

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

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Proceso número: 250002326000200301725-01 (34226)
Actor: Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. –
Confianza S.A.-
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica
Civil
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 29 de noviembre de 2006, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 14 de agosto de 2003, la compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza- presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones n.º 01305 de 11 de abril y su confirmatoria 2645 de 8 de julio de 2003, por las cuales la entidad declaró el incumplimiento de la sociedad Avianca S.A. y ordenó hacer efectiva la

póliza expedida por la aseguradora, en la suma de \$3 434 448 169 y US\$1 685 101.84.

La parte actora sostiene que con la resolución n.º 4973 de 31 de diciembre de 1999 las empresas de transporte aéreo estaban obligadas a presentar y mantener vigente una caución en favor de la U.A.E. Aeronáutica Civil, que amparara el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los respectivos permisos de operación. En los términos de la decisión, la caución debía hacerse efectiva cuando la empresa presentara mora de un mes en el pago de lo que le correspondía. Da cuenta de que Avianca S.A. constituyó la póliza n.º 1249039 con la Compañía Aseguradora Confianza S.A., por la suma de \$10 705 620 839 y entre los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2002 incumplió en los pagos, deuda que ascendía a la cantidad de \$1 939 000 000, situación que la Aeronáutica no puso en conocimiento de la aseguradora. Incumplimiento que se reiteró durante los meses de enero a marzo de 2003, para un total adeudado de \$3 358 000 000, sin que la demandada hubiese tomado ningún tipo de medidas, por el contrario, según su versión, la entidad continuó otorgando a Avianca los permisos de operación. Afirma que, solo hasta el mes de abril de 2003, la Aeronáutica declaró el incumplimiento, mediante un acto administrativo en consideración al cobro persuasivo a través del envío de los oficios 4331.0114 de 24 de enero, 4331.0250 de 26 de febrero y 4331.537 de 11 de abril de 2003, *“sin enviar siquiera copia informativa a la aseguradora”*. Asegura que *“sólo hasta el 24 de abril de 2003 la Aeronáutica dio aviso a Confianza sobre la ocurrencia del siniestro”*, pasando por alto que el incumplimiento inició en el mes de noviembre de 2002, esto es vencido siete periodos de facturación, equivalentes a cuatro meses.

La demandante alega que *“(..) la falta de aviso oportuno por parte de la Aeronáutica Civil sobre la cesación de pagos e incumplimiento reiterado de la empresa Avianca S.A. derivó en una agravación del estado del riesgo, con la consecuente modificación del mismo, que no fue notificada en la oportunidad legal a la aseguradora y como consecuencia de esta conducta, se ha generado la terminación del contrato de seguro”*.

Aunado a lo anterior, la aseguradora sostiene que el 17 de julio de 2003 celebró audiencia de conciliación prejudicial con la entidad demandada, sin que se llegara a un acuerdo (fls. 4-9 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1 La demanda

Con base en lo expuesto, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera.- Que se declare la nulidad de la resolución n.º 01305 de 11 de abril de 2003, por la cual se declaró el incumplimiento de la empresa Aerovías Nacionales de Colombia Avianca S.A. y se ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento expedida por Confianza S.A., por violación manifiesta a las disposiciones de orden legal, en que debía fundarse, teniendo en cuenta que al momento de proferirse el acto se interpretaron erróneamente normas reguladoras del contrato de seguro y se aplicaron indebidamente disposiciones legales que debieron servir de fundamento en la decisión adoptada por la administración.

Segunda.- Que se declare la nulidad de la resolución n.º 02645 del 8 de julio de 2003, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución 01305 de 11 de abril de 2003, en agotamiento de la vía gubernativa, teniendo en cuenta que en su expedición también se interpretaron erróneamente normas reguladoras del contrato de seguro y se aplicaron indebidamente disposiciones legales que debieron servir de fundamento en la decisión adoptada por la administración, la cual confirmó en todas sus partes, la resolución 1305 de 11 de abril de 2003.

Tercera.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare que mi representada no está obligada al pago de las obligaciones derivadas de la póliza de cumplimiento No. 1249039 en la cuantía reclamada por las resoluciones atacadas.

Cuarta.- Que en el evento que la aseguradora haya pagado suma alguna derivada de las resoluciones atacadas, se ordene la devolución de dichas sumas a la aseguradora, junto con sus intereses y actualizaciones legales.

Quinta.- Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada” (fls. 3-4 cuaderno 1).

1.2 Cargos de ilegalidad propuestos contra los actos acusados

La parte actora alega que los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por violación de las normas en que debían fundarse relativas al contrato de seguro y falsa motivación. Lo primero, comoquiera que en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, *“(..) el asegurado o tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno y otro, deberán notificar por escrito, al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058 ibídem, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si esta depende del arbitrio del asegurado o del tomador”*. Señala que el asegurado está obligado a mantener las condiciones y circunstancias del riesgo existente al momento de perfeccionarse el contrato y a informar las modificaciones que surgieran durante su vigencia. Pone de presente que, no obstante el incumplimiento reiterado de Avianca, la Aeronáutica omitió *“(..) asumir una posición diligente que pusiera fin a la situación. Por el contrario, permitió que el hecho se prolongara y agravara con el paso del tiempo, confiando en que el seguro de cumplimiento cubriría todas las acreencias y desconociendo las cargas que la ley le ha impuesto al asegurado y al mismo tomador dentro del contrato de seguro”*.

En cuanto a lo segundo, esto es la falsa motivación de las decisiones demandadas, la parte actora sostiene que i) la administración no tuvo en cuenta las normas legales en que debió fundarse; ii) la aseguradora no manifestó *“su aquiescencia para que continúe la relación contractual bajo las condiciones de modificación del riesgo”*; iii) la notificación al asegurado sobre la modificación el estado del riesgo debía darse por escrito, no verbalmente, por expresa disposición legal y iv) la entidad no actuó de forma oportuna y permitió que el incumplimiento se prolongara en el tiempo, sin tomar medidas para evitar la ocurrencia del siniestro (fls. 9-17 cuaderno 1).

1.3 La defensa del demandado

1.3.1 La U.A.E. Aeronáutica Civil se opuso a las pretensiones. Afirmó que actuó conforme a derecho y según la normatividad vigente en materia de seguros. Dio cuenta de la existencia de la póliza, del incumplimiento parcial en los pagos por

parte de Avianca y del reintegro oportuno de lo recaudado por concepto de tasas aeroportuarias y timbre hasta la segunda quincena del mes de febrero de 2003. Puso de presente que ante el incumplimiento de Avianca procedió a realizar el cobro persuasivo que correspondía y adelantó diversas gestiones para llegar a un acuerdo de pago con la empresa, con miras a *“(..)* no sólo disminuir el riesgo sino desaparecer esta situación y agotar un procedimiento previo a la iniciación de procesos por jurisdicción coactiva o ejecutivos a que hubiere lugar”, garantizando el debido proceso y atendiendo los postulados de la buena fe. Afirmó que notificó la ocurrencia del siniestro a la compañía de seguros Confianza S.A. el 27 de marzo de 2003 y que esta, según su versión, al día siguiente expidió nueva póliza garantizando las obligaciones insolutas, por la suma de \$6 184 132 359.00. Sostuvo que una vez tuvo conocimiento del incumplimiento en los pagos, procedió a requerir, mediante oficio 4331-0114 de 24 de enero de 2003, requerimiento frente al cual Avianca canceló la facturación correspondiente al mes de febrero siguiente y, al tiempo, propuso un acuerdo de pago que resultó frustrado, razón por la cual el Director General de la Aeronáutica informó a la aseguradora, que procedió a cubrir la totalidad de la deuda, con la expedición de la póliza n.º 1675662.

La entidad demandada, además, sostuvo, que i) no podía proceder unilateralmente, una vez configurada la mora, cuando el siniestro de cumplimiento estaba amparado por la póliza; ii) era evidente la situación económica por la que atravesaba Avianca, dando lugar a adelantar un acuerdo de pago, el cual finalmente fue aprobado mediante la resolución n.º 03312 de 20 de agosto de 2003 y iii) la suspensión de los planes de vuelo no era conveniente, en la medida que se trataba de un servicio público esencial que la administración estaba obligada a proteger, medida que no procedía por incumplimiento en el pago de obligaciones dinerarias, pues la misma *“hace referencia al Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes”*.

Por último, la accionada alegó que aunque la empresa presentaba mora de un mes en el pago de las obligaciones, *“(..)* no podría entenderse que si de un mes cuya facturación asciende a la suma de \$7.100.000.000 que se hacían efectivos a diciembre 2/02, la empresa Avianca deja de cancelar \$594.000.000, es decir menos del 10% de lo

facturado, la entidad se vea compelida a declarar el riesgo con las graves consecuencias que ello puede generar en términos económicos para el patrimonio público, para Avianca y para la compañía de seguros”. Además, señaló que no tendría sentido la constitución de una póliza cuya vigencia era de un año y el valor asegurado ascendía a \$10 705 620 839, para que solo cubriera un mes y un porcentaje del 10% del total (fls. 30-41 cuaderno 1).

1.4 Alegatos de conclusión

1.4.1 La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Insistió en la falta de notificación oportuna del agravamiento del estado del riesgo, antes del siniestro, omisión que dio lugar a la terminación del contrato de seguro. Alegó que el incumplimiento data del mes de octubre de 2002 y el asegurado no le informó como correspondía. Afirmó que no conoció de los cobros persuasivos. Adujo que la Aeronáutica no tomó los correctivos del caso tendientes a evitar la ocurrencia del siniestro, tales como la suspensión del permiso de operación y del sistema de facturación, así como la no autorización de planes de vuelo, medidas consagradas en las resoluciones n.º 4000 de 1998, 4973 y 1184 de 1999.

La demandante alegó, además, que la entidad le cobró intereses de mora no cubiertos en la disposición legal amparada por la póliza de cumplimiento. Afirmó que la Aeronáutica desconoció los artículos 1060 y 1074 del Código de Comercio, *“comoquiera que su actitud inoportuna y negligente promovió la extensión del siniestro y su correspondiente agravación”*. Sostuvo que *“(..) el hecho de que exista una caución o garantía no exime en nada al asegurado de su deber de diligencia respecto del interés asegurable, por lo cual es también obligación propender porque se mantenga el estado del riesgo y se evite la agravación del siniestro”*.

Por lo anterior, la aseguradora insistió en la declaratoria de nulidad de los actos acusados, por violación de la ley y falsa motivación (fls. 101-117 cuaderno 1).

14.2 La demandada, por su parte, insistió en la legalidad de los actos administrativos demandados. Alegó que actuó conforme los postulados constitucionales y legales; tomó las medidas necesarias para evitar la ocurrencia

del siniestro; buscó alternativas de solución para evitar su agravación; garantizó el debido proceso del operador y la prestación del servicio público de transporte aéreo (fls. 118-126 cuaderno 1).

1.5 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 29 de noviembre de 2006, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones. Encontró acreditado que la Aeronáutica Civil tomó medidas proporcionales, encaminadas a evitar la paralización del servicio y la consumación del riesgo asegurado. Señaló que, si en gracia de discusión se llegase a aceptar que la demandada omitió cumplir con su deber, la demandante *“(..) consintió en dicha situación, toda vez que el 28 de marzo de 2003, después de haber sido informada sobre el incumplimiento de Avianca, expidió la póliza 1675662 con el fin de garantizar el pago de las obligaciones adeudadas por la citada empresa”*, esto es respaldó los incumplimientos de su afianzada. Estimó que no era posible considerar que la administración debió suspender el permiso de operación de la empresa y hacer efectivo el siniestro, toda vez que no resultaba una medida razonable, puesto que, tal y como lo sostuvo la demandada, ello *“hubiera ocasionado perjuicios enormes a los miles de pasajeros que para la época de fin de año habían adquirido sus pasajes aéreos”*.

Si bien, la resolución n.º 4973 de 31 de diciembre de 1999 señalaba que, cuando la empresa incurriera en mora de un mes en el pago de sus obligaciones, procedía hacer efectiva la caución, la entidad estaba obligada a buscar alternativas de solución, proporcionadas con la situación por la que atravesaba Avianca, como en efecto lo hizo.

Por lo anterior, el Tribunal encontró que la actuación de la entidad pública estuvo ajustada a derecho y, por tanto, los actos acusados conformes con el ordenamiento jurídico (fls. 129-135 cuaderno principal).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de apelación¹

Inconforme, la parte actora impugna la decisión. Reitera los argumentos expuestos en el transcurso de la actuación e insiste en los cargos de ilegalidad formulados en contra de las resoluciones n.º 01305 de 11 de abril y su confirmatoria 2645 de 8 de julio de 2003. Insiste en que la demandada conoció del incumplimiento de Avianca desde el mes de octubre de 2002; empero solo informó a la aseguradora en el mes de abril de 2003 y notificó el siniestro el 10 de mayo siguiente, cuando fue notificada de la resolución n.º 1305 de 11 de abril de 2003, desconociendo la normatividad que rige la materia y dando lugar a la terminación del contrato de seguro. Si bien la entidad adelantó cobros persuasivos, no informó a la compañía de seguros, *“generando con ello agravación del siniestro”*. Da cuenta de que la Aeronáutica tampoco dio cumplimiento a su propia regulación, particularmente la resolución n.º 4973 de 31 de diciembre de 1999, pues omitió tomar las acciones de cobro y las medidas sancionatorias derivadas de los permisos de vuelos, dada la mora de un mes en el pago de las obligaciones a cargo de la aerolínea, tales como suspensiones del permiso de operación y del sistema de facturación y la no autorización de planes de vuelo. Reitera que la entidad cobró intereses de mora no cubiertos por la póliza. Sostiene que al primer mes de incumplimiento debió hacer efectiva la póliza y notificar a la aseguradora, tal y como lo dispone el mentado acto administrativo y los artículos 1060 y 1074 del Código de Comercio.

La aseguradora sostiene que *“la función del seguro no es suplir el deber de diligencia que debe asumir el asegurado, por el contrato, su función es reforzarla”*. Reitera que la entidad *“(..) debió hacer exigible la caución desde el primer mes de incumplimiento, debió avisar inmediatamente a la aseguradora sobre la modificación del estado del riesgo, ya que dejar tales actuaciones en la indefinición temporal equivale a dejar el arbitrio de la asegurada acumular y amentar el valor de las obligaciones de Avianca, como en efecto sucedió, so pretexto de existir una caución por valor de más de 10 mil millones de pesos”*.

¹ El recurso de apelación fue interpuesto el 13 de diciembre de 2006.

Por último, la recurrente alega que *“en estricto sentido la aseguradora no expidió la póliza CDL1675662 de marzo 28 de 2003, por no utilización de acuerdo a los certificados adjuntos, por lo tanto, esta póliza nunca se hizo efectiva por parte de Aeronáutica Civil”*. La póliza que se hizo efectiva a través de los actos acusados es la número 1249039 (fls. 138, 145-166 cuaderno principal).

2.2 Alegaciones finales

De esta oportunidad hicieron uso las partes reiterando los argumentos esgrimidos en el transcurso del proceso (fls. 177-200 cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia que negó las pretensiones, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988², para que ésta Sala conozca de la acción contractual en segunda instancia.

2. Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 29 de noviembre de 2006, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones, con miras a analizar los cargos de ilegalidad propuestos contra los actos administrativos que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la garantía.

² El 14 de agosto de 2003, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento tuviera vocación de doble instancia era de \$8 452 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por la parte actora en la suma de \$3 434 448 169, valor por el cual se hizo efectiva la póliza.

Es de anotar que los argumentos esgrimidos en los alegatos de conclusión y el recurso de apelación, relativos al cobro de intereses de mora no cubiertos en la disposición legal amparada por la póliza de cumplimiento y la no utilización de la póliza n.º CDL1675662 de marzo 28 de 2003, no serán tenidos en cuenta, en la medida en que no hicieron parte de la causa petendi y, por tanto, la parte demandada no tuvo la oportunidad de controvertir. Además, en cuanto a esto último, la Sala debe advertir que, si bien la garantía en mención no se hizo efectiva, pues lo fue la otorgada inicialmente por Avianca, esto es la n.º 1249039, sí fue expedida por la aseguradora Confianza S.A. para amparar las sumas adeudadas por la misma, luego de los requerimientos y cobros persuasivos realizados por la entidad, lo que, de suyo, permite tenerla como prueba en el presente asunto.

Debe, en consecuencia la Sala analizar los hechos probados y, de esta forma, resolver si hay lugar a conceder las pretensiones.

2.1 Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por la parte actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

1. El 24 de noviembre de 1998, mediante la resolución n.º 4000, la Aeronáutica Civil estableció la obligación para los explotadores de aeronaves de constituir una caución para garantizar el reintegro de las sumas que recaudaran por concepto de tasa aeroportuaria e impuestos de timbre. El artículo 4º es del siguiente tenor:

“A partir del 1º de enero de 1999 todos los explotadores de aeronaves que recauden la tasa aeroportuaria y el impuesto de timbre, deberán constituir a su costa y a favor de la U.A.E. de Aeronáutica Civil por conducto de una compañía aseguradora o banco comercial legalmente establecidos en Colombia, cuya póliza matriz se halle debidamente aprobada por la Superintendencia Bancaria, una póliza que garantice o avale las obligaciones que el explotador tiene de reembolsar el valor de dichos recaudos; el monto de la póliza será el equivalente a lo recaudado en dos meses de operación del respectivo explotador de aeronaves” (fls. 20-22, c. 2).

2. El mismo día, del mes de diciembre siguiente, mediante la resolución n.º 4411, la demandada complementó y amplió la cobertura de la mentada garantía, con el fin de amparar las obligaciones derivadas del permiso de operación otorgados a quienes explotaran comercialmente las aeronaves (fl. 6, c. 2).

3. El 31 del mismo mes del año 1999, a través de la resolución n.º 04973, la Aeronáutica estableció que la caución por medio de la cual se amparaba el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de los respectivos permisos de operación, se harían efectivos en los siguientes eventos –artículo 31-:

"5. CASOS EN QUE LA CAUCION DEBE HACERSE EFECTIVA (. . .)

5.1 La caución de que trata el numeral 1.1 (se refiere al amparo de las obligaciones de permisos de operación) se hará exigible en los siguientes eventos:

5.1.1 Cuando la empresa presente mora de un (1) mes en el pago de sus obligaciones para con la UAEC.

5.1.2 Cuando al suspender sus actividades de vuelo, la empresa incumpla obligaciones contra idas con la UAEC. (. . .)" (fls. 6-11, c. 2).

El incumplimiento de las obligaciones derivados de los permisos de operación, según las resoluciones números 4000 y 1184 de 24 de noviembre de 1998 y 6 de abril de 1999, respectivamente, daban lugar a la suspensión del permiso y a hacer efectiva la caución (fls. 22 y 24, c. 2).

4. El 15 de febrero de 2001, la compañía de seguros Confianza S.A. expidió la póliza de cumplimiento n.º 1249039, cuyo tomador y afianzado fue Avianca S.A. y el asegurado la U.A.E. Aeronáutica Civil, con vigencia entre el 15 de marzo de 2001 y el mismo día y mes del año 2002, por un valor asegurado de \$11 664 405

943. La garantía amparó el "(.) cumplimiento de las obligaciones derivadas del permiso de operación y garantía de reintegro de sumas que se recauden por concepto de la tasa aeroportuaria e impuesto de timbre, de acuerdo con la resolución # 04973 de 31 de diciembre de 1999" (fl. 42 cuaderno 1).

El 8 del mismo mes del año 2002, la aseguradora expidió el certificado de modificación n.º 1418434 de la anterior póliza, con el objeto de ampliar su vigencia por un año más y quedando el valor asegurado en la suma de \$10 705 620 839 (fl. 44 cuaderno 1).

5. El Grupo de Cobranzas de la Aeronáutica Civil dio cuenta a la compañía de seguros Confianza S.A. del incumplimiento de Avianca, de los pagos correspondientes a los servicios aeronáuticos y de aeronavegación, desde finales de noviembre de 2002 (fls. 147 y 148-164, c. 2).

6. El 24 de enero de 2003, el Jefe del Grupo de Cobranzas de la Aerocivil requirió a Avianca en los siguientes términos:

"Nos permitimos informarle que verificados nuestros archivos de cartera constatamos que tienen una deuda con la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL mayor a 30 días, por concepto de servicios prestados discriminados en el estado de cuenta adjunto; el cual está compuesto por capital calculados a enero 27 del presente año.

Por tal razón les solicitamos realizar el pago lo antes posible queremos comentarle que en las oficinas donde se adelantan trámites por parte de la (sic) aerolíneas esta (sic) dada la instrucción que la empresa que tenga una mora mayor a los 25 días no se le adelante ningún trámite incluso los planes de vuelos, como la intención de esta oficina no es causarles inconvenientes en el normal desarrollo de sus operaciones diarias solicitamos normalizar su situación" (fl. 71, c. 1).

7. El 4 de febrero siguiente, AVIANCA solicitó a la Aerocivil la aprobación de un acuerdo formal de pago de las obligaciones adeudadas, por un monto aproximado de \$4 000 000 000.00, a un plazo de 9 meses, pagaderos en cuotas iguales con intereses mensuales (fls. 72 a 74, c. 1).

8. El 26 del mismo mes y año, la demandada realizó un segundo aviso de cobro a Avianca, para que efectuara el pago inmediato de las obligaciones adeudadas,

en el que puso de presente la aprobación de la propuesta de pago. Además, solicitó allegar el aval de la aseguradora (fl. 76, c. 1).

9. El 13 de marzo de 2003, Avianca solicitó a la Aerocivil la aprobación de un acuerdo formal de pago de las obligaciones de aterrizajes y protección de vuelos, por un monto de \$2 500 000 000.00, pagaderos en cuotas iguales, dentro del plazo de tres meses (fl. 77, c. 1).

10. El 21 del mismo mes y año, Avianca ratificó la solicitud atrás mencionada, pero por un monto de \$6 171 000 000.00 (fl. 80, c. 1).

11. El 27 de marzo siguiente, mediante el oficio n.º 4331-0434, la Aerocivil puso al tanto a la aseguradora Confianza S.A. del incumplimiento de Avianca en el pago de sus obligaciones y, por ende la reclamación de la póliza de cumplimiento n.º CMDODF 1418434 (fl. 82, c. 1).

12. Al día siguiente, Confianza S.A. expidió la póliza n.º 1675662, con el objeto de garantizar *“el pago de la facturación relacionada en el oficio 4331-413 de marzo 28-2003, que adeuda la compañía Aerovías Nacionales de Colombia Avianca S.A. a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil a 28-marzo-2003”*, por la suma asegurada de \$6 104 192 338 (negritas fuera de texto, fls. 46-49 cuaderno 1).

13. El 11 de abril de 2003, mediante la resolución n.º 1305, la demandada declaró la ocurrencia del siniestro, esto es el incumplimiento de los pagos por los servicios aeronáuticos prestados a Avianca; ordenó hacer efectiva la póliza expedida por la actora y, además, fijó la obligación en la suma de \$3 434 448 169.00 y US\$1 685 101.84. Se transcriben algunas consideraciones de la decisión:

"3. Que la empresa AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA -AVIANCA S.A.-, incumplió el pago por Servicios Aeronáuticos y de Aeronavegación, prestados entre el 10 de diciembre de 2002 y el 14 de marzo de 2003 y que corresponden a la facturación que le generó la Aeronáutica Civil entre el 02 de diciembre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, tal como consta en el estado de cuenta que forma parte integral de esta resolución.

4. Que la empresa AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA -AVIANCA S.A.-, adeuda a la Aeronáutica Civil, la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA y OCHO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS (\$3.434.448.169.00), y UN MILLÓN SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO UN DÓLARES CON 84/100 (U\$1.685.101.84), tal como aparece en el estado de cuenta, que hace parte integral de la presente resolución.

5. Que el Grupo de Cobranzas, mediante oficios 4331.0114 del 24 de enero de 2003, 4331.025026 de febrero de 2003 y 4331.537 del 11 de abril del (sic) 2003, respectivamente, realizó cobros persuasivos a la empresa AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA -AVIANCA S.A.-, a fin de obtener el pago de los valores adeudados, sin que a la fecha se haya obtenido resultado alguno.

6. Que así mismo, mediante oficio 4331.434 del 27 de marzo del año en curso, se dio aviso a la Compañía de Seguros Confianza, sobre la ocurrencia del siniestro.

7. Que de conformidad con lo estipulado en la resolución 01184 del 6 de abril de 1999, el no pago de las facturas correspondientes a los servicios prestados por la Aeronáutica Civil, generará intereses moratorias, los cuales se liquidarán de acuerdo con las normas vigentes" (fls. 34-36, c. 2).

La decisión fue notificada mediante edicto que permaneció fijado hasta el 9 de mayo de 2003, término durante el cual la aseguradora Confianza interpuso recurso de reposición (fls. 40-51 cuaderno 2).

14. El 24 de abril de 2003, la demandada dio aviso a la demandante sobre la ocurrencia del siniestro. Informó que "Avianca incumplió con el pago de la facturación correspondiente a servicios causados hasta el 14 de marzo de 2003". Así mismo, dio cuenta de que "en pocos días estaremos formalizando la reclamación por el saldo pendiente y que corresponde a la póliza modificada con el certificado CMODF 1418434, vigente hasta el 14 de marzo del presente año" (fl. 12, c. 2).

15. En el mes de mayo de 2003, diversos medios de comunicación informaron sobre la crisis financiera por la que atravesaba Avianca (fls. 13-19 cuaderno 2).

16. El 13 de junio siguiente, el Grupo de Cobranzas de la Aeronáutica Civil remitió a la aseguradora Confianza la relación de la facturación no cancelada por Avianca, correspondiente al mes de diciembre de 2002 (fls. 25-26 cuaderno 2).

17. El 8 de julio del mismo año, a través de la resolución n.º 02645, la Aeronáutica confirmó en todas sus partes la resolución n.º 1305 citada, así:

"En efecto, en el caso presente se aplicaron medidas para facilitar el cumplimiento del Afianzado, toda vez que la empresa Aerovías Nacionales de Colombia -AVIANCA S.A. intentó suscribir un acuerdo de pago con la Aeronáutica Civil. Acuerdo que requería el aval de la Aseguradora CONFIANZA como se le hizo saber al Dr. Camilo Vargas el 7 de marzo de 2003 con comunicación 4331-312 suscrita por el Jefe de Grupo de Cobranzas de la Entidad. De todas formas y como quiera que el 25 de marzo de 2003 la Entidad se enteró vía fax, de la noticia de que AVIANCA se había sometido a la Ley de Quiebras de los Estados Unidos, ese mismo día el Director Financiero de la Entidad Dr. Mauricio Macaya, le comunicó telefónicamente al Presidente de la Aseguradora CONFIANZA, Dr. RODRIGO JARAMILLO ARANGO, sobre esta circunstancia, expresándole preocupación y formulándole sugerencias para salvaguardar los intereses de ambas partes.

Por la precedente razón la Aseguradora CONFIANZA, concedora de las consecuencias que se podían generar al ser avalista de las obligaciones vencidas, aspecto que fue oportuna y plenamente conocido por la Compañía Aseguradora, procedió a expedir una vez enterada verbalmente de la situación de su Afianzado AVIANCA S.A., la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 1675662, que hizo llegar a fax el 28 de marzo de 2003 a las 10:17 a.m. con el objeto: "GARANTIZAR EL PAGO DE LA FACTURACIÓN RELACIONADA EN EL OFICIO 4331 DE MARZO 28-2003, QUE ADEUDA LA COMPAÑÍA AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. AVIANCA A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL A 28-MARZO-2003".

Sobre esta póliza debe destacarse la particularísima circunstancia de que CONFIANZA la otorgó bajo el entendido de que la suma asegurada (\$6.104.102.339) amparaba la facturación vencida y no cancelada hasta esa fecha por AVIANCA. Con esta aclaración se resta fuerza a los argumentos del recurrente en el sentido de que el acto administrativo recurrido (sic) los cogió por sorpresa; todo lo contrario, la Entidad, en su condición de asegurado involucró a la compañía Aseguradora para que fuera parte de la solución, de suerte que ahora no puede escudarse en el argumento sorpresa. Nótese adicionalmente que el procedimiento de cobro persuasivo que se efectuó antes de proferir el acto administrativo no sólo tuvo como finalidad garantizar el debido procedimiento administrativo, sino velar también por el interés de la compañía aseguradora, como quiera que impedir la operación de una aerolínea como AVIANCA conllevaría consecuencias gravísimas no solo para los intereses de la Entidad y el país, sino de la propia Aseguradora. De haberse obrado diferente, esto es como lo sugiere la Aseguradora con la parálisis del permiso de operación de la compañía, se hubiera agravado el riesgo amparado, lo que igualmente sería motivo de inconformismo por la Aseguradora" (fls. 53-70, c. 2).

El mismo día la decisión fue notificada personalmente a la aseguradora Confianza S.A. (fl. 70 vto cuaderno 2).

18. El 17 de julio de 2003, la Procuraduría Judicial Administrativa declaró fracasado el trámite conciliatorio (fls. 27 a 29, c.2).

19. El 20 de agosto siguiente, mediante resolución n.º 03312, el Director General de la U.A.E. Aeronáutica Civil aprobó el acuerdo de pago propuesto por Avianca S.A., en cuanto al plazo y financiación para la cancelación de la deuda producto de la facturación por servicios de aterrizajes y protección al vuelo prestados; cánones de arrendamiento por facilidades aeroportuarias; servicios de energía y teléfonos, así como intereses de mora causados al 31 de agosto de 2003 sobre dichos conceptos y que ascendían a la suma de \$3 485 536 276 por capital \$497 487 404 por intereses y en dólares las cantidades de US\$1 665 050 de capital y US\$92 286 por intereses de mora.

Aerocivil otorgó a Avianca un plazo de 36 meses, contados a partir del 1º de septiembre de 2003, incluido un periodo de gracia de 6 meses, a una tasa del DTF más cinco puntos liquidados a la fecha del pago.

Los antecedentes del acto administrativo dieron cuenta de que Avianca incumplió el pago de los servicios aeronáuticos y de aeronavegación entre el 1º de diciembre de 2002 y el 28 de febrero de 2003, correspondientes a la facturación generada por la Aeronáutica con base en el estado de cuenta respectivo. No obstante, la entidad, en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de transporte aéreo y *“el impacto económico de cualquier decisión frente a la más grande aerolínea del país”*, encontró razonable la forma de pago propuesta por Avianca, *“(..) con el claro propósito que con dicha aprobación se está dando acatamiento al mandato del artículo 1074 del Código de Comercio que le impone al asegurado, en este caso la Unidad, la obligación de evitar la extensión del siniestro y colaborar en la recuperación de la deuda reclamada, contando para el efecto con el consentimiento de la aseguradora Confianza S.A.”* (negrillas fuera de texto, fls. 53-58 cuaderno 1).

20. El 27 de febrero de 2004, la entidad pública, por solicitud de Avianca y el aval de la aseguradora, otorgó facilidades de pago, consistentes en plazo y

financiación, adicionales a las ya concedidas en la resolución n.º 3312 de 20 de agosto de 2003 (fls. 165-169 cuaderno 2).

21. El 23 de abril siguiente, la Aeronáutica Civil certificó que Avianca realizó oportunamente los pagos de la totalidad de la facturación emitida por la entidad, por concepto de los servicios prestados, propios del permiso de operación, así como de los cánones de arrendamiento, entre enero de 2000 y noviembre de 2002. Así mismo, durante dicho periodo, la aerolínea reintegró los dineros recaudados por concepto de tasa aeroportuaria y timbre en las fechas dispuestas para tal fin (fl. 69 cuaderno 1).

El mismo día, la demandada certificó que a la fecha Avianca no registraba ninguna deuda (fl. 70 cuaderno 1).

22. El 3 de mayo de 2004, el representante legal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil rindió informe juramentado sobre los hechos de la demanda. Dio cuenta de que el primer incumplimiento de Avianca ocurrió el 2 de diciembre de 2002, empero *“se trató de un menor valor cancelado de la 2F-20947 por la suma de \$89.242.716”*. Anotó que *“(..) considerar en ese momento que debía tomarse medidas diferentes al cobro persuasivo no era comprensible, si se tiene en cuenta que Avianca, de un total facturado para octubre de 2002 de \$7.100 millones canceló oportunamente \$7.011 millones”*. Señaló que para el mes de diciembre de 2002, la facturación que Avianca debía cancelar tenía fecha de vencimiento 16 y 30 de ese mes. La empresa no pagó dos facturas de servicio de protección de vuelo, incumplimientos parciales que fueron manejados a través de requerimientos telefónicos, sin que se evidenciara, en su momento, una situación crítica de cesación de pago.

El funcionario sostuvo que, ante el incumplimiento del mes de enero de 2003, el Grupo de Cobranzas adelantó el procedimiento formal de cobro, a través de comunicaciones escritas, *“requisitos indispensables para soportar los actos administrativos que declaran el siniestro de las pólizas”*. Es así como, mediante el oficio n.º 4331-0114, se realizó un cobro persuasivo por la suma de \$3 358 000 000, equivalente al 11% del total facturado durante los meses de octubre a

diciembre de 2002. Afirmó que “(..) el aviso de cobro fue atendido inmediatamente por Avianca, la que por intermedio del oficio 110203000-167 presenta a consideración del Director General una propuesta de pago para cancelar lo adeudado”, sobre la suma aproximada a los cuatro mil millones de pesos, para lo cual solicitó un plazo de nueve meses. El acuerdo de pago fue autorizado por el Director General de la entidad el 20 de febrero de 2003, con un plan de pagos que iniciaba el 10 de marzo siguiente, acuerdo que requería el aval de la aseguradora, requisito que no fue atendido en debida forma por Avianca, comoquiera que presentó un aval de otra compañía, el cual no fue aceptado.

El Representante de la Aeronáutica puso de presente que el 26 de febrero de 2003, mediante oficio 4331-0250, envió el segundo comunicado de cobro a Avianca, por incumplimiento en el pago de nueva facturación, no incluida en el acuerdo de pago. El 6 de marzo siguiente, esto es cuatro días antes de vencerse el plazo para cancelar la primera cuota del acuerdo, Avianca solicitó un acuerdo de pago adicional, por la suma de \$2 500 000 000.00, petición reiterada el 19 del mismo mes y año, empero por la suma de \$6 171 000 000.00 que incluyera la facturación del primer acuerdo de \$4 000 000 000.00 y la factura vencida posteriormente. El funcionario dio cuenta de que el trámite de la solicitud fue suspendido al conocerse que el 24 de marzo de 2003 Avianca se acogió al capítulo 11 de la Ley de Quiebras de los EE-UU. No obstante, la aseguradora Confianza avaló lo adeudado hasta esa fecha:

“A partir de esa fecha con la participación de funcionarios de las diferentes dependencias de la entidad como fueron la Dirección Legal, Dirección Financiera, Oficina de Transporte Aéreo y la Dirección General, evaluaron la situación de Avianca y las alternativas que se tenían tendientes a la recuperación de las deudas, así como la continuación de la operación de la aerolínea, concluyendo en primera instancia comunicar a la aseguradora Confianza el incumplimiento de Avianca en los pagos de facturación, como efectivamente se hizo con el oficio 4331-0434 de 27 de marzo de 2003.

Sea oportuno indicar que la Compañía de Seguros Confianza, una vez conocida la situación de la empresa Avianca, procedió a expedir la póliza 1675662 de 28 de marzo de 2003, para garantizar el cumplimiento de lo adeudado por dicha empresa hasta la fecha”.

El Director General de la Aeronáutica afirmó que el incumplimiento se presentó gradualmente, entre los meses de noviembre y diciembre de 2002 y enero de

2003, en relación con un solo concepto, esto es los Servicios de Protección al Vuelo. Sostuvo que dicho incumplimiento *“(..)* no permitía determinar que las condiciones de Avianca se estuvieran deteriorando, es importante que se tenga en cuenta los volúmenes de facturación por servicios manejados con Avianca para la época en que sucedieron los hechos, la facturación total por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2002 fue de \$21.700 millones, se si observa el primer incumplimiento de noviembre de 2002, equivalía a 0.02% de la facturación y para diciembre que se dejan de cancelar \$1.939 millones de noviembre es igual al 8.9%”.

Por último, el funcionario aseguró que a partir del 22 de marzo de 2003, Avianca realiza cumplidamente el pago de la facturación generada producto de los servicios prestados por la entidad (fls. 63 a 68, c. 1).

23. En la actuación también reposan las declaraciones de los señores Carlos Humberto Morales Reyes e Irma Yaneth Pinzón Guiza. El primero, quien se desempeñaba como Jefe de Cartera de la Aerocivil para la época de los hechos, relató las actuaciones que constan en las pruebas documentales allegadas. Dio cuenta de que *“el procedimiento que sigue el grupo de cartera consiste en contactar a nuestro cliente requiriendo el pago de lo adeudado, situación que se hizo en varias oportunidades a través de los funcionarios de Avianca”*. Luego *“se siguió un procedimiento de cobro persuasivo buscando el pago de las obligaciones vencidas”*. Es por ello que a través del oficio n.º 4331-0114 de 24 de enero de 2003, la entidad requirió por escrito el pago y, como resultado, Avianca propuso un acuerdo que no logró concretarse por la ausencia del aval de la aseguradora. Sostuvo que luego Avianca presentó una nueva fórmula de pago, aprobada por Aerocivil y avalada por la compañía de seguros Confianza.

El testigo afirmó que la demandada adelantó las gestiones pertinentes y necesarias para obtener el pago, sin acudir a la efectividad de la póliza. Interrogado por *“si la aeronáutica debió hacer efectiva la caución cuando Avianca presentó mora por un mes en el pago de las obligaciones en armonía con la resolución 4973 de 1999”*, contestó que *“(..)* no, en razón a la proporción de la obligación vencida de más de 30 días frente a la garantía en este caso, la póliza expedida por Confianza de diez mil millones de pesos sin haber agotado el cobro persuasivo como

efectivamente se hizo en el mes de enero y teniendo en cuenta que Avianca había dejado de cancelar facturas por un solo concepto” (fls. 95 a 99, c. 2).

Y la señora Irma Yaneth Pinzón Guiza, abogada de Avianca, dio cuenta del incumplimiento de la empresa a partir del mes de noviembre de 2002 y de las gestiones adelantadas directamente con la Aeronáutica para revisar los estados de cuenta y llegar a acuerdos de pago. También puso de presente que la entidad adelantó el cobro persuasivo sobre las sumas debidas (fls. 92 y 93, c. 2).

2.2 Análisis del caso. Solución a los cargos de ilegalidad

La compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza- solicita que se declare la nulidad de las resoluciones n.º 01305 de 11 de abril y su confirmatoria 2645 de 8 de julio de 2003, por las cuales la entidad declaró el incumplimiento de la sociedad Avianca S.A. y ordenó hacer efectiva la póliza expedida por la aseguradora, en la suma de \$3 434 448 169 y US\$1 685 101.84.

La parte actora alega que los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por violación de las normas en que debían fundarse relativas al contrato de seguro y falsa motivación. Lo primero, comoquiera que en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, *“(..) el asegurado o tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno y otro, deberán notificar por escrito, al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058 ibídem, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si esta depende del arbitrio del asegurado o del tomador”*. Señala que el asegurado estaba obligado a mantener las condiciones y circunstancias del riesgo existente al momento de perfeccionarse el contrato y a informar las modificaciones que surgieran durante su vigencia. Pone de presente que, no obstante el incumplimiento reiterado de Avianca, la Aeronáutica omitió *“(..) asumir una posición diligente que pusiera fin a la situación. Por el contrario, permitió que el hecho se prolongara y agravara con el paso del tiempo, confiando en que el seguro de cumplimiento cubriría todas las acreencias y*

desconociendo las cargas que la ley le ha impuesto al asegurado y al mismo tomador dentro del contrato de seguro”.

En cuanto a lo segundo, esto es la falsa motivación de las decisiones demandadas, la parte actora sostiene que i) la administración no tuvo en cuenta las normas legales en que debió fundarse; ii) la aseguradora no manifestó *“su aquiescencia para que continúe la relación contractual bajo las condiciones de modificación del riesgo”*; iii) la notificación al asegurado sobre la modificación el estado del riesgo debía darse por escrito, no verbalmente, por expresa disposición legal y iv) la entidad no actuó de forma oportuna y permitió que el incumplimiento se prolongara en el tiempo, sin tomar medidas para evitar la ocurrencia del siniestro (fls. 9-17 cuaderno 1).

Para resolver los cargos, la Sala considera del caso realizar las siguientes precisiones:

El acto administrativo entendido como manifestación de la voluntad de la administración con miras a producir efectos jurídicos, goza de presunción de legalidad y conformidad con el ordenamiento jurídico en todos sus aspectos, lo que se traduce en entender que fue expedido en el ejercicio de competencias previamente conferidas, sujeto a las normas constitucionales y legales que rigen la materia, fundado en el cumplimiento de las funciones previstas en la ley y conforme con la realización de los fines institucionales de que se trata.

De esta forma, el inciso segundo del artículo 4º de la Constitución Política establece que *“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*. Así mismo, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo³ prevé que *“Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo”*.

³ Hoy retomado por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, a cuyo tenor *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

Partiendo de lo expuesto, puede afirmarse que, salvo que se demuestre lo contrario, las actuaciones de la administración responden a las reglas y respetan las normas que enmarcan su ejercicio, presunción necesaria para su exigibilidad e inmediata aplicación y que impone a quien pretende controvertirla la carga de desvirtuar la validez que las acompaña.

Dispone el artículo 84 del C.C.A. que toda persona podrá solicitar, por sí o por medio de representante que se declare la nulidad de las decisiones de la administración *“(..)* cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

El control jurisdiccional de la motivación que dio lugar a la expedición de los actos administrativos permite detectar cuándo la administración procede sin atender los fines que le fueron encomendados, pues el contenido y las circunstancias que acompañaron la decisión dan lugar a inferir que las razones esgrimidas no responden a aquello que se persigue, lo que desvirtúa la legalidad del acto e impone al juez su anulación.

Esta Corporación ha definido el contenido y alcance de la falsa motivación del acto administrativo, como constitutivo de vicio de nulidad. Así, en sentencia de 8 de septiembre de 2005, la Sala precisó:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto que, cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.

En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquél que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad (..)”⁴.

⁴ Sección Quinta, sentencia de 8 de septiembre de 2005, exp. 3644, M.P. Darío Quiñones.

De igual forma, se ha dicho por la jurisprudencia que la falsa motivación, “(..) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad”⁵.

En conclusión, la falsa motivación se presenta cuando los supuestos de hecho esgrimidos en el acto, bien por error, por razones engañosas o simuladas o porque a los hechos se les da un alcance que no tienen⁶, desconocen la realidad.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en el plenario, la Sala encuentra que las actuaciones adelantadas por la U.A.E. de Aeronáutica Civil siempre estuvieron encaminadas a lograr el pago de lo adeudado por Avianca, sin recurrir, desde un primer momento, a hacer efectiva la garantía constituida por la empresa. Es más, la declaratoria de ocurrencia del siniestro no fue impedimento para que la demandada cesara en sus esfuerzos para obtener el pago de las obligaciones. Esto es así porque, luego de la expedición de las resoluciones n.º 01305 de 11 de abril y su confirmatoria 2645 de 8 de julio de 2003, el 20 de agosto siguiente, mediante la resolución n.º 03312, la Aeronáutica aprobó un acuerdo, en el cual se convino el pago de la deuda con amortizaciones mensuales a partir del 1º de septiembre de 2004 y plazos que posteriormente fueron regulados en la resolución n.º 0669 de 27 de febrero de 2004 que modificó la resolución n.º 3312.

Agotadas las medidas y obtenido el pago, Avianca quedó a paz y salvo con la demandada y a partir del mes de marzo de 2003 canceló cumplidamente las obligaciones a su cargo.

Tal y como lo sostuvo el Director de la Aeronáutica Civil, para cuando se presentó el primer incumplimiento en el pago de la facturación del mes de

⁵ Sección Cuarta, sentencia de 4 de marzo de 2000, exp.1998-0503-01-9772, M.P. Daniel Manrique Guzmán.

⁶ Sobre la falsa motivación puede consultarse Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, M.P. Miriam Guerrero de Escobar, exp. 15797.

diciembre de 2002, no era proporcionado y razonable adoptar las medidas de suspensión de planes de vuelo o del permiso de operación, consagradas en las resoluciones n.º 4000 de 1998, 4973 y 1184 de 1999, en la medida en que el incumplimiento fue gradual y sobre un solo concepto –Servicios de Protección al Vuelo-, situación que no permitía determinar, para ese momento, el deterioro de las condiciones económicas de Avianca y concluir que se trataba de una cesación de pagos, más aun, teniendo en cuenta los volúmenes de facturación manejados por dicha empresa para la época decembrina, la cual ascendía a \$21 700 000 000.00 y el primer incumplimiento equivalía a un 0.02%.

No obstante la crisis de Avianca y el incumplimiento en el pago de los servicios prestados por la Aeronáutica Civil, el 28 de marzo de 2003, después de haber sido informada por la entidad, la compañía de seguros expidió la póliza n.º 1675662, con el fin de garantizar el pago de las obligaciones adeudadas, esto es respaldó los incumplimientos de su afianzada.

Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que la entidad contratante garantizó el debido proceso de Avianca, como correspondía, pues, no obstante los incumplimientos, tomó medidas y adelantó las gestiones necesarias con miras a que cumpliera con las obligaciones a su cargo. Requirió en diversas ocasiones al deudor, verbalmente y por escrito; inició los cobros persuasivos y finalmente obtuvo un acuerdo que, según lo certificó la misma demandada, se cumplió.

No obstante la actuación adelantada por la Aeronáutica, encaminada a evitar la consumación del riesgo y la paralización del servicio público de transporte aéreo, sumado al aval de la aseguradora respecto a las sumas adeudadas por su afianzada, la Sala encuentra que la entidad pública omitió el deber legal de notificar a la aseguradora el siniestro de incumplimiento una vez conocido, esto es desde el mes de diciembre de 2002, justamente para prevenir la extensión y agravación del riesgo.

En cuanto a la conservación del riesgo, es de anotar que, en los términos del artículo 1039 del Código de Comercio, al asegurado le corresponden las obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo, motivo por el cual le es oponible la obligación consagrada en el artículo 1060 de la misma

normativa, respecto de la conservación del riesgo y la notificación de cambios. Las normas en cita son del siguiente tenor:

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

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

ARTÍCULO 1060. MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella”.

Como se observa, esta última norma consagra dos efectos jurídicos a saber: i) si se cumple con la notificación oportuna de la modificación del riesgo, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima; ii) en caso contrario se produce la terminación del contrato. El cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, pueden conllevar a deducir del monto de la indemnización de los perjuicios causados a la asegurada, en los términos del artículo 1078 del Código de Comercio⁷.

⁷ “Artículo 1078. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO. Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso

Según el artículo 1060 transcrito, el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los **hechos o circunstancias no previsibles** que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Cio.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 ibídem).

En el presente asunto la parte actora sostiene que la demandada omitió notificarle la ocurrencia del siniestro, una vez conocido el incumplimiento de Avianca, al tiempo que desconoció su propia reglamentación, en cuanto a la toma de medidas de suspensión de los vuelos y del permiso de operación, entre otras.

Sobre el particular cabe precisar que, en los términos del artículo 1060 del C. Cio., correspondía a la demandada considerar los intereses de la aseguradora, en todo tiempo, procurando mantener el equilibrio de cargas en el contrato de seguro; comparecencia que, de por sí, guarda consonancia con el mantenimiento del riesgo.

El acervo probatorio da cuenta de que a partir del mes de diciembre de 2002 Avianca incumplió sus obligaciones con la Aeronáutica, derivadas del permiso de operación y explotación de aeronaves. Incumplimiento que se extendió en el tiempo, hasta el mes de febrero de 2003. No obstante, la entidad solo vino a

de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento.

La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho”.

informar a la aseguradora Confianza que daba inicio a la reclamación de la póliza de cumplimiento n.º CMDODF 1418434, el 27 de marzo de 2003. Por lo que, al día siguiente, Confianza S.A. expidió la póliza n.º 1675662, con el objeto de garantizar *“el pago de la facturación relacionada en el oficio 4331-413 de marzo 28-2003, que adeuda la compañía Aerovías Nacionales de Colombia Avianca S.A. a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil a 28-marzo-2003”*, por la suma asegurada de \$6 104 192 338.

El 24 de abril de 2003, la demandada dio aviso a la demandante sobre la ocurrencia del siniestro. Informó que *“Avianca incumplió con el pago de la facturación correspondiente a servicios causados hasta el 14 de marzo de 2003”*. Así mismo, dio cuenta de que *“en pocos días estaremos formalizando la reclamación por el saldo pendiente y que corresponde a la póliza modificada con el certificado CMODF 1418434, vigente hasta el 14 de marzo del presente año”* (fl. 12, c. 2). En el mes de mayo siguiente la entidad notificó a la aseguradora el contenido de la resolución n.º 01305 de 11 de abril y el 8 de julio del mismo año, la resolución n.º 02126 de 4 de junio de 2003, decisiones por medio de las cuales se declaró el incumplimiento de Avianca y se hizo efectiva la garantía.

Cabe precisar que la aseguradora invoca la nulidad de las resoluciones 01305 y 2645 de 2003, fundada en que no fue informada del agravamiento del estado del riesgo; empero, si bien la omisión de que se trata configura incumplimiento, no da lugar a la nulidad, pues el artículo 1058 del C. de Co⁸ no prevé esta

⁸ *“ARTÍCULO 1058. <DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y SANCIONES POR INEXACTITUD O RETICENCIA>. 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.*

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

consecuencia⁹. Esto es así porque la nulidad de que trata la norma tiene que ver con una reticencia calificada en la declaración de asegurabilidad con la sola omisión o culpabilidad en cuanto a la agravación, no la que no basta la sola omisión, sin perjuicio del derecho de la aseguradora a “(..) pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo” (inciso tercero art. 1058 C. Cio.).

Comportamiento culpable que no fue alegado y que tampoco aparece probado, antes, al contrario, la Sala advierte la buena fe de la entidad demandada, pues agotó distintos mecanismos para evitar el siniestro, previo a su declaración. Aunado a que la aseguradora conocía de la insolvencia del tomador, en cuanto, con antelación, avaló acuerdos de pago que así lo indicaban.

No obstante lo anterior, del análisis de las pruebas, la Sala considera que –como pasa a explicarse- en la actuación está demostrado el cargo de ilegalidad de falta de competencia.

La jurisprudencia de la Sección ha considerado que el vicio de incompetencia es de tal gravedad, que incluso puede dar lugar a la declaratoria oficiosa de nulidad de los actos, evidentemente afectados con dicha irregularidad. Sobre el punto, se ha señalado:

“(..) la Corte Constitucional al referirse a este aspecto de la actuación de las autoridades estatales, ha manifestado que no se trata de una formalidad de la misma, sino de un elemento sustancial, ya que se trata de “un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado. // Asimilar ese requisito a la forma es incurrir en una confusión inadmisibles, puesto que a ésta sólo puede acceder el sujeto calificado (competente o capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica.”¹⁰

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

⁹ Sentencia de 20 de febrero de 2014, exp. 28552, con ponencia de quien elabora el presente fallo.

¹⁰ [13] Sentencia C-545 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Reiterada en Sentencia C-061 del 1º de febrero de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

De otro lado, **la competencia** de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de “orden público”¹¹, el cual constituye el “Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”¹²; así mismo, constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción, ya que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo que se explica si se tiene en cuenta que “**la incompetencia** está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”¹³.

Inclusive, dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina¹⁴, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”¹⁵.

Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo, como también lo ha reconocido la Corte Constitucional en varias ocasiones, por considerar:

En primer lugar, que “...en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada -(se refiere al núm. 4º del art. 137 del CCA, que indica que en toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, se deben indicar las normas violadas y explicarse el concepto de su violación), al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio”¹⁶.

¹¹ [14] Orden público normativo: “el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas).

¹² [15] OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 2002. 28ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

¹³ [16] GIRALDO CASTAÑO; Derecho Administrativo General. Editorial Marín Vieco Ltda.. Medellín, 5ª ed., 1995. Pg. 59.

¹⁴ [17] BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pg. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “**vicio muy grave**”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; op. cit., págs. 244 y 245).

¹⁵ [18] Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

¹⁶ [19] Sentencia C-197 de 1999; M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

En segundo lugar, que en los casos de violación de derechos fundamentales, es posible suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se hayan invocado expresamente como fundamento de la suspensión, las respectivas normas¹⁷, toda vez que en criterio de este alto tribunal, "...tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente"¹⁸.

En tercer lugar, también ha estimado la Corte que las normas de la Constitución Política tienen primacía sobre todo el ordenamiento jurídico y por ello, el juez contencioso administrativo está obligado, como todas las autoridades estatales, a aplicar lo estipulado en su artículo 4º, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", caso en el cual, si advierte la incompatibilidad entre una estipulación constitucional y una norma jurídica general demandada, deberá dar prevalencia a la primera, así no se haya invocado este cargo en la respectiva demanda; y precisamente, respecto del artículo del Código Contencioso Administrativo que estipula el requisito del cual se infiere que ésta es una jurisdicción rogada (ordinal 4º., art. 137) al exigir al demandante la indicación de las normas violadas y el concepto de la violación, la Corte declaró su exequibilidad, "...bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución"¹⁹.

Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo"²⁰.

Las facultades exorbitantes de la administración y las reglas relativas a la liquidación del contrato están previstas en la Ley 80 de 1993²¹, a la luz

¹⁷ [20] Sentencia SU 039 de 1997; M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁸ [21] Sentencia C-197 citada.

¹⁹ [22] *Ibidem*.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Reiteración en sentencia de 14 de junio de 2012, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 22223.

²¹ "Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y

de la cual la administración no le asiste la potestad de sancionar al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía de acudir al juez del contrato. Concluir lo contrario desconocería los principios fundamentales constitucionales que orientan las actuaciones públicas y privadas, en cuanto asignación de privilegios no previstos en el ordenamiento. Aunado a que, en los términos de los artículos 6º y 121 de la C.P., las autoridades públicas no pueden ejercer facultades que no les han sido atribuidas y si lo hicieran responden por extralimitación en el ejercicio de sus funciones. La Sala ha sostenido²²:

“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el

adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

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

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente n.º 14579. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculten en sentido contrario.

En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos²³ y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley,

(...)

Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma:

(...)

Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría "...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto"²⁴ y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva "directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento"²⁵ y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se

²³ Artículo 365 de la Constitución Política.

²⁴ Cita original. Artículo 71, Decreto 222 de 1983.

²⁵ Cita original. Artículo 72 ibídem.

costraría por jurisdicción coactiva²⁶. Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado²⁷, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general²⁸:

(...)

Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición²⁹ de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998³⁰ y del 20 de junio de 2002³¹, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.”

En este punto debe la Sala insistir en que el ordenamiento propende porque las entidades públicas concurren al tráfico jurídico de bienes y servicios sujetas a las disposiciones constitucionales y legales. En ese orden, sin duda, el ejercicio de potestades exorbitantes no atribuidas por el ordenamiento, imponen su nulidad,

²⁶ Cita original. Artículo 73 ibídem.

²⁷ Cita original. Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80.

²⁸ Cita original. De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80.

²⁹ Se refiere al artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

³⁰ Cita original. Exp. 13988.

³¹ Cita original. Exp. 19488.

pues, se insiste, la Ley 80 de 1993 no atribuyó a la administración facultades de ese orden.

Los mismos lineamientos, permiten sostener que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, desapareció la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la garantía, contrario a lo previsto en vigencia del Decreto 222 de 1983, en cuanto la administración tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato, precisamente para hacer efectiva la penalidad.

En consecuencia, la declaratoria parcial de incumplimiento del contrato no da lugar a hacer efectiva la garantía de cumplimiento, en tanto ejercicio de una facultad excepcional no prevista en la Ley 80. De lo que se sigue que a la administración no le estaba dado hacer uso de un poder que no le había sido otorgado. Lo anterior al margen del artículo 68 del Decreto 01 de 1984. De una parte porque se trata de una norma de carácter instrumental de la que no podría derivarse prerrogativas de orden sustancial, al tiempo que del contenido de la disposición no se desprende una facultad excepcional que por lo mismo tendría que ser expresa. El artículo 68 se limita a establecer y enumerar los documentos que prestaran mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva³².

En efecto la norma prevé:

“Artículo 68. DEFINICIÓN DE LAS OBLIGACIONES A FAVOR DEL ESTADO QUE PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible los siguientes documentos:

- 1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.*
- 2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.*
- 3. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.*
- 4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el*

³² Sentencia de 11 de junio de 2015, exp. 32438, con ponencia de quien elabora el presente fallo.

acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso.

5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

6. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor.

En ese orden, es posible concluir que i) el artículo 68 en mención prevé las distintas eventualidades para la conformación del título ejecutivo en el marco de la jurisdicción coactiva; ii) no comporta una norma de orden sustancial sino procesal; iii) no atribuye poderes excepcionales a la administración en el ámbito de los contratos estatales. Lo anterior si se considera que en sentencia C-666 de 2000³³, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma bajo el entendido que la autorización legal para ejercer el poder coactivo se refiere al cobro o recaudación proveniente de funciones netamente administrativas, por lo que resultaría equivocado suponer que la atribución de declarar el incumplimiento contractual, proviene de la norma en mención.

Aunado a lo expuesto, la póliza de que se trata no fue expedida en el marco de la actividad contractual de la administración. Por tanto, la garantía tampoco fue otorgada por un contratista, ni se cuenta con acto de liquidación o terminación unilateral. Se trata de una póliza que garantiza el pago de unas sumas de dinero producto de la prestación de servicios y utilización de bienes estatales.

Ahora, la Sala se ha pronunciado sobre la facultad de la administración para declarar el siniestro y hacer exigible las garantías; empero en el marco de contratos estatales. En ese sentido ha sostenido³⁴:

*“La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la **prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales**, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha*

³³ Corte Constitucional, sentencia de 8 de junio de 2000, expediente C-666, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁴ Sentencia de 22 de abril de 2009. Proceso n.º 14667. Consejo de Estado Sección Tercera. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual.

En relación con las prerrogativas que posee la Administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador³⁵, toda vez que tal reclamación se sujeta a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantías sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente.

Al respecto, conviene precisar el contenido y alcance del artículo 1077 del C. de Co. mediante el cual se regula lo pertinente a la carga de la prueba que corresponde tanto al asegurado como al asegurador, dicho precepto consagra lo siguiente:

“Artículo 1077. Corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere del caso.

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

Del anterior texto normativo se infiere que en todo tipo de seguros, incluido el de cumplimiento, cuando el asegurado quiera hacer efectiva la garantía deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y de ser necesario también deberá demostrar la cuantía de la pérdida.

Lo anterior, por cuanto no siempre el beneficiario del seguro requiere demostrar la cuantía del daño, como cuando se reclama un seguro de vida, evento en el cual basta demostrar el hecho de la muerte, puesto que la suma asegurada se considera, dada la índole de esta clase de seguro, como el monto definitivo, único e indiscutible a cargo del asegurador³⁶.

En otros casos y específicamente tratándose de los seguros de daño y por ende en los seguros de cumplimiento, en cuanto éstos constituyen una especie de aquellos, es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino determinar la cuantía del perjuicio ocasionado en el patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización, puesto que como quedó establecido, en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al

³⁵ 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 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 de, 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).

³⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación en el contrato de seguro. Revista Fasecolda.

patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización.

La disposición a que se ha hecho referencia, está orientada hacia el régimen común de los seguros regulados por el Código de Comercio, que rige las relaciones entre particulares y por ello determina que el asegurado deba acreditar ante la entidad aseguradora, la ocurrencia del siniestro y el monto del perjuicio, por lo cual la carga de demostrarlos está en sus manos, pero teniendo presente que, en todo caso, es el asegurador quien determina si reconoce o no la existencia del siniestro y el monto del perjuicio, para lo cual emplea ajustadores y personal calificado que evalúan la reclamación que hace el asegurado (art. 1080 C. Co).

La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4º) y 5º) del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora, pues como ya se anotó, para que ello ocurra, según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co, deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños.

Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que presta mérito ejecutivo.

Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial.

Arribar a una conclusión contraria, en lo que concierne a la determinación de la cuantía del siniestro en el acto administrativo que declara su ocurrencia, conduciría a hacer nugatoria y carente de efectos la facultad de la entidad contratante para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la obligación, pues ante la supuesta indeterminación de la cuantía del daño causado, no podría hacer efectiva dicha garantía.

Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le

impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.

Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional”.

Ahora, aunado a lo expuesto de lo que se deriva la condición de prerrogativa de la declaratoria de siniestro, en el marco de la actividad contractual de la administración, no puede pasarse por alto, además, que solo en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad del contrato es constitutiva del siniestro de incumplimiento³⁷, efecto éste que se proyecta en la imposición de la sanción como consecuencia de la primera. En el *sub exámine*, contrariando la disposición normativa, la Aeronáutica Civil declaró el incumplimiento de Avianca e hizo efectiva la garantía constituida a su favor, en razón de un permiso de operación y explotación de aeronaves. El caso que ocupa la atención de la Sala escapa a lo allí consagrado, en la medida en que no media un contrato estatal y tampoco una declaratoria de caducidad, en virtud del cual hayan surgido controversias que resolver. De lo que se trata es de una caución constituida por los operadores del servicio público de transporte aéreo, en cumplimiento a la reglamentación de la demandada, garantía que se rige por las normas del Código de Comercio, en lo que tiene que ver con el contrato de seguro, el aviso de siniestro y la demostración de su ocurrencia, amén de la cuantía de la pérdida, en los términos del artículo 1077 de dicha normativa.

³⁷ “El tenor literal del inciso final del artículo 18 de la Ley 80 es el siguiente:

“Artículo 18.- DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. (...)

“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

En consecuencia y dado que como la U.A.E. Aeronáutica Civil no tenía competencia para declarar el incumplimiento de Avianca, como tampoco para constituir a su favor y hacer de la póliza un título ejecutivo en contra de Confianza S.A., la Sala encuentra acreditado el cargo de falta de competencia, por lo que habrá de revocar la sentencia impugnada, para, en su lugar, declarar la nulidad de los actos demandados.

Cabe precisar que no se requiere analizar otros cargos, comoquiera que el propuesto da lugar a anular la decisión enjuiciada.

2.3 Restablecimiento del derecho

En el *sub lite*, el demandante demostró la ilegalidad de los actos enjuiciados, razón por la cual será declarada la nulidad de las resoluciones n.º 01305 de 11 de abril y su confirmatoria 2645 de 8 de julio de 2003, por las cuales la entidad declaró el incumplimiento de Avianca S.A. y ordenó hacer efectiva la póliza expedida por la aseguradora; empero no demostró que la falta de notificación le habría significado la no realización o la aminoración del riesgo o que le ocasionó algún perjuicio. Convencimiento necesario para hacer operar la consecuencia prevista en los artículos 1058 y 1060 del Código de Comercio³⁸, la cual, tratándose de la declaración de asegurabilidad se traduce en restablecer el

³⁸ "ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella".

equilibrio entre la asunción y el traslado del riesgo y con ocasión de este en hacer menos gravosa la prestación indemnizatoria.

En el *sub exámine* la parte demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, se limitó a hacer afirmaciones encaminadas a señalar el incumplimiento del deber de la entidad de mantenerla informada sobre el estado del riesgo, pero no desplegó la actividad probatoria requerida para demostrar el daño, desatendiendo con ello lo prescrito por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, incumbe a las partes probar los supuestos de hecho.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión, en cuanto se declarará la nulidad de los actos acusados, pero se negará el restablecimiento, como quedó explicado.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”

FALLA

REVOCAR la sentencia de 29 de noviembre de 2006, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para, en su lugar,

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de las resoluciones n.º 01305 de 11 de abril y su confirmatoria 2645 de 8 de julio de 2003, por las cuales se declaró el incumplimiento de la sociedad Avianca S.A. y se ordenó hacer efectiva la garantía expedida por la aseguradora Confianza S.A.

SEGUNDO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

41
Exp. 34226
Actor: Confianza S.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección

FERNANDO ALBERTO RODRÍGUEZ
Conjuez