proceso en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

A. Posición de la parte demandante

1.- El 26 de agosto de 2010, la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta – En liquidación (en adelante, “la demandante”) presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima contra Suramericana de Seguros S.A. (en adelante, “la demandada”, o “la aseguradora”).

2.- La demandante solicitó que se declarara el incumplimiento de la oferta de un proponente en un proceso de selección y que se hiciera efectiva la garantía de seriedad de la oferta. En la demanda se formularon las siguientes pretensiones¹:

<<1. Que se declare el incumplimiento de la oferta presentada por la Universidad del Tolima para la compra de la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo ubicada en Ibagué, presentada a la ESE Policarpa Salavarrieta – En liquidación.

2. Condénese a Suramericana de Seguros S.A. a cancelar a favor de la ESE Policarpa Salavarrieta en liquidación la suma de \$934.188.781 por el incumplimiento en el contrato de seguro contenido en la póliza única de cumplimiento 5510057-6 constituida a favor de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación para amparar la seriedad de la oferta presentada por la Universidad del Tolima>>.

3.- La accionante fundamentó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

3.1.- El 1º de octubre de 2007 la demandante publicó una invitación a puerta cerrada para que las entidades públicas presentaran ofertas para adquirir la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo, de propiedad de la demandante, por valor de \$31.139.628.048.

3.2.- El 2 de noviembre de 2007² la Universidad del Tolima presentó una oferta de compra en los términos de la invitación y la condicionó a la aprobación y desembolso de un crédito a través de FINDETER, así:

“Presento (...) carta de intención para la adquisición de la unidad hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo por valor de \$31.139.628.048, los cuales estarán sujetos a la aprobación y desembolso del crédito a través de FINDETER”.

3.3.- El 19 de noviembre de 2007 la demandante aceptó la oferta con la condición propuesta por la universidad.

3.4.- El 8 de mayo de 2008, es decir, 6 meses después de la aceptación de la oferta, la demandante le solicitó a la Universidad del Tolima cumplir su obligación

¹ Cuaderno 1, Folios 70 - 81.

² Cuaderno 3, Folio 4.

y efectuar la compra del inmueble. Accedió a otorgar un plazo hasta el 23 de mayo de 2008 para que la universidad realizara el pago de la unidad hospitalaria³.

3.5.- El 9 de mayo de 2008⁴ la Universidad del Tolima pidió a la demandante un plazo razonable para realizar las gestiones necesarias y cumplir con la oferta.

3.6.- El 20 de mayo de 2008, la Universidad del Tolima aportó la póliza de seriedad de la oferta 5510057-6 contratada con Suramericana de Seguros S.A.⁵, la cual tenía un amparo entre el 20 de mayo del 2008 y el 20 de noviembre del 2008, por un valor asegurado de \$934.188.781. La póliza garantizaba *“la seriedad de la oferta presentada según invitación preferencial a entidades públicas, referente a la oferta para la adquisición de unidades hospitalarias y centros de atención ambulatoria.*

<<Tipo de contrato compraventa. Beneficiario: ESE Policarpa Salavarrieta en liquidación. Cláusula: “La oferta condicionada a la aprobación y desembolso del crédito por parte de FINDETER”.>>

3.7.- La Universidad del Tolima no efectuó la compra de la unidad hospitalaria. Por lo tanto, la demandante convocó al público en general para que presentaran ofertas el 27 de mayo de 2008.

3.8.- El 16 de junio de 2008⁶ la Universidad del Tolima ratificó su oferta por \$31.139.628,048 y manifestó que haría el pago en un solo contado una vez lograra el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, así:

“Para la Universidad del Tolima y el departamento es de gran importancia la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo, por tal motivo estoy ratificando nuestro interés en su adquisición (...) Una vez logremos el concepto de Departamento Nacional de Planeación el pago será en un solo contado”.

3.9.- El 4 de julio de 2008 FINDETER envió una comunicación a la Universidad del Tolima en la que informó la disponibilidad de los recursos para la adquisición de la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo, así:

“Manifestamos a usted la disponibilidad inmediata de los recursos requeridos para la ejecución del proyecto (...) De acuerdo con lo anterior nos permitimos informarle que para obtener el desembolso de dichos recursos se hace necesaria la aprobación y legalización de la intermediación con la entidad financiera que estime conveniente”⁷.

³ Cuaderno 3, Folio 5.

⁴ Cuaderno 3, Folio 6.

⁵ Cuaderno 1, Folio 26.

⁶ Cuaderno 1, Folio 45.

⁷ Cuaderno 1, folio 60.

3.10.- El 19 de agosto de 2008⁸ el Banco Popular informó a la Universidad del Tolima que había aprobado un crédito por \$10.000.000.000, con lo cual quedó cumplida la condición impuesta por FINDETER para el desembolso del crédito.

3.11.- El 20 de noviembre de 2008 la demandante hizo la reclamación ante Suramericana y solicitó hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento expedida el 20 de mayo de 2008, en tanto se habían dado las condiciones a las que se encontraba sometida la oferta y la Universidad del Tolima no había cumplido⁹.

3.12.- El 9 de junio de 2009¹⁰ Suramericana S.A. objetó la reclamación porque “*no existió desembolso por parte de FINDETER para la adquisición de la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo*”.

B.- Posición de la parte demandada

4.- Suramericana S.A. contestó la demanda y solicitó negar las pretensiones. Adujo que:¹¹

4.1.- Se había configurado la prescripción, porque habían pasado más de 2 años desde el momento en que la demandante tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro hasta la formulación de la solicitud de conciliación y la presentación de la demanda.

4.2.- Existía falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la demandante solicitó la declaratoria de incumplimiento de un contrato de oferta en el que la aseguradora no era parte. Por lo tanto, la Universidad del Tolima debió haber sido la demandada.

4.3.- No se cumplió la condición suspensiva pactada en la oferta, porque FINDETER nunca aprobó ni desembolsó el crédito.

4.4.- La demandante no demostró la ocurrencia del siniestro ni la cuantía, lo cual era necesario para la procedencia de la indemnización según el artículo 1077 del Código de Comercio.

4.5.- El incumplimiento de la oferta presentada el 2 de noviembre del 2007 no estaba cubierto por la póliza, porque la garantía había sido expedida el 20 de mayo de 2008.

4.6.- Existió una agravación del riesgo que implicó la terminación del contrato de seguro. La universidad modificó la oferta inicial del 2 de noviembre de 2007, por otra del 16 de junio de 2008. En esa última oportunidad, la universidad sujetó la

⁸ Cuaderno 1, folio 62.

⁹ Cuaderno 1, Folios 29 – 32.

¹⁰ Cuaderno 1, Folio 59.

¹¹ Cuaderno 1, Folios 165 – 179.

oferta a la aprobación del Departamento Nacional de Planeación, lo cual no fue informado a la aseguradora ni aceptado por ésta.

C. La sentencia recurrida

5.- Mediante sentencia del 17 de junio de 2015, el Tribunal Administrativo del Tolima declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se inhibió de fallar de fondo sobre las pretensiones¹².

5.1.- Señaló que los hechos no se ajustaban a la acción contractual regulada en el artículo 87 del CCA, pues no se dirigió ni contra un acto administrativo de adjudicación ni contra el de declaratoria de desierta.

5.2.- Explicó que la acción procedente era la ejecutiva, porque en este caso existía un título ejecutivo complejo constituido por el contrato de oferta y la póliza que garantizaba su cumplimiento. Como el demandante inició una acción contractual, era necesario declarar la inepta demanda.

D. Recurso de apelación de la ESE Policarpa Salavarrieta

6.- La demandante apeló la sentencia de primera instancia y solicitó a la Sala revocarla y conceder las pretensiones¹³ con base en los siguientes motivos:

6.1.- La acción contractual era procedente porque la demanda pretendía que el juez declarara el incumplimiento de la oferta y ordenara que la aseguradora pagara el valor asegurado en la póliza. Argumentó que la jurisprudencia del Consejo de Estado había reconocido que en la acción contractual podían reclamarse pretensiones del proceso ejecutivo.

6.2.- Estaba probado el incumplimiento de la oferta, razón por la cual procedía el pago del valor asegurado.

II. CONSIDERACIONES

Objeto del litigio, decisión y plan de exposición

La Sala revocará la decisión de primera instancia porque considera que la acción contractual es la procedente para reclamar el cumplimiento de la obligación de la compañía de seguros cuando ésta ha objetado la reclamación formulada por el beneficiario del seguro. Tal decisión se podía adoptar sin convocar a la universidad asegurada, con la cual no existía un litisconsorcio necesario. Además, la acción se presentó en el término de prescripción extraordinaria de cinco años, teniendo en cuenta que el beneficiario del seguro formuló la acción.

¹² Cuaderno 2, Folios 401 - 427

¹³ Cuaderno 2, Folios 254 – 262.

En relación con el fondo del litigio, la ESE Policarpa Salavarrieta considera que Suramericana S.A. debe pagar el valor de la póliza porque las condiciones contenidas en la oferta se cumplieron. Por su parte, la aseguradora considera que la condición suspensiva pactada en la oferta no se cumplió, pues FINDETER nunca aprobó ni desembolsó el crédito, razón por la cual no puede declararse el incumplimiento ni ordenarse el pago del valor asegurado.

A partir del análisis de las pruebas documentales, la Sala concluye que la demandante sí probó la condición suspensiva contenida en la oferta y que por lo tanto, demostró la ocurrencia del siniestro, lo cual da lugar al pago de la póliza. En efecto, la ESE Policarpa Salavarrieta demostró que la Universidad del Tolima no compró el bien inmueble pese a que contaba con los créditos aprobados por FINDETER y el Banco Popular.

La Sala desestimaré los demás argumentos planteados en la contestación de la demanda, porque (i) la entidad no estaba en la obligación de demostrar el monto del siniestro, (ii) el siniestro sí estaba amparado por la póliza que la Universidad del Tolima obtuvo con Suramericana S.A. y (iii) no existió una variación del riesgo asegurado.

En la primera parte se abordarán los asuntos procesales que demuestran la procedencia de la acción y en la segunda parte los sustantivos, para evidenciar la existencia de la obligación incumplida a cargo de la aseguradora.

Primera parte : asuntos procesales

E. La acción contractual es procedente

7.- La acción procedente para reclamarle a la aseguradora el cumplimiento de las obligaciones derivadas contrato de seguro es la acción contractual y no la ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1053 del Código de Comercio.

El artículo 1053 del Código de Comercio señala las circunstancias en que las pólizas prestan mérito ejecutivo, entre éstas, cuando no son objetadas al mes siguiente de la reclamación ante la aseguradora, así:

ARTÍCULO 1053. <CASOS EN QUE LA PÓLIZA PRESTA MÉRITO EJECUTIVO

(...)

3) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda.

Contrario a lo afirmado por el tribunal, no existía un título ejecutivo al momento de la presentación de esta acción de controversias contractuales, porque Suramericana de Seguros S.A. objetó oportunamente la reclamación presentada por la ESE Policarpa Salavarrieta el 9 de junio de 2009. En consecuencia, la demandante debía adelantar un proceso declarativo, conforme con lo dispuesto en el artículo 1053 del Código de Comercio.

F. La inexistencia de litisconsorcio necesario entre la Universidad del Tolima y Suramericana de Seguros S.A.

8.1.- Suramericana de Seguros S.A. propuso la excepción de <<falta de legitimación en la causa por pasiva>> porque la demandante solicitó que se declarara el incumplimiento de un contrato de oferta en el que la aseguradora no era parte. También indicó que en los seguros de cumplimiento era necesario que el reclamante demostrara que el incumplimiento era atribuible al asegurado para poder hacerlo efectivo; y que, no obstante lo anterior, la Universidad del Tolima no fue vinculada al proceso.

8.2.- El despacho advierte que es necesario pronunciarse judicialmente sobre el incumplimiento de la Universidad del Tolima en su condición de asegurada. Sin embargo, no se requería citarla al proceso de acción directa iniciado por la ESE Policarpa Salavarrieta contra Suramericana de Seguros S.A. por no cumplirse los requisitos para la existencia del litisconsorcio necesario.

8.3.- De un lado, la ESE Policarpa Salavarrieta, en su condición de beneficiaria del seguro, tiene acción directa contra la aseguradora Suramericana S.A. El artículo 1133 del Código de Comercio dispone que el beneficiario de un seguro de responsabilidad civil tiene acción directa en contra del asegurador, así:

<<Artículo 1133. En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador>>.

8.4.- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que la finalidad de la acción directa es dar una mayor protección al beneficiario del seguro, lo cual solo ocurriría si la víctima puede demandar directamente al asegurador para obtener el pago:

“En armonía con la nueva estructura que se dio al seguro de responsabilidad civil, el legislador nacional habilitó a favor del damnificado y en contra del asegurador la acción directa, la cual, por tanto, se tradujo en el instrumento puesto a su disposición, a fin de hacer efectivas las comentadas prerrogativas adoptadas para su franca protección. Si como queda explicado, el analizado seguro, tal y como fue dimensionado y disciplinado en la ley 45 de 1990, apunta preponderantemente a la defensa de la víctima y a que por el asegurador se le indemnice el daño que le provocó el asegurado, era necesaria la incorporación de un mecanismo que, de manera real y cierta,

distante como tal de la retórica legis, garantizara el cumplimiento de tales propósitos bienhechores. He ahí, la genuina ratio de la acción directa, así como el vívido e indeclinable querer del legislador encaminado a salvaguardar los derechos de la víctima, igualmente dignos de una adecuada tutela”¹⁴.

8.5.- El litisconsorcio necesario se encuentra regulado en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil. La norma dispone que existe litisconsorcio necesario cuando no es posible resolver de mérito el caso sin la comparecencia de todas las personas que hayan intervenido en un acto o relación, y dispone:

“Artículo 83. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de éste a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En el caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez hará la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados”.

8.5.1.- El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre los requisitos de existencia del litisconsorcio necesario y ha indicado que éste tiene lugar cuando existe una relación sustancial entre todos los sujetos del proceso, lo que implica que el fallo del juez sobre algún sujeto afecta necesariamente a los demás. En el litisconsorcio facultativo, por el contrario, no existe una relación sustancial entre todos los sujetos, sino independiente. Por lo tanto, las decisiones que adopte el juez sobre algunos de los involucrados no son oponibles a los demás en el litisconsorcio facultativo. El Consejo de Estado ha señalado:

“Cuando la cuestión litigiosa versa sobre una relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, se está frente a un litisconsorcio necesario, lo cual impone, por expreso mandato legal, su comparecencia obligatoria al proceso, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente, pues cualquier decisión que se tome en su interior es uniforme y puede perjudicar o beneficiar a todos (...)

Si entre los sujetos que hacen parte de un extremo de la litis no se configura una relación uniforme e indivisible entre ellos y respecto del objeto del proceso (como en el litisconsorcio necesario), se está ante un litisconsorcio de carácter facultativo, caso en el que existente tantas relaciones jurídicas como cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de julio de 2009, Exp. 2000 00235 01.

*de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva)”.*¹⁵

8.5.2.- Ahora bien, existen diversas posiciones en la doctrina frente a la existencia del litisconsorcio necesario entre la aseguradora y el asegurado en los seguros voluntarios, y particularmente, en los casos en que el beneficiario ejerce la acción directa en contra de la aseguradora.¹⁶

8.5.2.1.- Hernán Fabio López considera que no se predica un litisconsorcio necesario entre el asegurado y la aseguradora en la acción directa porque no existe una identidad sustancial entre estos sujetos. Como resultado, en los casos en que la aseguradora no haya sido condenada, el beneficiario del seguro podría demandar al asegurado, pues la primera decisión no le sería oponible:

*“Debemos cuidarnos de pensar que entre asegurado (causante del daño) y aseguradora, existe, frente al damnificado y beneficiario un litisconsorcio necesario por cuanto no se presenta el requisito esencial estructurante de la figura, de identidad sustancial, lo cual se evidencia en que no existe comunidad de suerte, pues bien puede suceder que la aseguradora triunfe y que el damnificado, que no demandó al asegurado, inicie en su contra proceso ordinario, el que es posible precisamente por cuanto la sentencia del primer proceso no lo cobijó y por ende no generó efectos de cosa juzgada y en esa otra actuación obtener decisión favorable. No se trata de obtener una sentencia en contra del asegurado sin su citación, circunstancia a todas luces ilegal, sino de demostrar la responsabilidad del tercero sin que necesariamente se le tenga que demandar y obviamente, sin que se solicite sentencia condenatoria en su contra, cuando la víctima opta por demandar al asegurador y al asegurado se conforma un litisconsorcio facultativo pasivo”*¹⁷.

8.5.2.2.- Una parte de la doctrina se ha apartado de este criterio y ha señalado que debe adoptarse la figura del litisconsorcio necesario en la acción directa para preservar el derecho de defensa del asegurado. Los doctrinantes que adoptan esta postura afirman que el juez debe darle al asegurado la oportunidad de defenderse, puesto que fallará sobre su responsabilidad. Carlos Ignacio Jaramillo considera:

“No se concibe, por lo menos en sana lógica, que pueda condenarse al asegurador sin que previamente se haya establecido la responsabilidad del asegurado. (...) No se olvide en efecto, que la prosperidad de la pretensión de la víctima o perjudicado, dependerá desde un punto de vista sustancial, de la responsabilidad del asegurado (...) Por consiguiente, la concurrencia judicial

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C. 13 de febrero de 2020, Exp. 2018-00232-01(1708-19)

¹⁶ Ariza Sánchez, Diana, La acción directa y el derecho de defensa del asegurado (The Direct Redress Against the Insurer and the Insured' Right of Defense). Revista E-Mercatoria, Vol. 18, No. 1, enero-junio 2019. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3550131>

¹⁷ López Blanco, Hernán Fabio. “Comentarios al Contrato de Seguro”, Dupré Editores, 2005. p. 377

*del asegurado o causahabientes, según el caso en la causa o litigio promovido contra el asegurador en nuestro entender, es en Colombia necesaria, tal y como acontece, ello es ilustrativo en la generalidad de países que consagran tan novísimo mecanismo. No de otra manera, válidamente podría establecerse la responsabilidad de la entidad aseguradora, de suerte que la víctima o damnificado, para evitar dificultades sustanciales y procedimentales, dentro del respectivo proceso judicial, deberá vincular en sentido amplio al asegurado, o sea al causante del daño, con miras a establecerse, por contera, la responsabilidad del asegurador”.*¹⁸

8.6.- La Sala precisa que la discusión sobre la existencia o no de un litisconsorcio necesario entre asegurador y asegurado no se presenta cuando no se requiere declarar el incumplimiento del asegurado y no se formula esta pretensión. La discusión tiene razón de ser cuando es necesario declarar el incumplimiento del asegurado para declarar la responsabilidad de la aseguradora, como en el caso estudiado, en el cual esa pretensión fue formulada expresamente en la demanda.

8.6.1.- Sin embargo, la Sala considera que no existe litisconsorcio necesario entre la aseguradora y la asegurada. De un lado, no hay identidad sustancial entre ellas, elemento esencial del litisconsorcio necesario según el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, como se explicó con anterioridad. La relación que surge entre la aseguradora y la beneficiaria del seguro proviene del contrato de seguro, mientras que la relación entre la asegurada y la beneficiaria proviene de la facultad legal que tiene el contratante cumplido para reclamar el pago de la indemnización.

8.6.2.- El hecho de que la asegurada no haya sido vinculada al proceso no implica una violación de su derecho de defensa. En efecto, el artículo 1096 del Código de Comercio regula la figura de la subrogación en los eventos en que la aseguradora haya pagado al beneficiario por razón de la conducta del responsable del siniestro. Esta norma permite al asegurador cobrar lo pagado al responsable del siniestro, pero también faculta al asegurado a proponer excepciones en contra de la aseguradora cuando la compañía ejerza la acción de subrogación. El artículo textualmente dispone:

*<<El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. **Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.** Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada>>.*

18 Jaramillo, Carlos Ignacio. La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Núm. 8. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996. p. 149

La norma anterior protege el derecho al debido proceso del asegurado, pues lo faculta para proponer todas las excepciones contra la compañía de seguros y presentar argumentos que desestimen el incumplimiento. Como la norma no hace distinción, estas excepciones podrían proponerse tanto en un proceso declarativo como en un proceso ejecutivo que tenga como objeto el cobro de lo pagado.

8.6.3.- Ahora bien, la decisión sobre el incumplimiento que se adopta en el proceso adelantado entre el beneficiario y la compañía de seguros no es oponible ni hace tránsito a cosa juzgada contra el asegurado, porque entre el asegurado y la aseguradora no hay un litisconsorcio necesario. Esto, porque el asegurado no ha participado en el proceso y además la norma expresamente le otorga el derecho de oponer la excepciones que habría podido esgrimir si hubiese sido citado como litisconsorte facultativo al proceso.

8.7.- Por las razones anteriores, la Sala concluye que no existe una violación al derecho al debido proceso de la Universidad del Tolima por no haber sido vinculada al proceso y fallará de fondo la controversia. Imponerle al beneficiario del seguro la obligación de citar al asegurado implica condicionar su derecho a reclamar directamente a un presupuesto que la ley no consagra y que, como quedó explicado, no afecta el derecho de defensa del asegurado.

8.8.- Finalmente, la Sala resalta que el demandante formuló adecuadamente las pretensiones cuando solicitó que se declarara el incumplimiento de la tomadora y que se condenara a la aseguradora al pago del siniestro. No obstante, reitera que el análisis de la pretensión de condena en contra de la aseguradora no es posible a menos de que se establezca el incumplimiento de la universidad, sin que ello implique considerar que debía ser citada al proceso.

G. No se configuró la prescripción extintiva

9.- La aseguradora considera que se configuró la prescripción extintiva del derecho de la demandante a reclamar el seguro porque transcurrieron más de dos años desde el momento en que la demandante tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro hasta la formulación de la solicitud de conciliación y la presentación de la demanda. No obstante, la Sala considera que no se configuró el fenómeno de la prescripción, como lo explicará a continuación.

9.1.- El artículo 1131 del Código de Comercio regula la figura de la prescripción en el seguro de reponsabilidad e indica que el siniestro ocurre desde el momento en que acaece el hecho externo imputable al asegurado. A partir de ese momento empieza a correr la prescripción respecto de la víctima:

“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”.

9.2.- Por su parte, el artículo 1081 regula la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y establece que la extraordinaria tiene un término de 5 años, que empieza a contarse desde el momento en que nace el derecho, así:

“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”.

9.3.- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado estos dos artículos sistemáticamente y ha concluido que la prescripción en la acción directa respecto de la víctima es la extraordinaria, la cual tiene un término de 5 años, los cuales deben empezar a computarse a partir del momento en que ocurre el siniestro, así:

“En realidad el legislador nacional, al sujetar la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador a la ocurrencia del hecho provocante del daño irrogado, y no al enteramiento por parte de aquella del acaecimiento del mismo, previó que el fenecimiento de dicha acción sólo podía producirse por aplicación de la mencionada prescripción extraordinaria, contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio. Por consiguiente (...) optó por la prescripción extraordinaria que, por contar con un término más amplio-cinco años-, parece estar más en consonancia con el principio bienhechor fundante de dicha acción”¹⁹

9.4.- En el caso analizado, el siniestro ocurrió 19 de agosto de 2008, es decir, cuando el Banco Popular aprobó un crédito a favor de la Universidad del Tolima, condición que había impuesto previamente FINDETER para otorgar recursos a la entidad pública. En tanto la demanda fue presentada el 20 de agosto de 2010, no ocurrió la prescripción extintiva aludida por la aseguradora.

Segunda parte : Asuntos sustantivos

10.- Hechos probados

10.1.- Está demostrado que la Universidad del Tolima presentó una oferta a la ESE Policarpa Salavarrieta el 2 de noviembre de 2007 y que la entidad la aceptó el 19 de noviembre de 2007. En la oferta, la universidad se comprometió a adquirir

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de junio de 2007, expediente 1998-04690 01.

un bien inmueble una vez FINDETER aprobara y desembolsara un crédito. El 4 de julio de 2008, FINDETER comunicó a la Universidad del Tolima que la institución educativa contaba con la disponibilidad inmediata de los recursos y que para obtener el desembolso era necesaria la aprobación y legalización de la intermediación con una entidad financiera. Posteriormente, el 19 de agosto de 2008²⁰, el Banco Popular informó a la Universidad del Tolima que había aprobado un crédito por \$10.000.000.000, el cual estaba sujeto a unas condiciones.

10.2.- También está acreditado que la ESE Policarpa Salavarrieta hizo una reclamación ante la aseguradora el 20 de noviembre de 2008 porque la Universidad del Tolima no compró el inmueble pese a que se habían cumplido las condiciones contenidas en la oferta. La aseguradora objetó la reclamación y adujo que no se había cumplido la condición suspensiva prevista en la oferta, pues FINDETER no había efectuado el desembolso del crédito, lo cual no es cierto como se explica a continuación.

11. La condición suspensiva pactada en la oferta se cumplió con las aprobaciones de los créditos por parte de FINDETER y el Banco Popular

11.1.- La condición suspensiva contenida en la oferta presentada por la Universidad del Tolima se cumplió con las aprobaciones de los créditos por parte de FINDETER y del Banco Popular a favor de la universidad. Así, el hecho de que la Universidad del Tolima no hubiera efectuado la compra de la unidad hospitalaria devino en la ocurrencia del siniestro de seriedad de la oferta garantizado con la póliza adquirida con Suramericana de Seguros S.A.

11.2.- Primero, la Universidad del Tolima presentó una oferta de compra para la adquisición de una unidad hospitalaria de propiedad de la ESE Policarpa Salavarrieta en la que condicionó su obligación a la aprobación y desembolso de un crédito a través de FINDETER, así:

“Presento (...) carta de intención para la adquisición de la unidad hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo por valor de \$31.139.628.048, los cuales estarán sujetos a la aprobación y desembolso del crédito a través de FINDETER”.

El 20 de mayo de 2008, la Universidad del Tolima aportó una póliza de seriedad de la oferta adquirida con Suramericana de Seguros²¹ para garantizar el contrato, la cual tenía un amparo entre el 20 de mayo del 2008 y el 20 de noviembre del 2008, por un valor asegurado de \$934.188.781. La póliza garantizaba *“la seriedad de la oferta presentada según invitación preferencial a entidades públicas, referente a ofertar para la adquisición de unidades hospitalarias y centros de atención ambulatoria.*

Tipo de contrato compraventa.

Beneficiario: ESE Policarpa Salavarrieta en liquidación.

²⁰ Cuaderno 1, folio 62.

²¹ Cuaderno 1, Folio 26.

Cláusula: “La oferta condicionada a la aprobación y desembolso del crédito por parte de FINDETER”.

El 16 de junio de 2008²², la Universidad del Tolima ratificó su oferta y manifestó que haría el pago en un solo contado una vez lograra el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, así:

“Para la Universidad del Tolima y el departamento es de gran importancia la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo, por tal motivo estoy ratificando nuestro interés en su adquisición (...)

Una vez logremos el concepto de Departamento Nacional de Planeación el pago será en un solo contado”.

11.3.- Está probado que el 4 de julio de 2008, FINDETER le manifestó a la Universidad del Tolima la disponibilidad de los recursos para la adquisición de la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo, así:

“Manifestamos a usted la disponibilidad inmediata de los recursos requeridos para la ejecución del proyecto (...) De acuerdo con lo anterior nos permitimos informarle que para obtener el desembolso de dichos recursos se hace necesaria la aprobación y legalización de la intermediación con la entidad financiera que estime conveniente”²³.

11.4.- Finalmente, el 19 de agosto de 2008²⁴, el Banco Popular informó a la Universidad del Tolima que había aprobado un crédito por \$10.000.000.000, con lo cual quedó cumplida la condición impuesta por FINDETER para el desembolso del crédito.

11.5.- La ESE tenía la carga de demostrar el cumplimiento de la condición para declarar la ocurrencia del siniestro y efectivamente lo hizo. La demandante presentó los documentos expedidos por FINDETER y la entidad bancaria en los que constaba que la Universidad había sido beneficiaria del crédito.

11.6.- La demandada argumenta que en el expediente no está probado el desembolso del crédito y que ello implica que no se cumplió la condición pactada en la oferta. De hecho, presentó como prueba algunos documentos remitidos por la Universidad del Tolima y dirigidos a Suramericana de Seguros S.A., en los que la entidad educativa argumentó que no había efectuado la compra porque no contaba con los recursos y porque el precio de la unidad hospitalaria había disminuido, razón por la cual tampoco había incumplido la oferta. En comunicación del 3 de diciembre de 2008, el rector de la universidad le manifestó a la aseguradora lo siguiente:

“Si bien es cierto el director de la Unidad Regional Neiva del FINDETER elevó oficio al suscrito con fecha julio 4 de 2008 donde manifiesta la

²² Cuaderno 1, Folio 45.

²³ Cuaderno 1, folio 60.

²⁴ Cuaderno 1, folio 62.

disponibilidad inmediata de los recursos requeridos para la adquisición y remodelación de la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo, es necesario precisar que a la fecha las entidades bancarias no habían aprobado dicho desembolso para la adquisición de la citada unidad, por lo tanto, por este aspecto la Universidad del Tolima carece de responsabilidad por cuanto no tenía los recursos económicos para los fines antes anotados (...)

El precio de la clínica se ha reducido por efecto de la relación costo beneficio; ello obedece a factores como la contratación de la nueva EPS con otros contratistas y a que la clínica requiere inversiones urgentes en altas cuantías para optimización en la prestación de los servicios; todo esto ha dificultado el desembolso de los recursos por parte de los bancos”.²⁵

11.7.- La Sala no comparte el argumento planteado por la Universidad del Tolima en la comunicación transcrita. Aceptarlo implicaría desnaturalizar la condición contenida en el contrato de oferta a favor de la ESE Policarpa Salavarrieta, y considerar que la universidad podía abstenerse de realizar los trámites pertinentes pese a contar con los créditos aprobados por FINDETER y las entidades bancarias, como si la oferta aceptada no implicara ningún tipo de obligación para ella.

Adicionalmente, la universidad hizo referencia a situaciones genéricas relacionadas con la disminución del valor de la unidad hospitalaria y la dificultad para obtener de forma efectiva los desembolsos de parte de los bancos, las cuales no tienen sustento probatorio en el expediente.

11.8.- Por las razones anteriores, la Sala declarará el incumplimiento de la oferta presentada por la Universidad del Tolima.

12.- La demandante no estaba obligada a probar el monto del siniestro

12.1.- Suramericana de Seguros S.A. señaló que la póliza no era exigible por cuanto la entidad omitió la obligación legal de demostrar el monto del siniestro, según lo señalaba el artículo 1077 del Código de Comercio. Sin embargo, dicha norma establece expresamente que la cuantía sólo debe probarse en algunos casos y no en todos, así:

ARTÍCULO 1077. <CARGA DE LA PRUEBA>. *Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

12.2.- Para la Sala es evidente que la póliza que adquirió la Universidad del Tolima tenía como propósito garantizar la seriedad de la oferta y preveer una especie de

²⁵ Cuaderno 4, Folios 21 – 22-

cláusula penal en caso de que ésta incumpliese su obligación de comprar la unidad hospitalaria. El valor **asegurado** conforme con lo pactado en la póliza era de \$934.188.781, que correspondía al 3% del valor del contrato y dicho valor tenía como propósito <<garantizar la seriedad de la oferta presentada según invitación preferenciales entidades públicas, referente a ofertar para la adquisición de unidades hospitalarias y centros de atención ambulatorias. Tipo de contrato: compraventa. Beneficiario: ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN>>

12.3.- En consecuencia, la demandante no estaba en la obligación de demostrar el monto del siniestro, como equivocadamente lo planteó la aseguradora. Por el contrario, tenía derecho a reclamar el valor asegurado en la garantía, ya que éste fue el monto previamente pactado por las partes y tasado como cláusula penal en caso de que la oferente incumpliese.

13.- Los incumplimientos del 2007 estaban cubiertos por la póliza

13.1.- La demandada considera que el incumplimiento de la oferta presentada por la Universidad del Tolima el 2 de noviembre de 2007 no estaba cubierto por la póliza, porque la garantía había sido expedida el 20 de mayo de 2008. La Sala no comparte esta posición, pues Suramericana conocía las condiciones de la oferta que decidió asegurar en ejercicio de su autonomía para delimitar el riesgo en el contrato.

13.2.- Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que las aseguradoras son entidades expertas que, en virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, tienen la facultad de seleccionar los riesgos asegurables. Como resultado de esta autonomía, las compañías de seguro tienen la obligación de evaluar los riesgos y no podrán oponerse al pago del siniestro a través de la redefinición unilateral del riesgo:

“Ahora bien, las compañías de seguros autorizadas para operar en Colombia tienen como regla general la facultad que les asiste de seleccionar los riesgos que deseen asumir de acuerdo con su experiencia y su capacidad técnica y económica si se tiene en cuenta que el artículo 1056 del Código de Comercio dispone que el “asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados” .

La contrapartida de esa autonomía para delimitar el riesgo en el contrato de seguro y decidir si se emite o no lo póliza de seguro, no puede ser otra que la carga de la compañía de seguros de evaluar y definir en forma completa y clara las condiciones del riesgo para minimizar su exposición al mismo y prestar un adecuado servicio de aseguramiento.

Por lo anterior, delimitado el riesgo por la propia compañía de seguros y expedida la póliza correspondiente, la aseguradora tendrá la consecuente obligación de responder por el siniestro en los términos de la póliza de

seguro otorgada (...) sin que le sea permitido en el momento de la reclamación entrar a redefinir el riesgo amparado o recortar el alcance de su cobertura, en forma unilateral y con fundamento en interpretaciones acerca de la naturaleza o alcance del amparo o invocar términos y condiciones que no fueron expresados en la póliza”.²⁶

13.3.- Suramericana sí conocía el riesgo que estaba asegurando, tal como se lee en las condiciones de la póliza que garantizaba “la seriedad de la oferta presentada según invitación preferencial a entidades públicas, referente a ofertar para la adquisición de unidades hospitalarias y centros de atención ambulatoria.

Tipo de contrato compraventa.

Beneficiario: ESE Policarpa Salavarrieta en liquidación.

Cláusula: “La oferta condicionada a la aprobación y desembolso del crédito por parte de FINDETER”.

13.4.- Para la Sala es evidente que “la adquisición de unidades hospitalarias y centros de atención ambulatoria” y el contrato de “compraventa” en que era beneficiaria la “EPS Policarpa Salavarrieta en liquidación” hace referencia a la oferta que la Universidad del Tolima presentó el 2 de noviembre de 2007 a la ESE Policarpa Salavarrieta. En efecto, al momento de que la póliza fue expedida ya la Universidad del Tolima había presentado la oferta, y por lo tanto, ya era de conocimiento de la aseguradora. La póliza también incluía la condición suspensiva a la que la oferta estaba supeditada.

13.5.- La aseguradora no puede excusarse y omitir el pago del seguro bajo el argumento de que aseguró un riesgo inexistente o una obligación incumplida. Así, la Sala considera que la compañía de seguros tenía conocimiento del riesgo asegurado y por lo tanto, desestimaré el argumento presentado por la demandada.

14.- No existió una variación del riesgo que haya implicado la terminación del contrato de seguro

14.1.- La aseguradora manifestó que existió una variación del riesgo asegurado porque la Universidad del Tolima modificó la oferta inicial del 2 de noviembre de 2007 por otra del 16 de junio de 2008: la universidad sujetó la oferta a la aprobación del Departamento Nacional de Planeación, lo cual no fue informado a la aseguradora ni aceptado por ésta.

14.2.- El Código de Comercio contempla dos disposiciones relacionadas con la obligación del asegurado de mantener el estado del riesgo. El artículo 1060 establece que el asegurado deberá notificar al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan a la celebración del contrato, de acuerdo con los criterios contemplados en el artículo 1058; y el artículo 1058 dispone que el tomador está obligado a declarar todos los hechos o circunstancias

²⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 27.505. C.P. Mauricio Fajardo.

que determinan el estado del riesgo según el cuestionario que presenta el asegurador, así:

“ARTÍCULO 1058. . El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro”.

14.3.- La Sala considera que la comunicación del 16 de junio de 2008 no constituyó una agravación del riesgo en los términos de los artículos 1060 y 1058 del Código de Comercio, sino que fue una simple ratificación de la oferta. Ello se puede deducir de la lectura del texto, en el cual la Universidad del Tolima únicamente establece una forma de pago que en nada incidiría en el contrato de seguro firmado entre las partes:

*“Para la Universidad del Tolima y el departamento es de gran importancia la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo, por tal motivo estoy ratificando nuestro interés en su adquisición (...)
Una vez logremos el concepto de Departamento Nacional de Planeación el pago será en un solo contado”.*

14.4.- De esta forma, la Sala desestimaré este argumento y condenará a Suramericana de Seguros a pagar el valor asegurado indexado.

15. Condena

15.1.- La Sala condenará Suramericana de Seguros S.A. a pagar a la ESE. Policarpa Salavarrieta la suma de novecientos treinta y cuatro millones ciento ochenta y ocho mil setecientos ochenta y un pesos (\$934.188.781), la cual será actualizada a valor presente. Así, el monto que deberá ser pagado por la aseguradora a la demandante es de novecientos ochenta y ocho millones trescientos cuarenta y siete mil trescientos sesenta y ocho pesos (\$988.347.368), el cual se deriva de la siguiente fórmula:

$$V_f = V_h * (\text{IPC actual} / \text{IPC inicial})$$

$$V_f = \$934.188.781 * (105.48/99.70)$$

$$V_f = \$ 988.347.368$$

15.2.- Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVÓCASE la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO.- DECLÁRASE el incumplimiento de la oferta presentada por la Universidad del Tolima para la compra de la Unidad Hospitalaria Manuel Elkin Patarroyo ubicada en Ibagué, presentada a la ESE Policarpa Salavarrieta – En liquidación.

TERCERO.- CONDÉNASE a Suramericana de Seguros S.A. a cancelar a favor de la ESE Policarpa Salavarrieta en liquidación la suma de novecientos ochenta y ocho millones trescientos cuarenta y siete mil trescientos sesenta y ocho pesos (\$988.347.368) por el incumplimiento en el contrato de seguro contenido en la póliza única de cumplimiento 5510057-6.

CUARTO.- No se CONDENA en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente

Con salvamento de voto

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

Con firma electrónica

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA

SALVAMENTO DE VOTO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / CONTRATO DE SEGURO DE

RESPONSABILIDAD CIVIL / ASEGURADO / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA

Antes que nada, debo manifestar que la providencia objeto de salvamento tiene un problema de base que impedía a la Sala adoptar una decisión ajustada a derecho: concebir el seguro de cumplimiento como un seguro de responsabilidad –además de referirse a la Universidad (...) como el “asegurado” de la garantía de seriedad de la oferta expedida por [la aseguradora] y a la E.S.E. como la “víctima”, la sentencia hace alusiones permanentes a doctrina, jurisprudencia y disposiciones legales atinentes al seguro de responsabilidad, especialmente en relación con la acción directa prevista en el artículo 1133 del Código de Comercio y el conteo del término de prescripción en este tipo de seguro–, lo cual desconoce la esencia misma del seguro de cumplimiento. (...) Al respecto, basta con señalar que, en vista de que el seguro de cumplimiento tiene por objeto cubrir los perjuicios sufridos por el acreedor de una obligación (asegurado y beneficiario del seguro) derivados del incumplimiento imputable al deudor de esta (que se denomina afianzado y, usualmente, es el tomador del seguro), su estudio desprevenido puede llevar a concluir que se trata de un seguro de responsabilidad. Sin embargo, estos dos tipos de seguro son distintos; lo anterior, por la razón de que, a diferencia del seguro de cumplimiento, el seguro de responsabilidad cubre, en los términos del artículo 1127 del Código de Comercio, los perjuicios que un sujeto (asegurado) cause a un tercero (víctima y beneficiario del seguro) “con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1127 / CÓDIGO DE COMERCIO -ARTÍCULO 1133

SALVAMENTO DE VOTO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / LITISCONSORCIO NECESARIO / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LA ASEGURADORA / ASEGURADO / BENEFICIARIO / TOMADOR DEL SEGURO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PROCEDENCIA DEL LITISCONSORCIO NECESARIO / AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO / AFECTACIÓN SUSTANCIAL DEL DEBIDO PROCESO / PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO / SUBROGACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

[M]e es imposible estar de acuerdo con el hecho de examinar e, inclusive, declarar la responsabilidad del afianzado de un seguro de cumplimiento sin que este haya sido previamente vinculado al proceso a efectos de garantizar su derecho fundamental al debido proceso. Esto no solo configura la causal de nulidad procesal por indebida notificación o emplazamiento de personas que deben ser citadas al proceso consagrada en el numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso (CGP), sino que constituye una violación manifiesta del artículo 29 constitucional –según el cual “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”– y un antecedente peligroso en materia de garantías procesales. (...) el caso puesto a consideración de la Sala versaba

sobre una garantía de seriedad de la oferta expedida por [compañía de seguros], cuyas partes eran, esta última en condición de aseguradora, la E.S.E. en calidad de asegurada y beneficiaria y la Universidad (...) en condición de tomadora y afianzada. Así las cosas, es claro que por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, no era posible resolver de fondo sin la comparecencia de la Universidad (...), quien conformaba un litisconsorcio necesario con la compañía de seguros. (...) Incluso si se aceptara que los efectos de la sentencia pronunciada en contra de la aseguradora no se extienden al afianzado del seguro de cumplimiento, lo cierto es que la posibilidad de este último de debatir su responsabilidad frente a la aseguradora en el marco de la acción de subrogación sería inane, en la medida en que ya se habría resuelto acerca de la misma en una sentencia previa

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 140 NUMERAL 9 / EL DEL DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 133 NUMERAL 8 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29

SALVAMENTO DE VOTO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL / PRESCRIPCIÓN EX-TINTIVA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA / CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL / OFERTA / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / SINIESTRO / PAGO DEL SINIESTRO / SINIESTRO / VALOR ASEGURADO / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

La mayoría de la Sala también sostuvo que su proceder era correcto, comoquiera que el artículo 1096 del Código de Comercio –que contempla la subrogación del asegurador que paga la indemnización– “protege el derecho al debido proceso [de la Universidad (...)] (...), pues [a] faculta para proponer todas las excepciones contra la compañía de seguros y presentar argumentos que desestimen el incumplimiento”, afirmación respecto de la cual estoy en completo desacuerdo. Incluso si se aceptara que los efectos de la sentencia pronunciada en contra de la aseguradora no se extienden al afianzado del seguro de cumplimiento, lo cierto es que la posibilidad de este último de debatir su responsabilidad frente a la aseguradora en el marco de la acción de subrogación sería inane, en la medida en que ya se habría resuelto acerca de la misma en una sentencia previa.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 7 de mayo de 1991, exp. R-087; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de octubre de 1994, exp. 5.759; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 21 de septiembre de 2000, exp. 5.796; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de mayo de 2013, exp. 24.810; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 29 de julio de 2015, exp. 38.602 y;

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de mayo de 2020, exp. 47.166.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: Martín Bermúdez Muñoz

Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00166-01 (52.705)

Demandante: E.S.E. Policarpa Salavarrieta –en liquidación–
(E.S.E.)

Demandada: Compañía Suramericana de Seguros S.A.
(Suramericana)

Referencia: controversias contractuales

Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata

Enseguida, presento las razones por las que salvo mi voto en la Sentencia de 17 de marzo de 2021, por medio de la cual se revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, se accedió a las pretensiones de la demanda:

1. Antes que nada, debo manifestar que la providencia objeto de salvamento tiene un problema de base que impedía a la Sala adoptar una decisión ajustada a derecho: concebir el seguro de cumplimiento como un seguro de responsabilidad –además de referirse a la Universidad del Tolima como el “asegurado” de la garantía de seriedad de la oferta expedida por Suramericana y a la E.S.E. como la “víctima”, la sentencia hace alusiones permanentes a doctrina, jurisprudencia y disposiciones legales atinentes al seguro de responsabilidad, especialmente en relación con la acción directa prevista en el artículo 1133 del Código de Comercio y el conteo del término de prescripción en este tipo de seguro–, lo cual desconoce la esencia misma del seguro de cumplimiento.

2. Al respecto, basta con señalar que, en vista de que el seguro de cumplimiento tiene por objeto cubrir los perjuicios sufridos por el acreedor de una obligación (asegurado y beneficiario del seguro) derivados del incumplimiento imputable al deudor de esta (que se denomina afianzado y, usualmente, es el tomador del seguro), su estudio desprevenido puede llevar a concluir que se trata de un seguro de responsabilidad. Sin embargo, estos dos tipos de seguro son distintos; lo anterior, por la razón de que, a diferencia del seguro de cumplimiento, el seguro de responsabilidad cubre, en los términos del artículo 1127 del Código de Comercio, los perjuicios que un sujeto (asegurado) cause a un tercero (víctima y beneficiario del seguro) *“con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley”*²⁷.

3. De otra parte, me es imposible estar de acuerdo con el hecho de examinar e, inclusive, declarar la responsabilidad del afianzado de un seguro de cumplimiento sin que este haya sido previamente vinculado al proceso a efectos de garantizar su derecho fundamental al debido proceso. Esto no solo configura la causal de nulidad procesal por indebida notificación o emplazamiento de personas que deben ser citadas al proceso consagrada en el numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso (CGP), sino que constituye una violación manifiesta del artículo 29 constitucional –según el cual “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”– y un antecedente peligroso en materia de garantías procesales.

4. A juicio de la mayoría de la Sala, *“e[ra] necesario pronunciarse judicialmente sobre el incumplimiento de la Universidad del Tolima, en su condición de asegurada. Sin embargo, no se requería citarla al proceso de acción directa iniciado por la E.S.E. Policarpa Salavarrieta contra Suramericana de Seguros S.A., por no cumplirse los requisitos para la existencia del litisconsorcio necesario”*. Esta conclusión olvidó por completo que el caso puesto a consideración de la Sala versaba sobre una garantía de seriedad de la oferta expedida por Suramericana, cuyas partes eran, esta última en condición de aseguradora, la E.S.E. en calidad de asegurada y beneficiaria y la Universidad del Tolima en condición de tomadora y afianzada. Así las cosas, es claro que por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, no era posible resolver de fondo

²⁷ A partir de allí se extraen más diferencias: (1) en el seguro de cumplimiento, el riesgo asegurado –esto es, *“el suceso incierto (...) cuya realización da origen a la obligación del asegurador”*– es el incumplimiento imputable al deudor de una obligación (afianzado) que causa perjuicios a su acreedor (asegurado), mientras que en el seguro de responsabilidad lo es la responsabilidad en que incurre el asegurado respecto de una víctima; (2) en el seguro de cumplimiento, el acreedor de la obligación asegurada es a su vez el acreedor de la obligación a cargo de la aseguradora, mientras que en el seguro de responsabilidad la víctima es la acreedora de esta obligación y; (3) en tratándose de seguros de cumplimiento, la aseguradora se subroga en los derechos del acreedor de la obligación asegurada contra el deudor o afianzado, mientras que en los seguros de responsabilidad la subrogación no es posible, pues el asegurado no tiene derechos en su contra por ser él mismo el responsable del siniestro.

sin la comparecencia de la Universidad del Tolima, quien conformaba un litisconsorcio necesario con la compañía de seguros.

5. La mayoría de la Sala también sostuvo que su proceder era correcto, comoquiera que el artículo 1096 del Código de Comercio –que contempla la subrogación del asegurador que paga la indemnización– *“protege el derecho al debido proceso [de la Universidad del Tolima] (...), pues l[a] faculta para proponer todas las excepciones contra la compañía de seguros y presentar argumentos que desestimen el incumplimiento”*, afirmación respecto de la cual estoy en completo desacuerdo. Incluso si se aceptara que los efectos de la sentencia pronunciada en contra de la aseguradora no se extienden al afianzado del seguro de cumplimiento, lo cierto es que la posibilidad de este último de debatir su responsabilidad frente a la aseguradora en el marco de la acción de subrogación sería inane, en la medida en que ya se habría resuelto acerca de la misma en una sentencia previa²⁸.

6. Además de las anteriores diferencias que sostengo con la providencia, no comparto que se estudiara el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro a partir de lo dispuesto en el artículo 1131 del Código de Comercio y la prescripción extraordinaria quinquenal pues, se reitera, las normas del seguro de responsabilidad no son aplicables al seguro de cumplimiento, y en el presente caso la prescripción extraordinaria no era relevante. Valga la pena recordar, como lo ha precisado de manera pacífica esta Corporación, que las entidades que son beneficiarias de contratos de seguro y tienen la facultad de declarar la ocurrencia de siniestros mediante actos administrativos, deben hacerlo dentro del término bienal de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio²⁹.

7. Adicionalmente, estimo que si la obligación de la Universidad del Tolima de adquirir la unidad hospitalaria en cuestión estaba sometida a la aprobación y el desembolso de un crédito por parte de Findeter, el hecho de no haberse producido tal desembolso implicaba que la condición suspensiva de la cual dependía la existencia de dicha obligación nunca habría acaecido y, por lo tanto, esta última no habría sido incumplida.

²⁸ Sin mencionar que la tesis defendida por la mayoría de la Sala también podría traer como consecuencia la expedición de fallos contradictorios en relación con la responsabilidad del afianzado.

²⁹ Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 7 de mayo de 1991, exp. R-087; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de octubre de 1994, exp. 5.759; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 21 de septiembre de 2000, exp. 5.796; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de mayo de 2013, exp. 24.810; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 29 de julio de 2015, exp. 38.602 y; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de mayo de 2020, exp. 47.166.

8. También me llama la atención que, pese a la ausencia de elementos de juicio acerca de la *“invitación a puerta cerrada”* de la E.S.E., la *“oferta de compra”* presentada por la Universidad del Tolima y las condiciones de la garantía de seriedad de la oferta expedida por Suramericana, la mayoría de la Sala estableciera que la E.S.E. no estaba en la obligación de demostrar la cuantía de sus perjuicios, porque la garantía expedida por Suramericana *“tenía como propósito (...) prever una especie de cláusula penal en caso de que ésta [la Universidad del Tolima] incumpliese su obligación de comprar la unidad hospitalaria”*. Para llegar a esta conclusión, resultaba imperioso hacer previamente un análisis acerca de las obligaciones derivadas de la presentación y la aceptación de la oferta, así como de las consecuencias previstas ante su incumplimiento, análisis que se echa de menos en la sentencia.

Firmado Electrónicamente

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado