

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: SEGUREXPO DE COLOMBIA SA
Demandada: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Tema: DEBIDO PROCESO EN ACTO DE
DECLARATORIA DEL SINIESTRO DE
INCUMPLIMIENTO

Síntesis del caso: la aseguradora de un contrato estatal demanda la nulidad del acto administrativo que declaró el siniestro de incumplimiento e hizo efectiva la garantía, la demandante considera que no se acreditaron los incumplimientos, que se violó el debido proceso al decidir sin la comparecencia del coasegurador, se violó la ley al hacer efectiva la póliza respecto de hechos ocurridos por fuera de su vigencia y se desconoció el artículo 1077 del Código de Comercio al no cuantificarse el siniestro correspondiente a la no amortización del anticipo.

Decide la Sala la apelación interpuesta por Segurexpo de Colombia SA contra la sentencia de 6 de febrero de 2014 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B resolvió;

“PRIMERO. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1444 del 15 de junio de 2010; y su confirmatoria: No. 3244 del 23 de noviembre de 2010, en su artículo primero (1) y segundo (2) de la parte resolutive, los cuales quedarán así:

‘ARTÍCULO PRIMERO: Declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento del contrato No. 157 de 2006, en consecuencia de lo anterior, aplicar la cláusula penal pecuniaria en cuantía equivalente al 10% del valor total del contrato, la cual tomará o descontará del saldo a favor del contratista, o de la garantía única No. 00004673 expedida por la Compañía SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y de no ser posible, se cobrará por jurisdicción coactiva, de conformidad con lo preceptuado en la cláusula décima del contrato de servicios No. 157 de 2006, en concordancia con el artículo 17 de ley 1150 de 2007.

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

ARTÍCULO SEGUNDO: hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento ante entidades estatales No. 00004673, en relación con el Amparo de Anticipo, expedida por compañía SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. por la suma de DOSCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SEICIENTOS (SIC) CINCUENTA Y UN MIL CERO DOCE PESOS (\$229.651.012) valor dejado de amortizar por el contratista.'

SEGUNDO. Declarar no probadas las excepciones incoadas por la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación del Distrito.

TERCERO. Negar las pretensiones de la demanda.

CUARTA. Sin condena en costas en esta instancia. (...)." (fl. 177 cdno- ppal).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 15 de noviembre de 2011 (fl. 43 cdno. 1) Segurexpo de Colombia SA Aseguradora de Crédito y del Comercio Exterior promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación con el fin de obtener en su favor lo siguiente:

“1. Que se declare que es nula la Resolución 1444 de 15 de junio de 2010, por medio de la cual, se declara la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y se ordena hacer efectivo el amparo de anticipo.

2. Que se declare que es nula la Resolución 3244 de 23 de noviembre de 2010, por medio de la cual, se confirma la resolución 1444 en todos sus apartes.

3. Que se declare que el presunto incumplimiento del contratista ocurrió con posterioridad al 4 de agosto de 2009, esto es, por fuera de la vigencia de la póliza y por ello cobertura de la misma.

4. Que se ordene restablecer el derecho de mi mandante, condenando a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ en el evento en que mi mandante haya tenido que pagar la suma correspondiente a la cláusula penal y al valor del anticipo, esto es, la suma de dos mil ciento trece millones quinientos ochenta y tres mil novecientos cuarenta y nueve pesos (\$2.113.583.949)., a que dicha suma sea restituida.

5. Que se condene a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ al pago de los intereses moratorios sobre la suma que eventualmente llegue a pagar Segurexpo de Colombia desde la fecha del pago, si fuera el caso.

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

6. En subsidio a la pretensión quinta, se condene a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ al pago de la indexación sobre la suma descrita en la pretensión 4, si fuera el caso.

7. Que se condene a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ en las costas y gastos de este proceso.”.

2. Hechos

Como fundamento de hecho de las pretensiones narró que entre la Secretaría de Educación de Bogotá y el Consorcio Ingesa Lituania se suscribió el contrato de obra no. 157 de 2006 que tenía por objeto la construcción de un proyecto denominado “Lituania” en la localidad de Engativá (Bogotá DC) con un plazo de 270 días calendario y valor de \$7.997.772.831, contrato que Segurexpo afianzó mediante la póliza 00004673; por Resolución no. 1444 de 15 de junio de 2010 la contratante declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al 20% del valor del contrato y la garantía sobre el anticipo por la suma de \$459.302.024, la aseguradora interpuso recurso de reposición que se decidió en forma desfavorable a la recurrente mediante la Resolución 3244 de 23 de noviembre de 2010. La coaseguradora Colpatria soporta el 50% del riesgo y no fue vinculada al procedimiento administrativo.

3. Cargos

Las pretensiones de nulidad sobre los actos que declararon el siniestro se fundamentaron en los siguientes cargos:

1) Violación del artículo 84 del CCA:

Las resoluciones demandadas ocultan las verdaderas razones que determinaron su expedición y están falsamente motivadas porque fue el incumplimiento de la entidad demandada el que retrasó la ejecución y generó el desfase en los tiempos del contrato, situación que ahora es utilizada por la entidad contratante para hacer exigible la cláusula penal y una parte del anticipo.

El contrato fue suscrito el 30 de noviembre de 2006 con un plazo de 270 pero la ejecución se retrasó por lo siguiente: (i) el acta de inicio solo se pudo suscribir el 24 de abril de 2007 porque el predio donde se ejecutaría la obra estaba invadido; (ii) no se contaba con las licencias de construcción requeridas; (iii) los diseños eran deficientes y fue necesario rediseñar; (iv) se requirieron obras adicionales que generaron mayores costos y mayor permanencia; (v) la entidad modificó el alcance del proyecto y suprimió un piso; (vi) el contrato fue objeto de suspensiones; (vii) desde el 10 de noviembre de 2008 el contratista anunció que sufrió desequilibrio económico y, (viii) el anticipo tardíamente entregado no era suficiente para la ejecución de la obras adicionales que se requirieron y ello dejó en situación de iliquidez al contratista.

2) Violación del artículo 1069 del Código Civil:

Como los atrasos en la ejecución derivaron del incumplimiento de la demandada el contratista no estaba en mora de cumplir sus obligaciones y debe aplicarse la excepción de contrato no cumplido.

3) Desequilibrio financiero del contrato:

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 dispone que las partes deben suscribir los pactos necesarios para mantener la equivalencia entre derechos y obligaciones pues, de acuerdo con el artículo 5 de la misma ley, el contratista tiene derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato; en este caso, ese equilibrio se alteró con ocasión del cobro del impuesto de guerra que no fue estimado por el contratista al presentar su ofrecimiento porque en ese momento no era aplicable; el contrato fue suspendido por esta causa y al final no se logró acuerdo económico lo cual perjudicó la ejecución del contrato.

4) Violación de los artículos 84 del CCA y 17 de la Ley 1150 de 2007:

No se garantizó el debido proceso al momento de la declaratoria del siniestro ya que no se vinculó al coasegurador Seguros Colpatria SA al procedimiento

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

administrativo correspondiente. La demandante no asumió la totalidad del riesgo por lo que se le violó el debido proceso y genera nulidad de los actos demandados.

5) Teoría de los actos propios:

“No puede la entidad (...) desconocer sus propios actos, venirse contra ellos y buscar todas sus incumplimientos (sic) a la ley y el contrato sean subsanados con el pago de una cláusula penal que en nada se compadece con la realidad del contrato y que resulta a las claras ilegal, pues los fundamentos del acto administrativo que le sirva de sustento, desconocen diversas normas y principios legalmente consagrados.” (fl. 37 cdno. 1).

6) Violación del artículo 1056 del Código de Comercio:

Los incumplimientos que ocurrieron por fuera de la vigencia de la póliza no están amparados.

7) Violación del artículo 1077 del Código de Comercio:

El asegurado tiene la carga probatoria de acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, de modo que era el Distrito quien debía demostrarlo; como el contrato no está liquidado no se puede saber si el anticipo se invirtió en la ejecución o no o si el contratista se lo apropió toda vez que si los recursos fueron invertidos no podría afectarse el amparo del anticipo.

4. Contestación de la demanda

El Distrito Capital se opuso a la prosperidad de las pretensiones (fl. 64 cdno. 1) y fundó su defensa en los siguientes argumentos:

1) Los incumplimientos del contratista quedaron acreditados con suficiencia con los informes de interventoría que sirvieron de fundamento para la expedición de los actos demandados.

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

- 2) Los incumplimientos iniciaron desde el comienzo de la ejecución y no se produjeron por fuera de la vigencia de la póliza.
- 3) Los actos administrativos demandados cumplieron los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico.
- 4) Los cambios en la obra fueron pactados con el contratista, quien los aceptó sin salvedades.
- 5) El acta de inicio tardó en suscribirse porque el contratista no cumplió los requisitos exigidos para ello y solo los acreditó en marzo de 2007.
- 6) Las demoras en la entrega del predio le fueron compensadas al contratista mediante la Resolución 1325 de mayo de 2009.
- 7) La falta de licencia de construcción no afectó la ejecución, por lo siguiente:

“Evidentemente la obra se inició sin licencia de construcción al igual que muchas de las obras simultáneas de otros colegios, por corresponder a planes de gobierno y compromisos con las comunidades de la ciudad. En aquellos casos que no hubo licencias, algunos no dieron inicio a los trabajos, pero otros aceptaron las propuesta (sic) por la Secretaría de iniciar las obras y avanzar en el objeto contractual. La realidad es que la carencia de licencia en nada afectó a estos colegios y por el contrario, los contratistas que aceptaron trabajar así pudieron avanzar en las obras, facturar mes a mes y hacer entrega final. (...) El contratista nunca presentó reclamación por la carencia de licencia de construcción, por ello de ninguna forma puede calificar de forma puntual esa carencia como causa de su incumplimiento operativo”.

- 8) El contratista siempre contó con los recursos que el Distrito Capital se obligó a entregar; para mayo de 2008 había recibido pagos por \$5.666.437.319 y había ejecutado obra por \$4.672.390.352, por lo cual no había ningún déficit atribuible a la demandada.
- 9) La costumbre mercantil permite *“hacer la respectiva reclamación a la aseguradora líder de la totalidad del daño y esta última podrá realizar el recobro a la coaseguradora en la forma como se ha previsto internamente”.*

5. La sentencia apelada

En sentencia de 6 de febrero de 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B (fl. 177 cdno. ppal) accedió parcialmente a las súplicas de la demanda con fundamento en lo siguiente:

1) Contrario a lo alegado en la demanda, se acreditó con suficiencia el incumplimiento contractual que declaró la demandada a través de los informes de interventoría según los cuales se presentaron demoras en la ejecución atribuibles al contratista desde el sexto mes de la ejecución y persistieron durante toda la ejecución; la conducta contractual de la demandada justificó que se hiciera efectiva la cláusula penal.

2) Las partes convinieron una “*multa*” en caso de incumplimiento la cual quedó reflejada en la cláusula décima octava del contrato¹ por lo que había lugar a imponerla, toda vez que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 faculta a las entidades para hacerlas efectivas.

3) Los costos no presupuestados en el contrato fueron reconocidos por el Distrito Capital mediante la Resolución 1325 de 2009 y el contratista no la recurrió.

4) Segurexpo de Colombia SA solo debía responder por el 50% del monto total asegurado porque el restante porcentaje estaba a cargo de la coaseguradora Colpatria SA que no fue citada al procedimiento administrativo, razón por la cual modificó los actos demandados en la forma indicada en la parte resolutive y dictó una nueva disposición tendiente a reducir a la mitad los valores establecidos por el Distrito Capital.

5) No se probó que el contratista hubiera sufrido un detrimento económico durante la ejecución del contrato ni el desequilibrio financiero alegado.

6) La póliza no. 4673 estuvo vigente entre el 9 de abril de 2009 y el 28 de

¹ Se precisa que esta estipulación se refiere a la cláusula penal y no a multas.

febrero de 2014 y los incumplimientos ocurrieron durante ese lapso.

7) No impuso condena en costas por *“no aparecer que se causaron, en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo y 393 del Código de Procedimiento Civil”*.

6. La apelación

En la oportunidad legal Segurexpo de Colombia SA interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fl. 196 cdno. ppal) y lo sustentó así:

1) El reconocimiento económico contenido en la Resolución no. 1325 no fue suficiente para restablecer el desequilibrio económico que padeció el contratista porque los sobrecostos en los que incurrió fueron ampliamente superiores y el valor total del desequilibrio económico ascendió a la suma de \$4.410.180.248, mientras que lo reconocido solo alcanzó los \$429.703.113. Para la época de expedición del mencionado acto administrativo el contrato presentaba un amplio déficit que incidió en la ejecución lo cual hizo insostenible la economía del contratista.

2) Mediante la Resolución no. 2268 del 15 de septiembre de 2009 el Distrito Capital hizo un reconocimiento económico adicional al contratista pero nunca lo pagó y no se atendieron en su totalidad las situaciones que desequilibraron el contrato, situaciones que determinaron la imposibilidad de cumplirlo.

3) Los retrasos en la ejecución no fueron imputables al contratista sino a variaciones en el objeto contractual que impidieron iniciar obra en cuatro de los nueve módulos a intervenir debido a una circunstancia imprevista consistente en el hallazgo de una placa de contrapiso de gran magnitud que los estudios preliminares no referían y que fue necesario demoler; la eliminación de la construcción del sótano previsto también impactó negativamente la ejecución del contrato.

3) Se presentaron otros imprevistos que justificaron la solicitud de ampliación

de plazo en 120 días adicionales, elevada por el contratista (rediseños, traslados de filtros y tuberías, temporada invernal, modificación en canal de desagüe, aumento en altura de culatas, falta de información sobre paramento vegetal, existencia de un solo proveedor del concreto y cambio de especificaciones), lo cual dio lugar a una ampliación de plazo de 80 días, de modo que no puede atribuirse responsabilidad al contratista por esos hechos derivados de la indebida planeación del contrato.

4) Se desconoció el efecto de la violación del debido proceso porque acreditada como quedó daba lugar a la anulación total de los actos demandados y no a lo ordenado por el tribunal.

5) El único amparo que tenía vigencia hasta el año 2014 era el de estabilidad de la obra, los de cumplimiento y anticipo solo estuvieron vigentes entre el 9 de abril de 2007 y el 1º de julio de 2009 mientras que los incumplimientos tuvieron lugar luego del 4 de agosto de 2009 cuando se dispuso reanudar el contrato luego de la suspensión que lo afectó.

6) Con fundamento en lo expuesto se debe *“declarar la nulidad absoluta del contrato de seguro y la ilegalidad de las resoluciones 1444 y 3244 de 2010”*.

7. Alegaciones finales

En esta oportunidad procesal la apelante presentó un escrito idéntico al contentivo del recurso de apelación (fl. 242 cdno. ppal); el Distrito Capital sostuvo que la mayor permanencia alegada tuvo que ver con ampliaciones del plazo contractual solicitadas por la contratista y que fueron pactadas para permitirle continuar la ejecución, por lo tanto, no puede derivarse de ellas el derecho a algún reconocimiento o compensación, por el contrario, están ampliamente probados los incumplimientos del contratista con fundamento en los informes de la interventoría.

II. CONSIDERACIONES

1. Objeto de la controversia

La aseguradora del contrato demanda la nulidad de actos administrativos contractuales a través de los cuales se declaró el incumplimiento de un contrato estatal, se impuso cláusula penal y se hizo efectiva la garantía de anticipo por cuanto (i) no hubo incumplimiento de la contratista; (ii) fue la entidad contratante quien la dejó en imposibilidad de cumplir por el hecho de no restablecer el equilibrio económico del contrato que se alteró por situaciones imprevistas y por modificaciones impuestas por la entidad durante la ejecución; (iii) los reconocimientos económicos contractuales no permitieron superar la situación de iliquidez a la que se llevó al contratista como consecuencia de lo anterior; (iv) los presuntos incumplimientos tuvieron lugar por fuera de la vigencia de la póliza y, (v) la violación del debido proceso por no vinculación del coasegurador al trámite administrativo conduce a la nulidad plena de los actos demandados.

El tribunal encontró probados los incumplimientos del contratista con los informes de interventoría aportados a la actuación, indicó que estos se presentaron durante la vigencia de la póliza la cual se extendió hasta el año 2014, que los desequilibrios fueron compensados por la entidad y, que sí hubo violación del debido proceso por el hecho de no citar al coasegurador al procedimiento administrativo que culminó con los actos demandados, razón por la cual redujo a la mitad lo impuesto en ellos a la demandada y denegó las demás pretensiones de la demanda.

La apelante insiste en los argumentos de la demanda y reclama que la declaración de nulidad del acto debió ser total, producto de la violación del debido proceso porque vició en su integridad los actos administrativos, que no hubo incumplimiento ya que fue la iliquidez del contratista la que impidió cumplir y esta fue generada por unos hechos externos y otros imputables a la contratante que generaron desequilibrio contractual y que este nunca se compensó durante la ejecución; por su parte, la demandada no apeló, por lo

que el fallo no puede ser modificado en la que le fue favorable al apelante único; tampoco podrá emitirse decisión sobre la petición de “*nulidad del contrato de seguro*” contenida en el recurso de alzada porque ello no fue pedido en la demanda.

La Sala² considera que (i) la violación del debido proceso que se alega por la no citación del coasegurador solo le daba derecho a Segurexpo SA a reclamar la nulidad de los actos en cuanto a que le fue exigido un 50% en exceso del amparo que otorgó tal como lo dispuso el tribunal, respecto del punto se precisa que esta decisión no fue apelada por la entidad por lo cual no podría ser reformada en contra del apelante único y la pretensión de nulidad total habilita al juez para decretarla de manera parcial, de modo que se mantendrá esta decisión; (ii) el cargo de falta de vigencia de la póliza está llamado a prosperar parcialmente, respecto del amparo de cumplimiento, por cuanto este se decretó con fundamento en un incumplimiento ocurrido cuando este había expirado, lo que da lugar a revocar el ordinal 1° del artículo primero de la sentencia apelada y, en su lugar, anular los actos demandados en cuanto hicieron efectivo el amparo de cumplimiento; (iii) *los demás cargos no prosperan por cuanto no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados en cuanto hicieron efectivo el amparo del anticipo, razón por la cual se mantiene parcialmente la legalidad de los actos demandados sobre ese punto.*

Para justificar esa conclusión es preciso analizar una a una las inconformidades del recurrente, como se realiza a continuación.

2. Violación del debido proceso

El artículo 29 de la Constitución dispone que el debido proceso es aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, su respeto comporta la aplicación de las formas propias de cada procedimiento y el derecho de

² Previamente a abordar el análisis de fondo, se verifica que la demanda fue promovida en tiempo porque la Resolución 3244 por la cual se decidió la reposición contra la Resolución 1444 fue expedida el 23 de noviembre de 2010 (fl. 145 cdno. 3); aunque no hay constancia sobre su notificación, la demanda fue radicada el 15 de noviembre de 2011 (fl. 43 cdno. ppal.), esto es, dentro de los dos años siguientes.

audiencia y de defensa de los involucrados; en materia de contratación estatal el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone lo siguiente respecto del procedimiento para declarar el siniestro de incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.” (resalta la Sala).

Conforme a lo expuesto, la administración está facultada para declarar el incumplimiento tendiente a hacer efectiva la garantía del contrato y la cláusula penal pecuniaria; para el ejercicio de dicha prerrogativa está obligada a respetar el debido proceso a los afectados lo que incluye, como mínimo, la garantía a ser escuchados previamente, a solicitar la práctica de pruebas y a controvertir las que se practiquen.

En este caso las partes no discuten y, por el contrario, la accionada aceptó que Seguros Colpatria SA no fue vinculado al procedimiento administrativo de declaratoria del siniestro porque consideró suficiente reclamar la indemnización a la “aseguradora líder” quien, luego, debería repetir contra el

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

coasegurador toda vez que esa es la “*costumbre mercantil*”.

Efectivamente, la Resolución 1444 de 15 de junio de 2010 se profirió únicamente con la comparecencia de Segurexpo de Colombia SA y del contratista (fl. 61 cdno. 3) y en ella se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento del contrato No. 157 de 2006, en consecuencia de lo anterior, aplicar la cláusula penal pecuniaria en cuantía equivalente al 20% del valor total del contrato, la cual se tomará o descontará del saldo a favor del contratista, o de la garantía única No. 00004673, expedida por la Compañía SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y de no ser posible, se cobrará por jurisdicción coactiva (...).

ARTÍCULO SEGUNDO. Hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento ante Entidades Estatales No. 00004673, en relación con el amparo de anticipo, expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., por la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL VEINTICUATRO PESOS (\$459.302.024), valor dejado de amortizar por el contratista.

(...)

ARTÍCULO CUARTO. Notificar personalmente la presente resolución al representante legal del Consorcio Ingesa Lituania y al representante legal de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., en la forma prevista en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.” (mayúsculas sostenidas del original - fl. 61 cdno. 3).

Mediante la Resolución 3244 de 23 de noviembre de 2010 (fl. 145 cdno 3) la demandada confirmó la Resolución 1444 y, pese a que en el recurso de reposición Segurexpo de Colombia SA insistió en que debió vincularse a Colpatria Seguros SA y puso de presente la violación del debido proceso que ahora alega (fl. 143 cdno 3), el Distrito Capital no resolvió dicho argumento al desatar el recurso de la vía administrativa.

Las partes tampoco discuten y está probado que Seguros Colpatria SA fue el coasegurador del 50% del contrato de obra 157 de 2006, tal como de ello da cuenta la póliza no. 00004673 (fl. 21 cdno. 3), lo cual imponía, tal como lo reclama Segurexpo, la vinculación de aquella al procedimiento administrativo tendiente a la declaratoria del siniestro para que pudiera ejercer sus derechos de contradicción y defensa.

Ahora, no se pasa por alto que era Colpatria SA el titular del derecho subjetivo desconocido por cuanto fue a esta a quien se dejó de citar al trámite; sin embargo, esa transgresión tuvo incidencia directa y modificó una situación jurídica de Segurexpo de Colombia SA a quien se le llamó a responder por la parte correspondiente al coasegurador.

Precisa la Sala que no se está en presencia de dos contratos de seguro distintos sobre un mismo riesgo sino de uno solo, en el que las dos compañías aseguradoras mencionadas distribuyeron entre ellas la asunción de dicho riesgo en determinadas proporciones según lo autoriza el artículo 1095 del Código de Comercio, con fundamento en el cual la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado su alcance así³:

“El contrato de coaseguro es un contrato plurilateral en el que, en un mismo instrumento, dos o más sujetos aseguradores asumen de manera conjunta la responsabilidad de un riesgo asegurable hasta por la totalidad de éste y que puede surgir por iniciativa del asegurado o por el ánimo de uno los aseguradores, esto último siempre con la aquiescencia del interesado, como bien lo señala el artículo 1095 del Código de Comercio, según el cual:

‘(...) en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro’.

Es, por tanto, un contrato y una modalidad de coexistencia de seguros, en el que existe identidad de interés asegurado, de riesgos, y en el que concurre una pluralidad de aseguradores, entre quienes se distribuyen el riesgo hasta completar la totalidad del mismo, lo cual dista de la concurrencia de seguros, en la que se presentan varias relaciones contractuales distantes entre sí, aun cuando todas ellas tienen como objeto amparar la totalidad de idéntico interés, sin que entre ellos se presente distribución del riesgo.” (negritas adicionales).

No se trató entonces, como lo alegó el Distrito Capital, de un contrato en virtud del cual una de las aseguradoras se obligó a responder frente a la otra, sino, de un único contrato en el que Segurexpo SA y Seguros Colpatria SA fungieron como integrantes de uno de sus extremos; en esa perspectiva, la

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 6 de noviembre de 2020, exp. 49.612, CP José Roberto SÁCHICA Méndez.

aquí demandante solo podía ser llamada a responder por el porcentaje que aseguró.

Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas, de modo que la contratista violó el debido proceso a Segurexpo SA al negar la vinculación del coasegurador Colpatria SA al trámite administrativo e imponerle, sin fundamento jurídico admisible, la carga de responder por la obligación de un tercero que no fue citado al proceso y que, en tal virtud, carece de interés para cuestionar los actos administrativos objeto de control, con todo, como lo estimó el tribunal, ello solo otorga derecho a Segurexpo SA para reclamar la nulidad parcial del acto, precisamente porque las obligaciones no eran solidarias y bien podía reclamársele su parte sin la comparecencia del coasegurador.

Respecto de la presunta costumbre mercantil alegada por la demandada y que, a su juicio, sustenta el hecho de no haber citado a Seguros Colpatria SA debe precisarse que la costumbre *contra legem* no es fuente de derecho y, en todo caso, la alegada por el Distrito Capital no se acreditó.

Así las cosas, tal como lo resolvió el tribunal, esa irregularidad solo vició parcialmente los actos demandados, pues, está probado que Segurexpo SA también fungía como asegurador de una parte del riesgo y, por consiguiente, podía ser llamado a responder, como en efecto ocurrió; así las cosas, el acto demandado solo es nulo parcialmente, en tanto resolvió de fondo sobre el 100% del siniestro pese a que solo vinculó a la aseguradora del 50% del riesgo.

Es preciso destacar que, en todo caso, con independencia del criterio de la Sala sobre el punto, esta decisión del tribunal no podría reformarse en detrimento del apelante único y la pretensión de nulidad total de los actos demandados habilitaba al juez para decretarla de manera parcial como lo hizo el *a quo*, sin desconocer la *causa petendi* ni el deber de congruencia de la decisión.

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
 Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

3. Vigencia de los amparos de cumplimiento y anticipo

Este cargo prospera respecto del amparo de cumplimiento porque, según lo probado, es cierto el argumento de la apelación según el cual los amparos de cumplimiento y de anticipo estuvieron vigentes entre el 9 de abril de 2007 y el 1 de julio de 2009 (fls. 21 y ss. cdno. 3) y no hasta el 2014 como lo resolvió el tribunal (pues esta era la vigencia del amparo de la garantía de estabilidad); por su parte, el incumplimiento declarado se verificó por fuera de la vigencia del amparo.

En efecto, el contrato no. 157 de 30 de noviembre de 2006 tuvo por objeto la *“ejecución de la construcción del proyecto Lituania de acuerdo con los planos y especificaciones entregados a la Secretaría de Educación del Distrito por el diseñador responsable”* (fl. 551 cdno. 3). La garantía única del contrato fue la póliza de seguro no. 04673 con la cual se ampararon, entre otros riesgos, el cumplimiento y la amortización del anticipo; la vigencia de los mencionados amparos fue modificada en varias oportunidades en lo atinente a la vigencia de los referidos amparos, como se explica en la siguiente tabla:

Vigencia inicial	Vigencia final
09/04/2007	27/12/2007 (fl. 52 cdno. 3)
09/04/2007	07/05/2008 (fl. 50 cdno. 3)
09/04/2007	07/08/2008 (fl. 49 cdno. 3)
09/04/2007	10/11/2008 (fl. 46 cdno. 3)
09/04/2007	31/12/2008 (fl. 44 cdno. 3)
09/04/2007	31/03/2009 (fl. 38 cdno. 3)
09/04/2007	01/07/2009 (fl. 23 cdno. 3)

Por su parte, se probó que el plazo de ejecución fue ampliado en varias oportunidades y tuvo una suspensión, con lo cual se amplió el plazo hasta el 28 de febrero de 2009, según se pasa a detallar:

Plazo inicial y adiciones	Suspensiones	Fin contrato
270 días (9 de abril de 2007 fl. 550 cdno. 3)		3 de enero de 2008
M2 89 días (fl. 617 cdno. 3)		1 de abril de 2008
S1	20 días (fl. 620 cdno 3)	21 de abril de 2008

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
 Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

M3 80 días (fl. 628 cdno. 3)		10 de julio de 2008
M4 51 días (fl. 636 cdno. 3)		30 de agosto de 2008
M6 90 días (647 cdno. 3)		28 de noviembre de 2008
M8 92 días (fl. 655 cdno. 3)		28 de febrero de 2009

Según consta en el acto que declaró el incumplimiento, además de lo ya relatado, el plazo contractual se vio afectado por otras suspensiones, así: (fl. 63 cdno. 2):

Fecha de suspensión	término	Fin contrato
S2 23/12/2008	30 días	30 de marzo de 2009
S3 21/01/2009	68 días	6 de junio de 2009
S4 31/03/2009	87 días	1 de septiembre de 2009

Lo anterior permite evidenciar que el contrato quedó sin garantías desde el 1 de julio de 2009⁴, cuando vencieron los amparos de cumplimiento y anticipo; en consecuencia, le asiste razón a la apelante al afirmar que el amparo vigente hasta el año 2014 era únicamente el de estabilidad de la obra; la entidad contratante reconoció esta irregularidad en la Resolución 1444 de 15 de junio de 2010, así:

“De conformidad con la información suministrada por la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos mediante oficio No. I-049860 del 29 de septiembre de 2009, respecto a los requerimientos realizados tanto a contratista (...) como a las aseguradoras SEGUREXPO Y ASEGURADORA COLPATRIA (...) en cuanto al incumplimiento del contratista de realizar la actualización de las garantías que amparan y avalan el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato No. 157 de 2006, la Oficina de Contratos requiere a las Aseguradoras SEGUROS COLPATRIA SA, SEGUREXPO SA y al contratista (...) con el fin de acatar la obligación contenida en la cláusula duodécima del referido contrato, respecto a la actualización de las garantías que avalan el contrato, las cuales a la fecha no se encuentran vigentes” (fl. 200 cdno. 2 – mayúsculas fijas originales).

Ahora, los actos demandados se fundamentan en un informe de la interventoría de 21 de septiembre de 2009 en el cual se destaca que el

⁴ La señora María Juana Herrera Rodríguez, gerente jurídica de la demandante (fl. 845 cdno. 1) declaró que la última vigencia del amparo de cumplimiento fue el mes de julio de 2009; pese a las condiciones de sospecha de la declarante, su dicho es coincidente con las demás pruebas aportadas.

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

contratista incumplió por no reiniciar la obra, abandonarla y no responder a los requerimientos, lo cual lo puso de presente en estos términos:

*Conjuntamente la Dirección Técnica de Interventoría, la Gerencia de Obra y la Gerencia de Proyecto de la Universidad Nacional de Colombia, damos alcance al oficio CEGO-15706-09-0008 radicado en la SED el 10 de agosto de 2009 bajo el número E-2009-143078 y en virtud al **evidente incumplimiento en que ha incurrido el contratista CONSORCIO INGESA LITUANIA, al no reiniciar la obra, abandonar el proyecto, no responder a los requerimientos y guardar un total silencio desde hace varias semanas**, presentamos a la SED el informe con el cual registramos el INCUMPLIMIENTO del contrato de obra No. 157 de 2006, suscrito para la construcción del proyecto LITUANIA EBENEZAR destinado al colegio Tomás Cipriano de Mosquera.*

Durante los últimos meses y en particular durante las últimas semanas, hemos agotado conjuntamente con la SED, todos los esfuerzos posibles para lograr la reactivación de la obra por parte del contratista, propiciando espacios de diálogo, desarrollando todo tipo de acciones persuasivas y formulando requerimientos, sin encontrar ni recibir ninguna respuesta del contratista que aliente la posibilidad de rescatar el proyecto, terminarlo y darlo al servicio de la comunidad.

***Todos los intentos para que el contratista reinicie los trabajos de construcción han resultado en vano**, pues en cada oportunidad de discusión el contratista amplía las condiciones que ha venido imponiendo para dar continuidad a la obra y antepone a cualquier posibilidad de reinicio, la resolución de sus pretensiones económicas, sin otorgar importancia alguna a su obligación de ejecutar el contrato.*

(...).

*Superados los motivos que dieron origen a la suspensión no. 2 y a sus dos prórrogas, **el contratista se ha negado a suscribir el acta de reinicio, que de acuerdo con el criterio conjunto de la Secretaría de Educación del Distrito (...) ha sido desplazado** del día 26 de junio de 2009 al día 4 de agosto de 2009, luego de especiales consideraciones con el contratista frente a su renuencia a reactivar la obra, acción que ha venido condicionando unilateralmente a la sucesión de hechos relacionados en el otorgamiento y pago de reconocimientos económicos que han sido decididos a su favor dentro del proceso de revisión de su reclamación económica, desplazado el reinicio automático de la obra al 4 de agosto de 2009, la fecha de expiración del plazo contractual está definida para el 10 de octubre de 2009, pero a la fecha del presente informe el contratista no ha dado ninguna muestra de querer retomar la obra para reiniciar actividades, como tampoco ha presentado ninguna solicitud para pactar una nueva suspensión ni para ampliar el plazo contractual, su hermetismo y desentendimiento es total.*

Es precisamente a partir de este punto, donde se genera y

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

configura el incumplimiento del contrato, ante la negativa del contratista de reiniciar y terminar la obra. *Cumplir con el objeto contractual restante es físicamente imposible, teniendo en cuenta que a juicio de la interventoría, ello demanda por lo menos un plazo de ciento veinte (120) días calendario.”* (fl. 64 cdno. 3 – mayúsculas fijas originales y negrillas de la Sala).

Queda en evidencia que el incumplimiento que desencadenó la expedición de los actos administrativos demandados derivó de la no reactivación de la ejecución del contrato luego de una suspensión y que ello debía tener lugar el 4 de agosto de 2009, mientras que la garantía de cumplimiento solo estuvo vigente hasta el 1 de julio del mismo año, es decir, el abandono de las obras no quedó amparado porque la póliza ya no estaba vigente para el 4 de agosto de 2009, cuando se produjo el hecho.

La Sala no duda que de acuerdo con la ley todo contrato debe estar amparado por las garantías correspondientes siempre que se encuentre en ejecución, tal como lo precisó el tribunal; sin embargo, la obligación de la aseguradora de asumir la indemnización de un determinado riesgo deriva del contrato de seguro correspondiente y, en tal virtud, solo pueden exigirse al asegurador aquellos cubiertos en los términos de la correspondiente póliza y materializados durante su vigencia; por consiguiente, so pretexto de la irregularidad acaecida en la ejecución del contrato 157 de 2006 no era jurídicamente viable imponer a la aseguradora la obligación de asumir el siniestro ocurrido por fuera de la vigencia de la póliza.

No ocurre lo mismo con el amparo del anticipo que en los actos demandados se hizo efectivo con base en la siguiente argumentación:

“Que de otra parte, mediante oficios Nos. I-2010-024318 e I-024774 del 13 y 19 de mayo respectivamente, la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos, informa que el contratista no amortizó de forma total el anticipo que le fue entregado, siendo esta una de las obligaciones del contratista, constituyéndose en un incumplimiento adicional. Por lo cual, se hace necesario hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento en cuanto al amparo del manejo del anticipo” (fl. 100 cdno. 2 – se resalta).

Para cuestionar este punto le correspondía a la actora demostrar que el siniestro ocurrió por fuera de la vigencia de la póliza, pero, no lo hizo frente a

este específico aspecto; por el contrario, la entidad precisó que el siniestro de no amortización del anticipo que se hizo efectivo lo verificó en el mes mayo de 2009, cuando estaba vigente el amparo correspondiente y ello no fue desvirtuado por la demandante, de modo que el cargo de falta de vigencia de la póliza no prospera, lo cual impone mantener la determinación del tribunal a este respecto.

4. Incumplimientos históricos de la contratante

En los actos administrativos demandados la entidad contratante refiere a retrasos históricos en la ejecución que impusieron ingentes ampliaciones del plazo, sin embargo, lo probado es que las partes acordaron, esto es, de mutuo acuerdo, modificar la duración del contrato; no se trató entonces de atrasos en la ejecución sino del cumplimiento de los pactos de las partes respecto de las prórrogas acordadas, casi todas las cuales, según está probado, se requirieron por circunstancias no imputables al contratista; para ilustrar este punto se analizan a continuación las adiciones al contrato que fueron aportadas al plenario y las causas que, según consta en cada una de ellas, les dieron origen:

Adición	Fundamento
Modificación 1	Se modifican los totales de unos ítems por diferencias entre el costo ofertado y la suma aritmética total (fl. 612 cdno. 2).
Modificación 2 Plazo	<i>“En el plano topográfico inicial se tenía detectada una placa de concreto de menor dimensión a la realmente encontrada en el predio. La placa encontrada era de concreto reforzado (...) la cual debe ser demolida para poder continuar con la cimentación del proyecto; esta placa tuvo demora en su demolición porque inicialmente se realizó con martillos neumáticos previstos para la placa de menos dimensión los cuales no dieron el rendimiento esperado, razón por la cual fue necesario ejecutar el trabajo con un equipo de perforación especializado (...). En comité de obra del 8 de junio, la SED, el consultor, la gerencia de obra y la interventoría de obra tomaron la decisión de suspender todas las actividades de excavación en el Cire y eliminar la construcción del sótano del edificio Cire, debido a que por la cercanía del humedal Jaboque, en nivel freático está por encima del nivel esperado (...) se decide hacer ajustes a los diseños tanto arquitectónicos como estructurales y de instalaciones, requiriendo un tiempo adicional para su desarrollo de 89 días.”</i> (fl. 617 cdno. 2).
Suspensión 1	<i>“Se encuentra por definir con las entidades distritales (...) algunos compromisos en lo relacionado a la construcción de obras como lo son la construcción de la prolongación de la red</i>

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
 Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

	<i>de acueducto (...) la conexión de alcantarillado de aguas lluvias (...). Esta ausencia de definiciones presentan (sic) incidencia en la terminación del proyecto (...).” (fl. 619 cdno. 2).</i>
Modificación 3 Plazo	“Durante el desarrollo de la cimentación, en los meses de noviembre y diciembre se produjeron lluvias intensas, que al iniciar la estabilización con rajón y primera capa de recebo, originaron atrasos al no poder realizar las compactaciones de material granular, por el nivel freático, así mismo en el proceso de rediseño del Cire, el acero de refuerzo llegó en su totalidad a la obra, antes de definir la suspensión del sótano, por tal motivo el contratista debió adaptarse, en su mayoría a los planos suministrados por el asesor del consultor en su nuevo diseño, quedando muy difícil el arreglo de los hierros sobre los nudos principales (...) se hizo un cambio en el diseño de las redes de desagüe que incluye la construcción de tanques de reserva y abastecimiento (...).” (fl. 628 cdno. 2).
Modificación 4 Plazo	“Necesidad de las obras no previstas en el presupuesto y desarrollo del proyecto y la necesidad de las obras no previstas en el presupuesto y diseño inicial y en función de algunas condiciones nuevas de mejoras tanto internas como externas del colegio y por solicitud de la SED” (fl. 636 cdno. 2).
Modificación 5	Se aumenta el precio del contrato en \$8.271.109.626 para remunerar las obras adicionales producto de las modificaciones pactadas (fl. 639 cdno. 2).
Modificación 6 Plazo	“Por menores de obra y/o problemas de fuerza mayor que son justificables (...) diseño de red de acometida general del acueducto (...), paro camionero (...), en diseño de fachada aparece un material no disponible en el país (...), replantear diseño de la estructura del piso de zonas exteriores peatonales (fl. 647 cdno. 2).
Modificación 7	“Disminución del saldo del contrato, como un mecanismo que permita una adecuada ejecución de los recursos” (fl. 650 cdno. 2).
Modificación 8 Plazo	“Atraso en la programación, no llegada de insumos a la obra, así como la falta de equipos y personal de mano de obra que ha dificultado la terminación de la misma en el tiempo establecido en la programación” (fl. 655 cdno. 2).

De conformidad con lo expuesto es claro que las partes acordaron las ampliaciones del plazo, es decir, el contratista no estaba en mora de cumplir los tiempos de ejecución, previo análisis de su imputabilidad, por lo cual es claro que la desatención a cronogramas que las propias partes acordaron modificar no podía ser constitutiva de declaratoria de incumplimiento.

Sobre este punto también debe precisarse que las actas de las suspensiones posteriores al 28 de febrero de 2009 no reposan en la actuación, sin embargo, la entidad accionada también se refiere a las causas que la generaron, las cuales tuvieron que ver con el análisis de unas reclamaciones económicas del contratista producto de las cuales la administración aceptó suspender el

contrato⁵:

“Veamos las motivaciones incluidas en las suspensiones y en sus prórrogas:

-Suspensión no. 2 “se hace necesaria esta suspensión, puesto que se debe estudiar a fondo la reclamación presentada por el contratista, en cuanto a un supuesto desequilibrio económico al interior del contrato, lo que ha exigido una revisión minuciosa de la solicitud del contratista y por lo tanto las partes acuerdan que se requiere de un tiempo para la revisión y consideración por parte de la SED. Se acuerda entonces una suspensión por el término de 30 días calendario.

-Prórroga no. 1 de la suspensión no. 2. “a la fecha se continúa el análisis y estudio de la reclamación presentada por el contratista, en cuanto a un supuesto desequilibrio económico del contrato, lo cual requiere de varias reuniones conjuntas y análisis de los soportes que ha entregado gradualmente el contratista. Por lo anterior se requiere prórroga de suspensión no. 2 en 68 días calendario.

-Prórroga No. 2 de la suspensión No. 2 “la interventoría en acuerdo con la SED elaboró un documento denominado TRANSACCIÓN donde se le reconocía al contratista el valor de lo que fue probado por el contratista con documentos soportes. Se le dio traslado al contratista quien respondió que no estaba de acuerdo con el valor aprobado y en razón a que reclamará los aspectos que no le fueron aceptados, solicitó que el reconocimiento se hiciera a través de un documento diferente a la transacción donde no tuviera que renunciar a reclamar por otra vía lo que consideraba, tenía derecho. Por esta razón se debe anular el CDP que fue expedido con destinación específica a la transacción e iniciar un nuevo trámite para un nuevo CDP, lo cual requiere de un tiempo para su trámite y obtención. Igualmente se requiere un tiempo para que la SED elabore el nuevo documento de acto administrativo y se surta el trámite correspondiente. Por lo anterior se requiere prórroga No. 2 en 87 días calendario.” (fl. 78 cdno. 2 – mayúsculas sostenidas originales).

Como puede verse, por los hechos allegados al proceso de revisión de la reclamación y por los trámites logrados en los reconocimientos, las causales de suspensión se superaron y por lo tanto el reinicio de la obra se debía generar de forma automática”.

En la Resolución no. 1444 de 15 de junio de 2010 expedida por la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, con fundamento en el informe de la interventoría sobre el cumplimiento contractual, se reconoce que las partes

⁵ También reposa en la actuación el testimonio del señor Jorge Ortega (fl. 845 cdno. 1), gerente técnico de Construmax SA (integrante del consorcio actor), quien narró que las causas de la suspensión número 2 y sus prórrogas fueron las indicadas por la entidad en el acto demandado.

ajustaron los cronogramas de ejecución producto de los mencionados acuerdos. Así lo refiere:

“A la última programación presentada por el Consorcio Ingesa Lituania y aprobada por la interventoría, en la cual quedó fijada la fecha de terminación para el 28 de febrero de 2009, se le realizó un ajuste teniendo en cuenta la segunda suspensión que se inició el 23 de diciembre de 2008 y sus dos prórrogas. Luego de este último ajuste el reinicio de actividades se tenía que hacer efectivo el 4 de agosto de 2009 y la fecha de finalización del proyecto quedó establecida según estos pormenores, definida para el 10 de octubre de 2009, que es la fecha final vigente de extinción del plazo contractual de ejecución.” (fl. 82 cdno. 3 – se resalta).

En esa perspectiva, la propia Resolución no. 1444 de 25 de junio de 2010 refiere dos tipos de actividades pendientes a cargo del contratista: (i) *en ejecución con procesos constructivos iniciados y sin terminar* y (ii) *actividades sin iniciar* y las “*fechas de terminación según programación*” (fl. 83 cdno. 2). Respecto de las no iniciadas, todas las fechas programadas son posteriores a la expiración de la vigencia de la póliza no. 004673 y la gran mayoría de las actividades ya iniciadas tenía plazo de ejecución posterior al 1 de julio de 2009.

De acuerdo con lo expuesto está probado que la entidad acordó la suspensión no. 2 y sus prórrogas por lo cual los retrasos del cronograma hasta ese momento estaban justificados por las adiciones de plazo y suspensiones del contrato y, según consta en los actos administrativos demandados, con posterioridad a ello no se reprochó al contratista incumplimiento en los nuevos tiempos acordados.

5. Incumplimiento de la contratante, desequilibrio económico del contrato e iliquidez del contratista

La Sala no encuentra prueba de los supuestos incumplimientos de la contratante, por cuanto las modificaciones y suspensiones del contrato fueron acordadas por las partes, según se explicó ampliamente en el acápite que antecede al resolver el cargo de vigencia del amparo, de modo que el mayor plazo y las obras adicionales que correspondió ejecutar no fueron derivados del desconocimiento antijurídico de lo pactado sino la concreción de acuerdos bilaterales que hacen parte integral del contrato; por el contrario,

correspondieron a la materialización de los referidos pactos en virtud de los cuales el contratista se obligó a realizar labores adicionales y por plazo superior al inicialmente pactado.

Para la Sala es claro que el contratista estaba obligado a ejecutar el contrato en los términos pactados, con cargo a sus recursos y tenía derecho a recibir el pago de las actas parciales según lo acordado; para tal efecto, la entidad contratante verificó la capacidad financiera de los oferentes, conforme lo exigido en los pliegos de condiciones (fl. 379 cdno. 3) y solo son elegibles aquellos que la demuestren; las posibles reclamaciones y discrepancias económicas surgidas durante la ejecución no pueden ser calificadas como incumplimiento de la contratante ni justificaban la inejecución de lo pactado por parte del contratista.

También consta que en el contrato se pactó un anticipo del 35%, sin embargo, se dispuso que *“el inicio de la ejecución del contrato no dependerá del pago del anticipo”* (fl. 571 cdno. 3) y no hay prueba de que se pagó tardíamente.

6. Violación del artículo 1077 del Código de Comercio

En la demanda se alegó que los actos demandados son nulos porque la Secretaría de Educación Distrital no cuantificó el siniestro correspondiente al amparo del anticipo que ordenó hacer efectivo. El tribunal no se pronunció sobre ese argumento, razón por la cual corresponde complementar la decisión de primera instancia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil ya que la afectada con la omisión es la parte apelante⁶.

⁶ Código de Procedimiento Civil, *“artículo 311. Adición. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.*

El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.” (se resalta).

El cargo no prospera toda vez que los actos administrativos demandados cuantificaron el perjuicio con fundamento en un informe de la interventoría; aunque la administración no detalló la metodología con la cual se obtuvo el mencionado valor, las decisiones demandadas están revestidas de presunción de legalidad y de veracidad, de modo que correspondía al demandante desvirtuarla; así las cosas, no aplica a este caso la regla del artículo 1077 del Código de Comercio sobre la prueba de la cuantía del siniestro a cargo de la administración, porque está de por medio una decisión de la administración que declaró el siniestro y lo cuantificó, la cual se presume legal mientras ello no sea desvirtuado.

En efecto, si el anticipo se amortizó debidamente era carga de la aseguradora demostrarlo para poder controvertir las referidas presunciones, como no lo hizo, debe mantenerse la presunción de legalidad del acto demandado en cuanto hizo efectivo el siniestro de anticipo, con la reducción dispuesta por el tribunal.

7. Conclusión

El recurso prospera parcialmente en cuanto a los cargos de falta de vigencia del amparo de cumplimiento y al cumplimiento de la demandada a los tiempos del contrato conforme a las modificaciones pactadas y ello releva a la demandada de las obligaciones impuestas en los actos demandados respecto del incumplimiento; por otra parte, el amparo del anticipo se hizo efectivo en forma legal por lo cual se mantiene, pero con la reducción ordenada por el tribunal.

8. Restablecimiento del derecho

Como consecuencia de la nulidad que se decreta, el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación Distrital deberá devolver a Segurexpo de Colombia SA Aseguradora de Crédito y del Comercio Exterior las sumas que hubiere pagado con ocasión de los apartes anulados -correspondientes a la cláusula penal que se hizo efectiva en el artículo primero de los actos demandados- o

abstenerse de cobrarlas si no lo ha hecho,

La pretensión quinta⁷ relativa al reclamo de intereses sobre los valores que deban reintegrarse no prospera porque la obligación de devolver las sumas de dinero de la cláusula penal nace con esta sentencia y, en tal virtud, no existe mora que justifique el reconocimiento de los intereses pretendidos; no obstante, sí prospera la pretensión sexta para compensar la pérdida de poder adquisitivo del dinero y, en tal virtud, las sumas que deban ser devueltas se actualizarán conforme a la siguiente fórmula: $VA = VH \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde VA es el valor actualizado, VH el valor efectivamente pagado, el índice final el de la presente sentencia y el índice inicial el del pago que hubiera realizado Segurexpo de Colombia SA; si fueron varios pagos y realizados en meses o años distintos se aplicará la fórmula separadamente a cada uno.

9. Costas

No se evidencia alguna conducta temeraria o de mala fe de las partes que justifique la imposición de costas, por lo que no se condenará por este concepto, en aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984.

III. DECISIÓN

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

FALLA:

Primero: Revócase parcialmente la sentencia de 6 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B, en lo correspondiente al “artículo primero” ordinal 1° de la parte resolutive; en los demás se confirma. La parte resolutive queda así:

⁷ Este punto tampoco fue resuelto por el tribunal por lo cual se complementa el fallo de primera instancia en los términos del artículo 311 del CPC antes citado.

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

1º) Declárase la nulidad del artículo primero de la Resolución no. 1444 de 15 de junio de 2010 por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá declara la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2º) Declárase la nulidad parcial de la Resolución 3244 de 23 de noviembre de 2010 de la Secretaría de Educación de Bogotá, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución no. 1444 del 15 de junio de 2010, únicamente en cuanto confirmó el artículo 1º de esta última.

3º) Declárase la nulidad parcial del artículo segundo de la Resolución No. 1444 del 15 de junio de 2010 únicamente en cuanto hizo efectivo el 100% del amparo de anticipo en contra de Segurexpo de Colombia SA.

4º) Declárase la nulidad parcial de la Resolución No. 3244 del 23 de noviembre de 2010, en cuanto confirmó el artículo segundo de la resolución No. 1444 del 15 de junio de 2010 que hizo efectivo el 100% del amparo de anticipo en contra de Segurexpo de Colombia SA.

5º) Como consecuencia de las nulidades decretadas, la Garantía Única de Cumplimiento ante entidades estatales No. 00004673, solo es efectiva frente a Segurexpo de Colombia SA en relación con el Amparo de Anticipo, por la suma de DOSCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOCE PESOS (\$229.651.012), correspondiente al 50% del valor dejado de amortizar por el contratista.

6º) Condénase al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación Distrital a devolver a Segurexpo de Colombia SA Aseguradora de Crédito y del Comercio Exterior las sumas que hubiere pagado con ocasión de los apartes anulados,

Expediente: 25000232600020110122201 (50.698)
Demandante: Segurexpo de Colombia SA
Controversias contractuales

correspondientes al 100% de la cláusula penal y el 50% del amparo de anticipo, debidamente indexadas según lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia, y si no lo ha hecho que se abstenga de cobrarlas.

4º) Cúmplase la presente sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

5º) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Segundo: Sin costas.

Tercero: En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen previas las desanotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente

(Firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado (Aclara voto)

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del CPACA.