

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN LOS CONTRATOS DE SEGURO – Diferencias – Caducidad – Ejercicio oportuno de la acción - Prescripción – Posible extinción del derecho en litigio por paso del término

[...] Esta Corporación ha reiterado la diferencia entre el fenómeno jurídico procesal de la *caducidad del medio de control judicial* que se activa como término máximo de orden público previsto para judicializar un conflicto, incluidos los derivados de contratos de seguro (artículos 136 del CCA aplicable a este caso) y la *prescripción extintiva de los derechos sustanciales* derivados del contrato (artículo 1081 del Código de Comercio); particularmente, como se sostuvo en precedencia, "*el régimen de caducidad de la acción contenciosa administrativa no suplanta al de la prescripción extintiva, pues se trata, como la Corporación lo ha dicho en diversas oportunidades, y como lo apuntala la doctrina, de fenómenos jurídicos diferentes.*

En ese ámbito de comprensión, se reitera, el análisis temporal de la caducidad se aplica para efectos de analizar el ejercicio oportuno de la acción para lo cual es presupuesto que la demanda se haya promovido dentro del plazo perentorio y de orden público previsto para efecto, lo cual habilita al juzgador para decidir de fondo y, en caso contrario, para declarar de oficio la excepción correspondiente. De otro lado, la prescripción está relacionada con el derecho sustancial en debate, en tanto se refiere a la posible extinción del derecho en litigio por el paso del término legal dispuesto para el efecto, con independencia de la presentación oportuna de la demanda y debe ser alegado por quien pretende beneficiarse de esta.

VALIDEZ DEL CONTRATO – Caducidad – 2 años posteriores al perfeccionamiento del negocio – Caducidad – Acción nulidad absoluta y relativa del contrato de seguro – Oficiocidad por parte del juez

[...] la consagración legal de un término de prescripción especial para las acciones derivadas del contrato de seguro no hace inaplicable el término de caducidad en los procesos en que se discuten derechos relacionados con este tipo de negocios, sino que se trata de dos instituciones jurídicas que regulan aspectos distintos.

Precisado lo anterior se tiene que la validez del contrato solo es susceptible de ser cuestionada por vía judicial dentro de los dos (2) años posteriores al perfeccionamiento del negocio, sin perjuicio de que los derechos sustanciales derivados del contrato estén sometidos a un plazo extintivo que se contabiliza de manera diferente. Por tal razón, en este particular caso operó la caducidad de la acción en relación con las súplicas encaminadas a obtener la nulidad absoluta y relativa del contrato de seguro; la ocurrencia de este fenómeno procesal, de orden público, debe declararse aun oficiosamente y así lo hará la Sala, lo cual la releva de analizar los cargos de nulidad esgrimidos en contra del contrato de seguro.

RIESGO ASEGUARABLE Y LÍMITES DE RESPONSABILIDAD EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO- Reticencia del tomador – Inasegurabilidad del dolo y culpa grave – Alcance del cumplimiento del contratista – Asunción del contratista

[...] la reticencia del tomador (artículo 1058 del Código de Comercio) como causal de nulidad relativa del negocio no fue alegada dentro del término legal, según se estableció en precedencia, razón por la cual no hay lugar a analizar los argumentos de la parte demandante que están sustentados en dicha disposición normativa.

Por su parte, la inasegurabilidad del dolo, de la culpa grave o de los actos meramente potestativos del tomador (artículo 1055 ibidem) corresponde a un límite de la responsabilidad del asegurador que no es aplicable al seguro de cumplimiento en el cual, a través del pago de una prima, se traslada el riesgo de incumplimiento del contratista a un tercero asegurador, por lo cual, entender que el incumplimiento que se ampara es solamente el que no depende de la voluntad del contratista ni de su actuación dolosa o gravemente culposa, correspondería a una interpretación contraria a la finalidad del negocio jurídico, por el hecho de quedar entonces desprovista la entidad contratante de un marco real de cobertura, en otras palabras, no existiría en realidad un riesgo a cargo por el asegurador si le resulta posible excepcionar la conducta del contratista como un riesgo no asegurado.

En esa línea de comprensión, lo asegurado a través de las garantías de cumplimiento es, precisamente, el hecho objetivo del cumplimiento del contratista, de modo que la exigibilidad de los amparos otorgados por el asegurador no puede depender de que la conducta de quien da lugar a la materialización del riesgo (incumplimiento) no sea dolosa, gravemente culposa o derivada de un acto potestativo del tomador, sin soslayar la propia esencia y finalidad de este tipo de seguros.

Al respecto, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 15 de agosto de 2008, expediente 11001-31-03-016-1994-03216- 01 precisó que la garantía contenida en el contrato de cumplimiento corresponde precisamente a la asunción del riesgo derivado de la conducta del afianzado, aspecto particular a tenerse en cuenta al establecer el alcance y restricciones de este tipo de garantía.

REDUCCIÓN DE LA PENA POR INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES – Artículo 1596 del Código de Comercio

En relación con la aplicación de la referida disposición normativa al seguro único de cumplimiento que ampara los contratos estatales la Sala ha precisado que para tal efecto es necesario analizar el contenido y alcance de la cláusula penal pactada por las partes, las obligaciones cuyo incumplimiento dan lugar a su aplicación y si este puede verificarse de manera parcial.

[...]

En ese contexto, en este preciso caso, en atención a la forma en que se estipuló la cláusula penal pecuniaria en un determinado porcentaje del valor del contrato y su aplicabilidad aún en casos de incumplimiento parcial, la ejecución parcial del contrato no otorga derecho a la reducción pretendida, debido a que las partes, en ejercicio de su autonomía, regularon los eventos de procedencia y cuantía. Por ende, aplicar una pena inferior a la pactada cuando se configuró el supuesto de hecho previsto por las partes (incumplimiento parcial) devendría en el desconocimiento del negocio jurídico que en forma autónoma acordaron celebrar.

COASEGURO – Límite de asunción del riesgo

De otra parte, Segurexpo de Colombia SA discute que no asumió el 100% de los riesgos derivados del contrato estatal de obra objeto de la controversia, aspecto en el cual insiste en el recurso de alzada; la Sala verifica que le asiste razón y prospera este punto del recurso por lo siguiente:

En la póliza número 0013747 objeto de debate se precisó, en forma expresa e inequívoca, que Seguros Colpatria SA fungió como coaseguradora del 15% del riesgo, tal como consta en la carátula de la póliza.

[...]

En ese contexto, está probado 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.

[...]

Por lo tanto, Segurexpo de Colombia SA solo es responsable frente al IDU por el 85% del riesgo, lo cual impone declarar parcialmente nulo el artículo sexto de la Resolución número 3455 de 28 de julio de 2011 en relación con la cuantía del valor de la cláusula penal que se hizo efectiva en contra del Segurexpo SA y la Resolución 4401 de 28 de octubre de 2011 que confirmó tal decisión, para efecto de determinar que dicha compañía solo responderá por el 85% de la indemnización que corresponda.

De igual manera, el cargo también prospera en relación con la pretendida nulidad de artículo tercero de la Resolución 3211 de 19 de octubre de 2010 y su confirmatoria 1383 de 25 de marzo de 2011, por las cuales el IDU le impuso una multa al contratista y ordenó hacer efectiva la garantía por el valor total correspondiente, lo mismo que el artículo tercero de la Resolución número 3323 de 15 de julio de 2011 y de la Resolución 13747 que la confirmó, por las cuales se declaró el siniestro de indebido manejo del anticipo y se ordenó hacerlo efectivo en el 100% a cargo de Segurexpo de Colombia SA, en el entendido que solo asumió el 85% del riesgo. En efecto, como los referidos actos impusieron la obligación a la demandante de asumir el 100% del riesgo, se anulan parcialmente frente a ese específico aspecto y, en su lugar, se declara que solo le corresponde asumir el 85% de los siniestros correspondientes.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, diecinueve (19) de septiembre de dos mil veinticinco (2025)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-26-000-2012-00936-01 (69.029)
Actor: SEGUREXPO DE COLOMBIA SA
Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
CONTRACTUALES – PROPORCIONALIDAD DE
LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – COASEGURO
– ALCANCE DE LA GARANTÍA ÚNICA DE
CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES

Síntesis del caso: el 30 de diciembre de 2008, el IDU y la Unión Temporal GTM celebraron un contrato para la intervención de la malla vial arterial intermedia del distrito 3 de conservación, grupo 3 suroriente de Bogotá DC con un plazo de ejecución de 42 meses y un valor estimado, a precios unitarios, de \$87.398.750.260, del cual fungió como garante la compañía aseguradora Segurexpo de Colombia SA. Durante la ejecución del negocio el IDU le impuso una multa al contratista y ordenó hacerla efectiva a través de la garantía de cumplimiento del contrato; posteriormente, la misma entidad declaró la caducidad del contrato, el siniestro de incumplimiento y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; luego, declaró la ocurrencia del siniestro por indebido manejo del anticipo e hizo efectivo el amparo correspondiente, mediante actos administrativos cuya nulidad pretende la aseguradora del contrato.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por Segurexpo de Colombia SA en contra de la sentencia de 25 de marzo de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección B denegó las súplicas de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 6 de junio de 2012 (fl. 3 cdno. 1), Segurexpo de Colombia SA Aseguradora de Crédito y del Comercio Exterior promovió demanda

Expediente: 25000-23-26-000-2012-00936-01 (69.029)

Demandante: Segurexpo de Colombia SA

Controversias contractuales

en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

"Pretensiones Principales.

1. Que se declare la nulidad o la ineficacia de pleno derecho del contrato de seguro contenido en la póliza de seguro de cumplimiento expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA SA y distinguida con el número 00013747 y consecuencialmente la nulidad de las siguientes resoluciones emanadas del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU:

a) Resolución No. 3455 de 28 de julio de 2011, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato 71 de 2008 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y la UNIÓN TEMPORAL GTM se dio así mismo por terminado, se ordenó la liquidación de ese acuerdo, se declaró la ocurrencia del riesgo de incumplimiento y se hizo efectivo el amparo de responsabilidad de la póliza de seguro de cumplimiento No. 00013747 expedida por la compañía de seguro SEGUREXPO DE COLOMBIA SA por un valor de veintiocho mil diecisésis millones veintitrés mil novecientos cuarenta y un pesos (\$28.016.023.941,00) a título de cláusula penal.

b) Resolución No. 4401 del 28 de octubre del mismo año, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición formulado contra la anterior.

c) Resolución 3211 del 19 de octubre de 2010, mediante la cual se impuso una multa por valor de seiscientos un millones quinientos veinte mil pesos (\$601.520.000,00) a la UNIÓN TEMPORAL GTM, contratista dentro del contrato 071 de 2008 y se ordenó hacerla eventualmente efectiva, con cargo al amparo de cumplimiento contenido póliza de seguro de cumplimiento No. 00013747 expedida por la compañía de seguro SEGUREXPO DE COLOMBIA SA.

d) Resolución No. 1383 del 25 de marzo de 2011, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición formulado contra la anterior.

e) Resolución No. 3323 del 15 de julio de 2011 mediante la cual se declaró el siniestro de indebido manejo e inversión del anticipo y se hizo efectivo el respectivo amparo contenido en la póliza de seguro de cumplimiento No. 00013747 expedida por la compañía de seguro SEGUREXPO DE COLOMBIA SA, por la suma de cinco mil ochocientos cincuenta millones novecientos nueve mil ciento once pesos (\$5.850.909.111,00).

f) Resolución No. 169 del 23 de enero de 2012, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición formulado contra la anterior.

2. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare que la sociedad SEGUREXPO DE COLOMBIA SA no se encuentra obligada a pagar suma alguna al INSTITUTO DE DESARROLLO IDU habrá de restituirlas a SEGUREXPO DE COLOMBIA SA junto con sus intereses, liquidados desde la fecha de su recibo por la entidad demandada y hasta que el reembolso se produzca, liquidados a la tasa máxima de interés legal comercial vigente o a la que señale la sentencia.

3. Que se declare que el INSTITUTO DE DESARROLLO IDU deberá adicionalmente indemnizar a SEGUREXPO DE COLOMBIA SA por todos los perjuicios que se le hayan causado con la expedición irregular

de las resoluciones mencionadas y que lleguen a acreditarse dentro del proceso.

PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. Que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones expedidas por INSTITUTO DE DESARROLLO IDU (sic) por ser contrarias a la ley y adolecer de falsa motivación:

a) Resolución No. 3455 de 28 de julio de 2011, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato 71 de 2008 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y la UNIÓN TEMPORAL GTM se dio así mismo por terminado, se ordenó la liquidación de ese acuerdo, se declaró la ocurrencia del riesgo de incumplimiento y se hizo efectivo el amparo de responsabilidad de la póliza de seguro de cumplimiento No. 00013747 expedida por la compañía de seguro SEGUREXPO DE COLOMBIA SA por un valor de veintiocho mil dieciséis millones veintitrés mil novecientos cuarenta y un pesos (\$28.016.023.941,00) a título de cláusula penal.

b) Resolución No. 4401 del 28 de octubre del mismo año, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición formulado contra la anterior.

c) Resolución 3211 del 19 de octubre de 2010, mediante la cual se impuso una multa por valor de seiscientos un millones quinientos veinte mil pesos (\$601.520.000,00) a la UNIÓN TEMPORAL GTM, contratista dentro del contrato 071 de 2008 y se ordenó hacerla eventualmente efectiva, con cargo al amparo de cumplimiento contenido póliza de seguro de cumplimiento No. 00013747 expedida por la compañía de seguro SEGUREXPO DE COLOMBIA SA.

d) Resolución No. 1383 del 25 de marzo de 2011, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición formulado contra la anterior.

e) Resolución No. 3323 del 15 de julio de 2011 mediante la cual se declaró el siniestro de indebido manejo e inversión del anticipo y se hizo efectivo el respectivo amparo contenido en la póliza de seguro de cumplimiento No. 00013747 expedida por la compañía de seguro SEGUREXPO DE COLOMBIA SA, por la suma de cinco mil ochocientos cincuenta millones novecientos nueve mil ciento once pesos (\$5.850.909,00).

f) Resolución No. 169 del 23 de enero de 2012, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición formulado contra la anterior.

2. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare que la sociedad SEGUREXPO DE COLOMBIA SA no se encuentra obligada a pagar suma alguna al INSTITUTO DE DESARROLLO IDU habrá de restituirlas a SEGUREXPO DE COLOMBIA SA junto con sus intereses, liquidados desde la fecha de su recibo por la entidad demandada y hasta que el reembolso se produzca, liquidados a la tasa máxima de interés legal comercial vigente o a la que señale la sentencia.

3. Que se declare que el INSTITUTO DE DESARROLLO IDU deberá adicionalmente indemnizar a SEGUREXPO DE COLOMBIA SA por todos los perjuicios que se le hayan causado con la expedición irregular de las resoluciones mencionadas y que lleguen a acreditarse dentro del proceso.

SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. Que se declare la nulidad de las resoluciones indicadas en el numeral 1 de las PRETENSIONES PRINCIPALES, por ser nulo y consecuencialmente no producir efectos, el contrato de seguro contenido en la póliza de seguro contenida en la póliza de seguro contenida en la póliza de seguro de cumplimiento expedida en SEGUREXPO DE COLOMBIA SA y distinguida con el número 00013747.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior se profieran las mismas declaraciones de condena contenidas en los numerales 2 y 3 de las pretensiones principales.

TERCERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones indicadas en el numeral 1 de las PRETENSIONES PRINCIPALES por ser inexistente o ineficaz de pleno derecho y consecuencialmente no producir efectos, el contrato de seguro contenido en la póliza de seguro de cumplimiento expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA SA y distinguida con el número 0013747.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior se profieran las mismas declaraciones de condena contenidas en los numerales 2 y 3 de las PRETENSIONES PRINCIPALES.

CUARTAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones indicadas en el numeral 1 de las pretensiones principales por haber terminado el contrato de seguro contenido en la póliza de seguro de cumplimiento expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA SA y distinguida con el número 00013747 como consecuencia de la agravación del estado del riesgo sucedido con posterioridad a la expedición de la póliza y no haberse informado de la misma al asegurador en forma oportuna.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior se profieran las mismas declaraciones de condena contenidos en los numerales 2 y 3 de las pretensiones principales.

QUINTAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones indicadas en el numeral 1 de las PRETENSIONES PRINCIPALES por haber sido proferidas con desviación de poder y falsa motivación, dado que: a) no operó el riesgo asegurado, b) el incumplimiento imputado al contratista se debió a previos y graves incumplimientos de la entidad contratante, por lo cual se configuró la excepción de contrato no cumplido y c) el descalabro del contrato es resultante de la propia culpa de entidad contratante, como consecuencia entre otras de: i) la adjudicación irregular del contrato; ii) la desviación del anticipo girado para el pago de sobornos preacordados con funcionarios de la propia administración, iii) la selección irregular del interventor lo cual generó la inoperancia de los controles que debía ejercer el mismo; iv) la falta de pago del anticipo y la mora en el pago de acta de obras parciales.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior se profieran las mismas declaraciones de condena contenidas en los numerales 1 y 2 de las PRETENSIONES PRINCIPALES." (fls. 3 – 7 cdno. 1 – mayúsculas sostenidas del original).

2. Fundamento fáctico

La demanda se sustentó, en síntesis, en lo siguiente:

- 1) El 30 de diciembre de 2008, el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) suscribió el contrato de obra número 071 de 2008 con la Unión Temporal GTM (integrada por *Grandi Lavori Fincosit SpA*, Translogistic SA -hoy en Liquidación- y Constructora Inca Ltda), cuyo objeto fue la realización de obras en un determinado sector de la malla vial del Distrito Capital, a precios unitarios, con un plazo de 42 meses y un valor estimado de \$87.398.750.260, contrato que fue asegurado con la póliza número 00013747 expedida por Segurexpo de Colombia SA.
- 2) Durante la ejecución del contrato el IDU expidió los siguientes actos administrativos contractuales cuya nulidad se demanda:
 - a) Resolución número 3211 de 29 de octubre de 2010 por medio de la cual se impuso una multa al contratista por la suma de \$938.000.000 y se ordenó cobrarla con cargo al amparo de cumplimiento del contrato, decisión que fue confirmada el 25 de marzo de 2011 con la Resolución 1383 de 2011.
 - b) Resolución número 3455 de 28 de julio de 2011 por la cual se declaró la caducidad del contrato, la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por la suma de \$28.016.023.941, confirmada mediante Resolución 4401 de 28 de octubre de 2011.
 - c) Resolución 3323 de 15 de julio de 2011 que declaró el siniestro de indebido manejo del anticipo e hizo efectivo el amparo correspondiente por valor de \$5.850.909.111, confirmada por Resolución 169 de 23 de enero de 2012.

3. Cargos de nulidad

Como fundamento de la pretendida ilegalidad de los actos administrativos demandados, la parte demandante planteó los siguientes reproches de nulidad,

los cuales dirigió indistintamente en contra de todas las decisiones objeto de control judicial:

- a) La adjudicación del contrato objeto de la controversia fue irregular y producto de la complicidad criminal entre integrantes de la parte contratista y funcionarios públicos que determinaron, a su vez, la escogencia anómala de la interventoría a cargo de una sociedad representada por el mismo representante de la contratista y el desvío, con fines ilícitos, del anticipo del contrato, lo cual fue evidenciado por la justicia penal; en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio estas irregularidades generan la terminación automática del contrato de seguro y, de igual manera, vician los actos demandados. Los intereses ilícitos y los actos meramente potestativos del tomador no son asegurables en los términos de los artículos 1054 y 1055 del Código del Comercio.
- b) Hubo causa ilícita en la suscripción del contrato estatal lo cual lo hace nulo y dicha nulidad se extiende al contrato de seguro el cual no puede producir ningún efecto.
- c) El asegurador fue inducido a error respecto de las circunstancias que rodeaban el estado del riesgo, lo cual conduce a la nulidad relativa del negocio en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio y a la pérdida de la indemnización por mala fe del asegurado y/o beneficiario; tampoco se notificó a la aseguradora de las circunstancias sobrevinientes que agravaron el riesgo, según lo dispuesto en el artículo 1060 *ibidem*.
- d) Se desconoció que el contrato fue cumplido en un 32% al momento de disponer la cláusula penal, sin aplicar la reducción proporcional prevista en el artículo 1596 del Código Civil.
- e) La administración pretendió, a través de las decisiones demandadas, hacer efectivas unas obligaciones inciertas que se ordenan descontar al contratista, pero, al mismo tiempo, se ordena a la aseguradora su pago.
- f) En las decisiones cuestionadas se ignoró la existencia de un coaseguro en virtud del cual Seguros Colpatria SA asumió el 15% del riesgo, obligaciones divisibles

que no podían ser cargadas en un 100% a Segurexpo de Colombia SA a quien solo le correspondía el 85% restante.

g) La administración no podía hacer efectivos los amparos del contrato de seguro sin antes liquidar el contrato de obra, porque solo podía exigírselle indemnización en la medida real del daño patrimonial sufrido y no generar una ganancia indebida para la entidad contratante.

4. Trámite procesal y contestación de la demanda

Mediante auto de 5 de septiembre de 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B admitió la demanda y ordenó notificar al IDU y a las sociedades integrantes de la unión temporal contratista de obra (fl. 38 cdno. 1).

1) H&H Arquitectura fue notificada en calidad de cesionaria del contrato, contestó la demanda (fls. 229 – 262 cdno 1) y advirtió que en esta no se esgrime ninguna pretensión en su contra y adujo que su participación en el contrato tuvo lugar cuando los recursos del anticipo ya se habían agotado.

2) Los integrantes de la unión temporal contratista comparecieron mediante curador *ad litem* (fl. 228 cdno. 1) quien dijo atenerse “*a las probanzas que durante el proceso se llegaren a verificar y que diesen base a las pretensiones de la demanda*”.

3) El Instituto de Desarrollo Urbano IDU (fls. 271 - 323 cdno. 1) se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con sustento en lo siguiente:

a) Las supuestas falencias en la adjudicación del contrato de obra no tuvieron incidencia en el desarrollo de los trabajos y los actos demandados, derivaron, exclusivamente, de causas imputables al contratista tales como el mal manejo del anticipo y el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales que podía conducir a la paralización del contrato.

b) Las eventuales conductas con relevancia penal que fueron investigadas por las autoridades solo comprometen la responsabilidad personal de los involucrados,

pero, no tienen la virtualidad de conducir a la invalidez de las decisiones demandadas. Las condenas penales proferidas en contra de las personas naturales vinculadas con la unión temporal contratista confirman la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a las declaraciones de incumplimiento y caducidad del contrato.

- c) En este caso no se discute la validez del contrato ni alguna causal de nulidad absoluta o relativa de este -pretensiones que estarían caducadas en caso de haberse formulado-, por lo cual no hay razón para analizar los argumentos de la demanda relacionados con la supuesta nulidad e invalidez del negocio jurídico; si esto era lo pretendido en la demanda, se escogió de manera indebida el medio de control judicial porque las supuestas falencias en la celebración del contrato no pueden afectar la legalidad de los actos administrativos contractuales demandados.
- d) El incumplimiento del contratista quedó debidamente acreditado, los actos demandados se presumen legales y se respetó el debido proceso en las actuaciones surtidas en forma previa a su expedición, ocurrida antes de la vigencia del estatuto anticorrupción.
- e) La cláusula penal pecuniaria era exigible en su totalidad como consecuencia de la declaración de caducidad del contrato.
- f) El IDU no solicitó que el amparo del contrato fuese distribuido entre dos (2) aseguradoras ni tuvo conocimiento del acuerdo entre Segurexpo SA y Seguros Colpatria SA para asegurar en forma conjunta el riesgo ni esta última firmó la póliza, por lo cual no se cumplen los presupuestos del artículo 1095 del Código de Comercio para que pueda ser reconocida como coaseguradora.
- g) No existió intención dolosa de incumplir el contrato de obra ni este se firmó con la intención no ser ejecutado ni tampoco hubo reticencia del asegurado, ni inexactitud en la declaración el estado del riesgo; aceptar los argumentos de la demandante implicaría permitirle revocar la póliza en contra de la prohibición expresa del artículo 1058 del Código de Comercio.

g) Con sustento en los argumentos antes sintetizados formuló las excepciones que denominó: “*legalidad de los actos demandados*”, “*ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción*”, “*inexistencia de vulneración del debido proceso*”, “*inexistencia de reticencia e inexactitud de los tomadores*”, “*temporalidad de la liquidación del contrato y la declaratoria de la caducidad*”, “*improsperidad de la declaratoria de contrato no cumplido*” e, “*improcedencia de dosificación de la multa y diferenciación con el siniestro de incumplimiento*”.

5. La sentencia apelada

El 25 de marzo de 2022, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B (índice 255 SAMAI tribunal) denegó las súplicas de la demanda con apoyo en la siguiente argumentación:

- 1) El medio de control judicial promovido es procedente porque se discute la legalidad del contrato de seguro y de unos actos administrativos contractuales, en los términos del artículo 87 del CCA. La demanda fue oportuna porque se promovió dentro de los dos (2) años siguientes a la expedición de los actos administrativos demandados; por su parte, no es aplicable la caducidad de la acción para demandar la nulidad relativa del contrato de seguro, toda vez que, los derechos derivados de este están sujetos únicamente a los términos de prescripción previstos en el Código de Comercio.
- 2) No se probó la nulidad del contrato de seguro debido a que esta se pretendió fundamentar en el hecho consistente en que diferentes funcionarios de la entidad y los contratistas de obra incurrieron en conductas punibles, situación que no corresponde con las expresas y taxativas causales de nulidad previstas en la ley. Adicionalmente, en la cláusula 11 de la póliza del contrato se impuso a la aseguradora el deber de seguimiento de la actividad del contratista, por lo cual no es de recibo el argumento según el cual el IDU no informó oportunamente del incumplimiento; por el contrario, consta que la aseguradora fue vinculada al procedimiento de imposición de multa, caducidad del contrato y efectividad del siniestro de anticipo.
- 3) No hay evidencia de la alegada modificación de los riesgos asumidos por la aseguradora quien, en su condición de experta en el negocio, tenía la carga de

diligencia al momento de expedir la póliza correspondiente, en virtud de la cual asumió unos riesgos y no puede ahora alegar en su favor la propia culpa; tampoco se probó un vicio del consentimiento en la suscripción del contrato ni los supuestos vicios de la licitación con incidencia en la ejecución del contrato de seguro.

4) Los actos administrativos contractuales demandados no fueron falsamente motivados, el coaseguro no es oponible al IDU y regula la relación entre las aseguradoras y los amparos de la póliza expedida por Segurexpo de Colombia SA se hicieron efectivos en los términos pactados y dentro de los límites asegurados.

5) No hay prueba del incumplimiento de las estipulaciones legales y contractuales aplicables a la declaración de incumplimiento y caducidad contractual ni se vulneró el debido proceso porque se vinculó a la aseguradora a los distintos trámites administrativos que dieron lugar a la expedición de los actos administrativos demandados. En cualquier caso, en la demanda no se especificó en qué consiste la violación del debido proceso que se alega.

6) No hay lugar a imposición de costas en aplicación de las normas del CCA que regulan dicha institución jurídica.

6. El recurso de apelación

En la oportunidad legal concedida para el efecto, Segurexpo de Colombia SA apeló la sentencia de primera instancia con el fin de que se concedan las pretensiones (índice 258 SAMAI tribunal); a continuación se sintetizan los reparos concretos formulados en contra de la decisión:

1) Se omitió analizar la prueba de los ilícitos que rodearon la suscripción del contrato de obra, que no fueron aislados, sino que, hicieron parte del entramado de corrupción conocido como “*carrusel de la contratación*” y, por lo tanto, se resolvió en forma ligera la pretensión de nulidad del contrato sobre la consideración de que esta no fue demostrada, sin análisis sobre la pretensión de ineficacia de pleno derecho del contrato de seguro. La consecuencia de la ausencia de riesgo asegurable, que el tribunal reconoció, conduce a la ineficacia del contrato en los términos del artículo 897 del Código de Comercio por

corresponder a un elemento propio de su esencia (artículo 1045 del Código de Comercio).

2) Se desconoció que la inexactitud o reticencia del tomador en declarar el estado del riesgo conduce a la nulidad relativa del contrato de seguro en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio; si se pretendió asegurar la actuación dolosa del tomador, en complicidad con funcionarios del IDU, el seguro es inexistente por ausencia de riesgo ni aleatoriedad. Ningún asegurador se prestaría a garantizar el cumplimiento de un contrato cuya adjudicación se obtuvo mediante el pago a funcionarios, esto es, no hubo oportunidad de que la compañía decidiera, con base en una declaración sincera del tomador, aceptar o rechazar el riesgo; adicionalmente, afirmar que el contrato de seguro es de *intermediación*, es abiertamente inadmisible.

3) Lo ocurrido en el caso objeto de decisión no corresponde a la existencia de unas indagaciones disciplinarias y penales en relación con un contrato, sino que la celebración del contrato 071 de 2008 tuvo lugar con la intención dolosa de enriquecer a funcionarios y contratistas quienes se apropiaron de recursos públicos, hechos relevantes para analizar el estado del riesgo que nunca fueron declarados, lo cual justifica la pretensión de nulidad del contrato de seguro.

4) No es posible endilgar a la aseguradora la reticencia del tomador en la declaración del estado del riesgo porque aquella no está en posibilidad real de indagar cada hecho; la aseguradora fue asaltada en su buena fe.

5) La modificación del riesgo no está incluida en ningún documento contractual como pareció entenderlo el tribunal *a quo*, en realidad, su agravación consistió en la existencia de conductas que fueron ocultadas a Segurexpo SA como la escogencia de un interventor que hacía parte del grupo contratista y la desviación de dineros para el pago ilegal a funcionarios del IDU, en contravía de la obligación prevista en el artículo 1060 del Código de Comercio y de la clara alegación que en tal sentido se plasmó en la demanda. Debe tenerse en cuenta que el entonces director técnico jurídico del IDU, Inocencio Meléndez, fue condenado por recibir dádivas para la adjudicación del contrato y permitir que los cheques del anticipo pudieran ser girados a contratistas, subcontratistas y particulares, al tiempo que, la directora del IDU fue juzgada por permitir el manejo irregular del anticipo; el

tribunal no tuvo en cuenta que la unión temporal contratista y el consorcio interventor compartían el mismo representante legal.

6) No se analizó que los actos administrativos contractuales demandados fueron falsamente motivados y que están viciados por desviación de poder debido a la existencia de delitos que dieron lugar a la celebración el contrato de obra; “*no vio el Tribunal que resulta totalmente falsa la motivación de los actos administrativos que declaran la caducidad, las multas y la cláusula penal de un contrato en si mismo ilegal y espurio y por ende ineficaz por obra de los propios representantes de la entidad contratante. No apreció el Tribunal y ni siquiera analizó que repugna al ordenamiento jurídico declarar siniestros bajo la póliza de cumplimiento que se obtuvo como parte del entramado criminal con engaño del Asegurador, pues el seguro así expedido es absolutamente ineficaz*” (fl. 18 recurso, índice 258 SAMAI tribunal).

7) Los actos que dependan exclusivamente de la voluntad del tomador y su dolo y culpa grave no son asegurables y, en este caso, el contrato de seguro se usó para encubrir un acuerdo ilícito entre el contratista y el beneficiario y cubrir las catastróficas consecuencias económicas de los múltiples delitos cometidos en desarrollo del contrato de obra número 071 de 2008 y sobre la base de dicho negocio se edificaron los actos administrativos demandados.

8) En la cláusula cuarta del contrato de seguro se previó que, ante la coexistencia de seguros, la indemnización sería distribuida entre los aseguradores en proporción a la cuantía de los respectivos seguros; el coaseguro es una modalidad de coexistencia de seguros según el artículo 1095 del Código de Comercio. En la contestación de la demanda, el IDU confesó su aquiescencia y conocimiento de la existencia del coaseguro (página 17). De este coaseguro no se desprende una obligación solidaria sino conjunta y la responsabilidad de la compañía se limita al importe que no hubiere sido satisfecho, según la estipulación número 5 de la póliza.

9) El artículo 1596 del Código Civil sustenta la obligación de reducir el monto de la cláusula penal por el cumplimiento parcial del contrato de obra.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, la Sala encuentra que operó la caducidad de la acción y la declarará de oficio, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) jurisdicción y competencia para conocer del asunto, (iii) caducidad de la acción respecto de las pretensiones de nulidad del contrato de seguro, (iv) eficacia del contrato de seguro y existencia de riesgo asegurable, (v) ausencia de prueba de desviación de poder y de falsa motivación, (vi) proporcionalidad de la cláusula penal en favor del asegurador del cumplimiento del contrato, (vii) coaseguro a cargo de Seguros Colpatria SA y sus efectos, (viii) restablecimiento del derecho y, (ix) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda se dirigió a obtener la nulidad y/o la ineficacia del contrato de seguro contenido en la póliza número 00013747 expedida por Segurexpo de Colombia SA que amparó el contrato 071 de 2008 suscrito entre el IDU y la Unión Temporal GTM para la intervención de una determinada zona de la malla vial arterial de Bogotá DC, sobre la base de estimar que el contrato de obra fue adjudicado de manera fraudulenta por haberse coludido la entidad con uno de los oferentes y, de igual manera, porque la interventoría fue irregularmente asignada a una empresa del contratista y se permitió la indebida apropiación del anticipo mediante maniobras fraudulentas; asimismo, se persigue la nulidad de unos actos administrativos contractuales a través de los cuales la entidad pública contratante impuso multa al contratista, declaró la caducidad del contrato e hizo efectivo el amparo de anticipo del contrato con sustento en que las irregularidades del contrato viciaron estos actos contractuales, se violó el debido proceso, no se notificó a la aseguradora de la agravación del riesgo, se omitió aplicar en forma proporcional la cláusula penal pecuniaria en atención al porcentaje de cumplimiento contractual, se desconoció la existencia del coaseguro del 15% del riesgo a cargo de Seguros Colpatria SA, se hicieron efectivas unas obligaciones inciertas y sin liquidación previa del contrato sin certeza sobre la cuantía del daño patrimonial sufrido por la entidad.

El tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda por considerar que no hay prueba de la nulidad del contrato de seguro, la compañía aseguradora tenía la carga de supervisar el estado del riesgo, fue vinculada a los procedimientos administrativos con antelación a la expedición de los actos administrativos contractuales demandados, no se probó la modificación del estado del riesgo, los actos no fueron falsamente motivados, el coaseguro no es oponible al IDU quien no lo consintió ni se dejó constancia de este en la póliza, se hicieron efectivos los amparos dentro de los límites asegurados y, no hay prueba del desconocimiento por parte de la demandada de las estipulaciones legales y contractuales que rigen la expedición de los actos unilaterales cuestionados.

En el recurso de alzada la parte demandante Segurexpo de Colombia SA insiste en la nulidad del contrato de seguro o en su ineficacia por inexistencia de riesgo asegurable como consecuencia de la comisión de delitos para la adjudicación y durante la ejecución; también recaba en la nulidad de los actos contractuales por la misma circunstancia, ausencia de comunicación al asegurador sobre la agravación del riesgo, necesidad de aplicación proporcional de la cláusula penal, existencia de un coaseguro que impide cobrar el 100% del siniestro a esa compañía e inasegurabilidad de los actos meramente potestativos y del dolo o culpa grave.

La Sala modifica la sentencia de primera instancia, para declarar probada, de oficio, la excepción de caducidad de la acción en relación con las pretensiones de nulidad del contrato y declara parcialmente la nulidad de los actos administrativos demandados en tanto desconocieron el porcentaje de participación de Segurexpo de Colombia SA en la póliza de cumplimiento del contrato número 71 de 2008 suscrito entre el IDU y la Unión Temporal GTM y la existencia de coaseguro a cargo de Seguros Colpatria SA; se mantiene la decisión adversa a las demás súplicas por ausencia de acreditación de los cargos de nulidad de los actos administrativos contractuales demandados y toda vez que la cláusula penal se pactó para eventos de incumplimiento total o parcial, por lo cual no procede reducirla proporcionalmente.

2. Jurisdicción y competencia para conocer del asunto

- 1) En los términos del artículo 82 del Decreto-ley 01 de 1984, norma vigente para la época de presentación de la demanda, la jurisdicción de lo contencioso administrativo estaba instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de los particulares que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado¹.
- 2) La referida disposición, a partir de la reforma introducida por la Ley 1107 de 2006 adoptó un criterio eminentemente orgánico para la determinación de los asuntos sometidos al control de esta jurisdicción, de modo que, es la naturaleza de los concernidos en el litigio la que determina su asignación a la jurisdicción especializada para juzgar los litigios en los que hacen parte las entidades públicas.
- 3) En ese contexto, aunque en los términos del artículo 1037 del Código de Comercio² la entidad estatal asegurada o beneficiaria de la póliza única de cumplimiento de contratos estatales no es parte del contrato de seguro correspondiente, pues solo fungen como extremos de la relación contractual (i) el asegurador, quien asume los riesgos y (ii) el tomador quien por cuenta propia o ajena los traslada al primero, posición esta última que, tratándose de las garantías de cumplimiento que amparan los contratos estatales es asumida por el contratista, ello no es óbice para que el asunto esté asignado a esta jurisdicción por la sencilla pero suficiente razón de ser el demandado el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, establecimiento público del orden distrital.
- 4) En consecuencia, con independencia de las pretensiones que se ventilan, que para el caso concreto corresponden a la nulidad de un contrato de seguro, la nulidad de unos actos administrativos contractuales y el consecuencial restablecimiento del derecho, la participación como extremo pasivo de la

¹ Decreto Ley 01 de 1984, modificado por la Ley 1107 de 2006. “La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.”.

² Código de Comercio, “Artículo 1037.- Son partes del contrato de seguro: 1. El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y 2. El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.”.

controversia del Instituto de Desarrollo Urbano IDU constituye criterio irrefutable de asignación del caso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5) De otro lado, la sentencia apelada fue proferida por un tribunal administrativo, competente funcional para conocer el caso por razón de la cuantía, por lo cual esta Corporación es la llamada a conocer del recurso de alzada en aplicación del artículo 129 del CCA³.

3. Caducidad de la acción respecto de las pretensiones de nulidad del contrato de seguro

1) El artículo 136 numeral 10 del CCA es la norma aplicable para la contabilización de la caducidad de la acción en este preciso asunto por ser la disposición legal vigente al momento del inicio del cómputo correspondiente, la cual está redactada en los siguientes términos:

“Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...).

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la

³ Decreto-ley 01 de 1984, artículo 129. “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.”.

jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (...).

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento. (se destaca).

2) La referida norma es aplicable al presente caso porque el contrato de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales contenido en la póliza número 00013747 se perfeccionó con la expedición de la póliza correspondiente, lo cual tuvo lugar el 30 de diciembre de 2008 y su vigencia fue inferior a dos (2) años, hasta el 9 de enero de 2009 (fl. 23, archivo 32_250002326000201200936001RECIBEMEMORIAL2021223124122_TCDesca rgaTotalItem133077502634837403, cd fl. 390 cdno. 2)

3) Por consiguiente, la acción de nulidad absoluta y/o relativa tendiente a cuestionar la validez del negocio jurídico correspondiente caducó el 31 de diciembre de 2010, una vez transcurridos dos (2) años desde el perfeccionamiento del contrato; por lo tanto, como la demanda se presentó el 6 de junio de 2012 (fl. 3 cdno. 1) no fue oportuna. Se precisa que para la contabilización del término no es relevante la vigencia de los amparos otorgados.

4) El tribunal de primera instancia consideró que las súplicas de la demanda fueron promovidas en tiempo porque a estas se les aplica el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro; contrario a ese entendimiento, para efecto de cuestionar la validez del contrato existe norma expresa en el ordenamiento que regula de modo especial y específico los asuntos propios de esta jurisdicción que dispone el límite temporal para demandar la nulidad del contrato. Sobre este particular aspecto, la Sala precisa que el artículo 1081 del

Código de Comercio regula la extinción de los derechos sustanciales derivados del contrato de seguro por el paso del tiempo, cuestión esta distinta al término de caducidad perentorio dentro del cual deben ejercerse las acciones judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sobre este aspecto la Sala precisa que los términos de caducidad para el ejercicio del derecho de acción y de prescripción de las acciones derivadas del contrato no se excluyen entre sí, como pareció entenderlo el Tribunal, sin embargo, en este caso el que resultaba aplicable para acudir a la jurisdicción era el de caducidad.

5) Esta Corporación ha reiterado la diferencia entre el fenómeno jurídico procesal de la *caducidad del medio de control judicial* que se activa como término máximo de orden público previsto para judicializar un conflicto, incluidos los derivados de contratos de seguro (artículos 136 del CCA aplicable a este caso) y la *prescripción extintiva de los derechos sustanciales* derivados del contrato (artículo 1081 del Código de Comercio)⁴; particularmente, como se sostuvo en precedencia, “*el régimen de caducidad de la acción contenciosa administrativa no suplanta al de la prescripción extintiva, pues se trata, como la Corporación lo ha dicho en diversas oportunidades, y como lo apuntala la doctrina, de fenómenos jurídicos diferentes*”⁵.

6) En ese ámbito de comprensión, se reitera, el análisis temporal de la caducidad se aplica para efectos de analizar el ejercicio oportuno de la acción para lo cual es presupuesto que la demanda se haya promovido dentro del plazo perentorio y de orden público previsto para efecto, lo cual habilita al juzgador para decidir de fondo y, en caso contrario, para declarar de oficio la excepción correspondiente. De otro lado, la prescripción está relacionada con el derecho sustancial en debate, en tanto se refiere a la posible extinción del derecho en litigio por el paso del término legal dispuesto para el efecto, con independencia de la presentación oportuna de la demanda y debe ser alegado por quien pretende beneficiarse de esta.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de diciembre de 2017, Exp. 54.635, MP Marta Nubia Velásquez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de febrero de 2009, radicación número: 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609), MP Mauricio Fajardo Gómez, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp. 88001233300020210002801 (69.993), MP José Roberto Sáchica Méndez.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2021, radicación número 25000-23-36-000-2012-00436- 01(50761), MP José Roberto Sáchica Méndez

7) En consecuencia, la consagración legal de un término de prescripción especial para las acciones derivadas del contrato de seguro no hace inaplicable el término de caducidad en los procesos en que se discuten derechos relacionados con este tipo de negocios, sino que se trata de dos instituciones jurídicas que regulan aspectos distintos.

8) Precisado lo anterior se tiene que la validez del contrato solo es susceptible de ser cuestionada por vía judicial dentro de los dos (2) años posteriores al perfeccionamiento del negocio, sin perjuicio de que los derechos sustanciales derivados del contrato estén sometidos a un plazo extintivo que se contabiliza de manera diferente. Por tal razón, en este particular caso operó la caducidad de la acción en relación con las súplicas encaminadas a obtener la nulidad absoluta y relativa del contrato de seguro; la ocurrencia de este fenómeno procesal, de orden público, debe declararse aun oficiosamente y así lo hará la Sala, lo cual la releva de analizar los cargos de nulidad esgrimidos en contra del contrato de seguro.

9) Contrario a lo anterior, los actos administrativos contractuales proferidos en la ejecución del contrato de obra número 71 de 2008 suscrito entre el IDU y la Unión Temporal GTM podían ser cuestionados de conformidad con la regla prevista en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, esto es, desde el vencimiento del plazo para liquidar el contrato por tratarse de un negocio de ejecución sucesiva; en tal sentido, a partir de la firmeza de la Resolución número 4401 de 28 de octubre de 2011 por la cual se declaró la caducidad del contrato, se contabilizaron los términos para liquidarlo y, vencidos estos, las partes contaban con dos (2) años para cuestionar judicialmente los actos proferidos durante su ejecución; en tal virtud, la demanda presentada el 6 de junio de 2012 (fl. 3 cdno. 1) por la Segurexpo de Colombia SA, legitimada para hacerlo en su condición de asegurador del contrato afectado con dichas decisiones, fue oportuna en lo relativo a la pretensión de nulidad de actos contractuales, por lo cual se resuelve la alzada en la parte correspondiente.

4. Eficacia del contrato de seguro y existencia de riesgo asegurable

1) La parte apelante estima que el contrato de seguro es ineficaz en los términos del artículo 897, 1045 y 1501 del Código de Comercio, por ausencia del elemento

esencial del contrato consistente en la existencia de un riesgo asegurable, el cual no podía consistir en el dolo, la culpa grave o en los actos meramente potestativos del tomador.

2) Contrario a ese entendimiento, en el contrato de seguro de cumplimiento en favor del IDU contenido en la referida póliza de seguro número 00013747 se amparó el cumplimiento del contratista del contrato estatal de obra número 71 de 2008, el buen manejo del anticipo, las prestaciones sociales, la estabilidad de la obra, la calidad de los trabajos y del servicio (fl. 23 archivo 32_250002326000201200936001RECIBEMEMORIAL2021223124122_TCDesca rgaTotalItem133077502634837403, cd fl. 390 cdno. 2), amparos que no incluyen la asunción de un riesgo no asegurable.

3) Por ende, no existen razones para concluir que el contrato de seguro objeto de la controversia es parcial o totalmente ineficaz; en consecuencia, no prospera el cargo de nulidad de los actos contractuales demandados formulado sobre la base de la supuesta inoperancia o inaplicabilidad del contrato de seguro.

4) Ahora bien, resulta especialmente relevante insistir en que el contrato de seguro objeto de la presente litis corresponde a uno de cumplimiento, en el cual la aseguradora amparó específicos riesgos relacionados con la conducta del contratista de obra y no se excluyó de cobertura la eventual comisión de conductas punibles por parte del tomador o de los trabajadores de la entidad pública asegurada.

5) Ahora bien, la reticencia del tomador (artículo 1058 del Código de Comercio⁶) como causal de nulidad relativa del negocio no fue alegada dentro del término legal, según se estableció en precedencia, razón por la cual no hay lugar a analizar los argumentos de la parte demandante que están sustentados en dicha

⁶ Código de Comercio, “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 (...).

disposición normativa.

6) Por su parte, la inasegurabilidad del dolo, de la culpa grave o de los actos meramente potestativos del tomador (artículo 1055 *ibidem*⁷) corresponde a un límite de la responsabilidad del asegurador que no es aplicable al seguro de cumplimiento en el cual, a través del pago de una prima, se traslada el riesgo de incumplimiento del contratista a un tercero asegurador, por lo cual, entender que el incumplimiento que se ampara es solamente el que no depende de la voluntad del contratista ni de su actuación dolosa o gravemente culposa, correspondería a una interpretación contraria a la finalidad del negocio jurídico, por el hecho de quedar entonces desprovista la entidad contratante de un marco real de cobertura, en otras palabras, no existiría en realidad un riesgo a cargo por el asegurador si le resulta posible excepcionar la conducta del contratista como un riesgo no asegurado.

7) En esa línea de comprensión, lo asegurado a través de las garantías de cumplimiento es, precisamente, el hecho objetivo del cumplimiento del contratista, de modo que la exigibilidad de los amparos otorgados por el asegurador no puede depender de que la conducta de quien da lugar a la materialización del riesgo (incumplimiento) no sea dolosa, gravemente culposa o derivada de un acto potestativo del tomador, sin soslayar la propia esencia y finalidad de este tipo de seguros.

8) Un entendimiento contrario implicaría entender que en aquellos eventos que involucran actos dolosos del tomador, el asegurado queda desprotegido y por ende, vaciado de contenido el contrato de seguro.

9) Al respecto, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 15 de agosto de 2008, expediente 11001-31-03-016-1994-03216-01 precisó que la garantía contenida en el contrato de cumplimiento corresponde precisamente a la asunción del riesgo derivado de la conducta del afianzado, aspecto particular a tenerse en cuenta al establecer el alcance y restricciones de este tipo de garantía, para lo cual razonó de la siguiente manera:

⁷ *Ibidem. “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.”.*

7. Quiérese significar, luego de las trasuntadas reseñas que en el ordenamiento patrio esa especie de contrato, sin abandonar el ámbito propio de la relación asegurativa, envuelve en lo general una particular modalidad de garantía o caución.

Más exactamente: que en el trasfondo, **concertar un acuerdo alrededor de un contrato de seguro de cumplimiento, respecto a cualquier clase de obligación o regla de conducta, implica nada más ni nada menos que activar una garantía, es lograr que una entidad que ejerce profesionalmente la actividad aseguradora, caucione, aunque por cuenta propia, el proceder del afianzado y ante la eventualidad de que este no cumpla la obligación adquirida, aquella concurra a proveer sobre los efectos nocivos del incumplimiento, ora del proceder díscolo del deudor.** Deviene, entonces, en ese concreto contexto, que la obligación del asegurador es el mecanismo del que se vale el acreedor para obtener la seguridad (garantía o caución) de quien concurrió a respaldar al deudor de que su patrimonio sobrevendrá indemne.

8. A partir de lo asentado, puede sostenerse, complementariamente, que abordar el examen de un contrato de seguro de cumplimiento, a propósito de evidenciar el querer de las partes, ha de realizarse, desde luego, en lo pertinente y en lo que sea compatible atendiendo su tipología, bajo la óptica o espectro de las normas que gobiernan el seguro, ya en lo particular como en lo general; como por ejemplo, las condiciones de la póliza, vigencia de la obligación de la aseguradora, coberturas, etc. En otras palabras, dicha modalidad asegurativa, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art. 7 ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende, caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie.

Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes asegurativos; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (Art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938).” (se destaca).

- 10) Similar interpretación del asunto ha acogido en forma reiterada la Sala de Casación Penal de la misma Corporación que, en sentencia de 1 de septiembre de 2021, proferida en el marco del recurso extraordinario de casación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín mediante la cual se le negó la DIAN -quien actuó como víctima en un proceso penal que

tuvo como origen la irregular devolución del IVA obtenida por particulares mediante la simulación de operaciones comerciales- la reparación de los daños sufridos por parte de las compañías aseguradoras que ampararon el cumplimiento de las condiciones legales para acceder a la devolución el tributo y solo se condenó a los contribuyentes involucrados. En ese específico asunto, luego de analizar sus propios precedentes sobre esa materia, reiteró que “*en el seguro de cumplimiento el riesgo asegurable es el eventual incumplimiento de la obligación del tomador “afianzado”, lo cual incluye tanto su culpa grave como sus actos potestativos, entre los que, por su puesto, se cuenta el dolo*”⁸, argumento que constituyó la *ratio decidendi* con la cual resolvió casar la sentencia y condenar a las aseguradoras involucradas.

11) Por su parte, los alegados actos de corrupción en los que se pretende sustentar la supuesta falta de agravación del estado del riesgo corresponden a hechos acaecidos desde la misma génesis del contrato estatal afianzado y, por ende, no constituyen agravación del riesgo no informada al asegurador.

12) En ese contexto, los argumentos de la parte apelante que se sustentan en la alegación de que no fue informado de la agravación del riesgo derivada de la posible existencia de actos de corrupción y de que el dolo del contratista y de los servidores del IDU estaba excluido del seguro de cumplimiento, no son atendibles y, por consiguiente, no prosperan.

5. Ausencia de prueba de desviación de poder y de falsa motivación

1) En cuanto a este otro particular aspecto de la alzada, la Sala precisa que no hay ninguna evidencia que acredite que los actos administrativos demandados fueron expedidos en contravía de la finalidad que le corresponde al IDU como entidad contratante y encargada de velar por la correcta ejecución del negocio; no existen elementos de juicio que permitan indicar que las decisiones demandadas estuvieron motivadas por finalidades diferentes a las del buen servicio o falsas. La sola existencia de decisiones judiciales de condena en contra de los involucrados en la contratación no vicia los actos contractuales proferidos en el curso de un contrato de obra cuya legalidad no se discute en este asunto al

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 1 de septiembre de 2021, exp. 51168, rad. CUI11001-60-00000-2012-00299-01, MP Patricia Salazar Cuéllar.

cual no fueron vinculados todos los extremos de dicha relación negocial.

2) Puntualmente, no se aportó ninguna prueba de que los actos administrativos demandados fueron utilizados en forma indebida para encubrir un acuerdo ilícito entre el asegurado y el beneficiario; *contrario sensu*, dichas decisiones administrativas se sustentan en precisos y específicos incumplimientos del negocio jurídico que se atribuyen al contratista, las cuales no fueron discutidas por Segurexpo de Colombia SA y tampoco desvirtuadas.

3) Por lo tanto, las decisiones penales de condena proferidas en contra de los involucrados en la contratación por parte del IDU y de los contratistas no tienen incidencia en la validez de los actos administrativos contractuales demandados; por tal razón, el hecho de que la sentencia de primera instancia no se hubiera detenido en forma pormenorizada en el análisis de dichas sentencias no controvierte la decisión adversa a las súplicas de nulidad correspondientes, motivo suficiente para mantener la decisión del *a quo* en relación con este específico aspecto de la controversia.

6. Proporcionalidad de la cláusula penal en favor del asegurador de cumplimiento del contrato

1) En relación con este otro elemento de la impugnación objeto de análisis, se tiene que en la estipulación 23 del contrato número 71 de 2008 suscrito entre el IDU y la Unión Temporal GTM se pactó una cláusula penal pecuniaria en caso de declaración de caducidad del contrato o de incumplimiento parcial o total, en la siguiente forma:

"En caso de declaratoria de caducidad y/o incumplimiento parcial o total del contrato, el CONTRATISTA pagará al IDU, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total del mismo. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el CONTRATISTA cause al IDU. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para demandar, ante el juez del contrato, la indemnización integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la cláusula penal. El valor de esta cláusula penal se descontará de los pagos pendientes a favor del contratista, o en su defecto se hará efectivo el amparo de cumplimiento de la garantía única." (fl. 27, 33_250002326000201200936002RECIBEMEMORIAL2021223124 122_TCDescargaTotalItem133077502550659804, CD fl. 390 cdno. 2 – negrillas adicionales).

2) De conformidad con lo transrito, es claro que la cláusula penal pactada tuvo por objeto tasar, anticipadamente, el valor de los perjuicios causados al IDU en caso de declaración de (i) caducidad del contrato, (ii) incumplimiento total o (iii) incumplimiento parcial, en el equivalente al 30% del valor total del contrato.

3) Mediante la Resolución número 3455 de 28 de julio de 2011, el IDU declaró la caducidad del contrato e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por el 30% del valor total del contrato equivalente a \$28.016.023.941 y afectó el amparo de cumplimiento de la garantía contractual; la sociedad H&H Arquitectura SA repuso con el fin de que, entre otros aspectos, se aplicara la reducción proporcional prevista en el artículo 1596 del Código Civil, argumento que no fue resuelto en la Resolución 4401 de 28 de octubre de 2011 por el cual se decidió el recurso.

4) La Sala verifica que, en efecto, el artículo 1596 del Código de Comercio prevé la reducción de la pena por cumplimiento parcial de las obligaciones:

“ARTÍCULO 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

5) En relación con la aplicación de la referida disposición normativa al seguro único de cumplimiento que ampara los contratos estatales la Sala ha precisado que para tal efecto es necesario analizar el contenido y alcance de la cláusula penal pactada por las partes, las obligaciones cuyo incumplimiento dan lugar a su aplicación y si este puede verificarse de manera parcial, en los siguientes términos⁹:

“En esta materia la doctrina indica claramente que la reducción implica tener en cuenta la forma como fue pactada la estipulación, determinar a qué obligación u obligaciones se refiere y establecer si la obligación concernida puede cumplirse de manera parcial, así:

‘En la regulación de la cláusula penal está contemplada la posibilidad de su rebaja, concebida sobre un principio de mera equidad, para los eventos de cumplimiento parcial de la obligación (...).

En este frente resulta útil señalar entonces que, en principio, cuando el deudor realice pago parcial de la obligación garantizada, tiene derecho a pedir la reducción proporcional de

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2023, exp. 67.430, CP Fredy Ibarra Martínez, con salvamento de voto de Martín Bermúdez Muñoz. En el mismo sentido, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2023, exp. 68.254, CP Fredy Ibarra Martínez.

la pena pactada para el evento de incumplimiento de dicha obligación, lo que a su vez implica y exige, necesariamente, la división de ésta; pero, como lo ha señalado la doctrina, la precitada regla es inaplicable al menos en dos hipótesis: (i) cuando alguna de las dos obligaciones –la principal (garantizada) o la accesoria (la pena)– es naturalmente indivisible; y (ii) cuando aun siendo una u otra divisible, se pacta expresamente que la pena se aplicará para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación.

En relación con el primer escenario –el carácter invisible de la cláusula penal– se afirma, con razón, a manera de regla general, que la naturaleza divisible o indivisible de la obligación principal determina, correlativamente, la divisibilidad o indivisibilidad de la pena y, por consiguiente, la posibilidad de reducción o no de la misma; en ese sentido, Ospina Fernández señala que: ‘La naturaleza de la obligación principal, según que esta sea divisible o no, determina, en principio, régimen análogo para la obligación penal accesoria. Si aquella versa sobre un objeto natural o jurídicamente divisible, la pena también lo será, desde luego si ella consiste en una prestación susceptible de división. Por el contrario, si la obligación principal es natural o jurídicamente indivisible, en principio la pena sigue el mismo régimen’.

Por su parte, la segunda eventualidad es una clara consecuencia de la autonomía negocial que tienen las partes para determinar, ellas mismas, los términos y el alcance de la cláusula penal que pactan, en la medida en que, independientemente del carácter divisible o no de una u otra obligación, lo cierto es que cuando la pena se pacta en esos términos, vale decir, para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación, puede ésta ser cobrada en su totalidad incluso frente al evento de cumplimiento parcial de la obligación principal por parte del deudor, sin habilitar la posibilidad de reducción en los términos consagrados en el artículo 1596 del Código Civil; es que en el marco de la autonomía de la voluntad, no es lo mismo pactar, respecto de una determinada obligación –principal–, que en caso de incumplimiento –sin distinción alguna– o de incumplimiento total, se causará una pena de determinado valor, que pactar, en relación con la misma obligación –principal–, que en caso de incumplimiento total o parcial de la misma –cualquiera de los dos eventos–; se causará una pena de determinado valor, pues en el primer evento cabe la posibilidad de rebaja proporcional, ya que tiene sentido entender que a incumplimiento total, pena total, y a incumplimiento parcial, pena parcial, pero sin que ocurra lo mismo en el segundo, porque las partes acordaron, que para el caso de incumplimiento, tanto total como parcial, los perjuicios se estimaban en la misma suma plasmada en la cláusula penal correspondiente”. (resalta la Sala).

- 6) En este preciso caso, aunque el objeto del contrato correspondió a la ejecución de obras y actividades en la malla vial de un específico sector de Bogotá DC, a precios unitarios, objeto que era materialmente divisible en tanto implicaba la

ejecución de determinados ítems a unos valores individuales previamente fijados; la pena es aplicable ante el incumplimiento total o parcial.

7) En ese contexto, en este preciso caso, en atención a la forma en que se estipuló la cláusula penal pecuniaria en un determinado porcentaje del valor del contrato y su aplicabilidad aún en casos de incumplimiento parcial, la ejecución parcial del contrato no otorga derecho a la reducción pretendida, debido a que las partes, en ejercicio de su autonomía, regularon los eventos de procedencia y cuantía. Por ende, aplicar una pena inferior a la pactada cuando se configuró el supuesto de hecho previsto por las partes (incumplimiento parcial) devendría en el desconocimiento del negocio jurídico que en forma autónoma acordaron celebrar.

8) Por consiguiente, se confirma la sentencia de primera instancia en tanto denegó las súplicas tendientes a obtener la reducción proporcional de la cláusula penal por cumplimiento parcial.

7. Coaseguro a cargo de Seguros Colpatria SA y sus efectos

De otra parte, Segurexpo de Colombia SA discute que no asumió el 100% de los riesgos derivados del contrato estatal de obra objeto de la controversia, aspecto en el cual insiste en el recurso de alzada; la Sala verifica que le asiste razón y prospera este punto del recurso por lo siguiente:

1) En la póliza número 0013747 objeto de debate se precisó, en forma expresa e inequívoca, que Seguros Colpatria SA fungió como coaseguradora del 15% del riesgo, tal como consta en la carátula de la póliza:

Expediente: 25000-23-26-000-2012-00936-01 (69.029)

Demandante: Segurexpo de Colombia SA

Controversias contractuales

FECHA EXP. 09/01/2009	SUCURSAL Bogotá	RAMO 01	POLIZA 00013747	CERTIFICADO 00023351	TIPO CERTIFICADO Nuevo
TOMADOR UNION TEMPORAL GTM	DIRECCION CARRERA 11 NO. 93A 85 OF. 602	AFIANZADO UNION TEMPORAL GTM	DIRECCION CARRERA 11 NO. 93A 85 OF. 602	ASEGUROADO INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU	DIRECCION CALLE 22 NO. 6 - 27
VALOR ASEGURADO				VIGENCIA DE POLIZA	
Valor Anterior 0	Aumento/Disminución 0	Valor Actual 98,998,899,609		Desde las 00:00 Horas 09/01/2009	Hasta las 24:00 Horas 06/07/2015
				VIGENCIA DE CERTIFICADO	
				Desde las 00:00 Horas 09/01/2009	Hasta las 24:00 Horas 06/07/2015
OBJETO: GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL CONTRATISTA EN VIRTUD DEL CONTRATO N° 71 DE 2008, CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADA CON LAS OBRAS Y ACTIVIDADES PARA LA MALLA VIAL ARTERIAL, INTERMEDIA Y LOCAL DE LOS DISTRITOS DE CONSERVACIÓN NORTE, CENTRO, SURORIENTE, SUR, SURESTE Y OCCIDENTE.					
GRUPO 3 SURORIENTE BANTA FE - CANDELARIA - SAN CRISTÓBAL - RAPHAEL URIBE					
NOTA: LA VIGENCIA DEL AMPARO DE ESTABILIDAD SERÁ DE 5 AÑOS A PARTIR DEL ACTA DE ENTREGA DE RECIBO A SATISFACCIÓN.					
EL AMPARO DE CALIDAD SE REFERIRÁ A LA CALIDAD DE MATERIALES Y PROCEDIMIENTOS CONSTRUCTIVOS SU VIGENCIA SERÁ DE DOS (2) AÑOS A PARTIR DEL ACTA DE RECIBO ANUAL DE LAS OBRAS POR PARTE DE LA INTERVENTORIA.					
EL AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO SE REFERIRÁ A LA CALIDAD DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS, Y SU VIGENCIA SERÁ DE DOS (2) AÑOS A PARTIR DEL ACTA DE RECIBO A APROBACIÓN DEFINITIVA POR PARTE DE LA INTERVENTORIA.					
UNION TEMPORAL GTM, INTEGRADA POR: GRANDE LAVORI FINCOSIT S.p.A. - PARTICIPACIÓN 35% - Código Fiscal 03120036379 TRANSLOGISTICS S.A. - PARTICIPACIÓN 40% - NIT 850 110 439-5 CONSTRUCTORA INCA LIMITADA - PARTICIPACIÓN 30% - NIT 830 030 856-1					
APROBADO FECHA: 20 ENE. 2009 <i>W/</i> Subdirector Técnico de Contratos y Convocatorias IDU <i>G...</i>					
AMPAROS		VALOR ASEGURADO	VIGENCIA	PRIMA	
CUMPLIMIENTO ✓	\$ 26,218,625,078	DESDE 30/12/2008 ✓	HASTA 02/01/2013 ✓	* 357,563,651	
ANTICIPO ✓	16,777,067,697	30/12/2008 ✓	03/07/2012 ✓	200,194,684	
PRESTACIONES SOCIALES ✓	4,360,937,513	30/12/2008 ✓	06/07/2015 ✓	64,085,433	
ESTABILIDAD DE LA OBRA ✓	26,218,625,078	30/12/2008 ✓	30/12/2013 ✓	445,977,884	
CALIDAD ✓	25,165,601,546	30/12/2008 ✓	30/12/2010 ✓	171,120,091	
CALIDAD DEL SERVICIO ✓	247,042,697 ✓	30/12/2008 ✓	30/12/2010 ✓	1,578,890	
INTERMEDIARIOS	Coaseguro Cedido		VALORES		
Intermediario %	Coasegurador %		TRM	1	
FIANZAHOS ASESORES DE SEGUROS LTDA 100,00	SEGUROS COLPATRIA S.A. 10,00		Prima Neto	\$ 1,240,627,213	
			Gastos Expedición	10,000	
			Subtotal	\$ 1,240,637,213	
			JVA	198,561,954	
			TOTAL	\$ 1,438,139,167	
Le monto en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anticipos que se expidan con fundamento en este, constituirá la terminación automática del contrato y débito directo al asegurado para seguir el pago de las demás y de los gastos causados con ejecución de la expedición del mismo.					
Usuario Cargó: Amparo Martínez Usuario Expedió: Amparo Martínez					

2) De igual manera, en documento adicional se dejó constancia expresa del contrato de coaseguro y de sus porcentajes de participación en el riesgo y en la prima correspondiente, en los siguientes términos:

CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES			
TOMADOR	UNION TEMPORAL GTM	NIT	900258948-1
ASEGUROADO	INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU	NIT	899 999 081-8
LA PRESENTE CLAUSULA HACE PARTE INTEGRANTE DE LA CARATULA DE:			
POLIZA N°.	00013747		
CERTIFICADO N°.	00023351		

CLAUSULA DE COASEGURO CEDIDO
EL AMPARO CONTENIDO EN LA PRESENTE POLIZA NO OTORGAR Y SUSCRIBEN LAS COMPAÑIAS ABAJO INDICADAS, EN EL PORCENTAJE CORRESPONDIENTE PARA CADA UNA, SEGÚN EL CUADRO A CONTINUACIÓN
LAS OBLIGACIONES DE LAS COMPAÑIAS ASEGURADORAS PARA CON EL ASEGURADO NO SON SOLIDARIAS Y SE LIMITAN AL PORCENTAJE RESPECTIVO.

COASEGURADOR	% PARTIC.	VALOR ASEGUARADO	VALOR PRIMA
SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.	65%	\$4 149 064,688,00	1.054.533.131,65
SEGUROS COLPATRIA S.A.	15%	14.849.534,941,00	165.064.062,00
TOTAL :	100 %	98,998,899,609,00	1.240.627.213,00

LA ADMINISTRACIÓN Y ATENCIÓN DE LA POLIZA CORRESPONDE A SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. LA CUAL RECIBIRA DEL TOMADOR LA PRIMA TOTAL PARA DISTRIBUILLA ENTRE LAS COMPAÑIAS COASEGUADORAS EN LAS PROPORCIONES INDICADAS ANTERIORMENTE EN LOS SINISTROS. SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. PAGARA UNICAMENTE LA PARTICIPACIÓN PORCENTUAL SEÑALADA ANTERIORMENTE Y DEMAS, UNA VEZ RECIBIDA LA PARTICIPACIÓN CORRESPONDIENTE A LAS OTRAS COMPAÑIAS, LE ENTREGARA AL ASEGURADO, SIN QUE EN NINGÚN MOMENTO SE HAGA RESPONSABLE POR UN PORCENTAJE MAYOR AL DE SU PARTICIPACIÓN.

TODAS LAS DEMAS CONDICIONES GENERALES DE LA POLIZA NO MODIFICADAS POR EL PRESENTE ANEXO CONTINÚAN VIGENTES.

PARA CONSTANCIA SE FIRMA LA PRESENTE CLAUSULA DE COASEGURO EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C., A LOS NUEVE (9) DÍAS DEL MES DE ENERO DE 2009.

J. A. Martínez
SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.
 Firma Autorizada
Carbomil
COLPATRIA
GERENCIA NACIONAL
DE CUMPLIMIENTO
 SEGUROS COLPATRIA S.A.
 Firma Autorizada

3) En ese contexto, está probado 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 así¹⁰:

“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 distintas entre sí, aun cuando todas ellas tienen como objeto amparar la totalidad de idéntico interés, sin que entre ellos se presente distribución del riesgo.” (negrillas adicionales).

4) En ese contexto, en el presente asunto no se trató, entonces, de un acuerdo o negocio privado entre las compañías en virtud del cual se hubiera reasegurado el riesgo o de la concurrencia de seguros, sino de un verdadero coaseguro; ahora bien, como este quedó estipulado desde la expedición de póliza no es admisible el argumento de defensa del IDU correspondiente a la alegada inoponibilidad de este, pues, siempre lo conoció.

5) Por lo tanto, Segurexpo de Colombia SA solo es responsable frente al IDU por el 85% del riesgo, lo cual impone declarar parcialmente nulo el artículo sexto de la Resolución número 3455 de 28 de julio de 2011 en relación con la cuantía del valor de la cláusula penal que se hizo efectiva en contra del Segurexpo SA y la Resolución 4401 de 28 de octubre de 2011 que confirmó tal decisión, para efecto de determinar que dicha compañía solo responderá por el 85% de la indemnización que corresponda.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 6 de noviembre de 2020, exp. 49.612, CP José Roberto Sáchica Méndez.

6) De igual manera, el cargo también prospera en relación con la pretendida nulidad de artículo tercero de la Resolución 3211 de 19 de octubre de 2010¹¹ y su confirmatoria 1383 de 25 de marzo de 2011, por las cuales el IDU le impuso una multa al contratista y ordenó hacer efectiva la garantía por el valor total correspondiente, lo mismo que el artículo tercero de la Resolución número 3323 de 15 de julio de 2011¹² y de la Resolución 13747 que la confirmó, por las cuales se declaró el siniestro de indebido manejo del anticipo y se ordenó hacerlo efectivo en el 100% a cargo de Segurexpo de Colombia SA, en el entendido que solo asumió el 85% del riesgo. En efecto, como los referidos actos impusieron la obligación a la demandante de asumir el 100% del riesgo, se anulan parcialmente frente a ese específico aspecto y, en su lugar, se declara que solo le corresponde asumir el 85% de los siniestros correspondientes.

8. Restablecimiento del derecho

1) En consonancia con lo analizado y decidido en precedencia, a título de restablecimiento del derecho hay lugar a declarar que Segurexpo de Colombia SA solo está llamado a responder hasta el 85% del valor asegurado de la totalidad de los siniestros declarados en los actos administrativos cuya nulidad parcial se decreta, según lo expuesto en las consideraciones que anteceden respecto de cada uno de estos, lo cual se sintetiza de la siguiente forma:

Siniestro	Valor impuesto en los actos demandados	Reducción por coaseguro (-15%)	Valor a cargo de Segurexpo de Colombia SA en virtud de la presente sentencia
Cumplimiento (cláusula penal)	\$28.016.023.941	\$4.202.403.591	\$23.813.620.349

¹¹ "ARTÍCULO TERCERO. El valor de la multa impuesta a través de la presente resolución, deberá ser descontado por la Subdirección de Tesorería del IDU, o la dependencia que haga sus veces, de los pagos que deban realizarse a favor del contratista UNIÓN TEMPORAL GTM con cargo al contrato 71 de 2008, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo, para lo cual la Dirección Técnica de Gestión Contractual le remitirá copia de este acto administrativo y de la constancia de su ejecutoria.

Si ello no fuere posible, el valor de la penalidad se hará efectivo y deberá cancelarse por la Compañía Aseguradora Segurexpo de Colombia SA, con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única número 00013747, (...)” (fl. 35, multas.rar, 3211, índice 215 SAMAI tribunal – se resalta).

¹² "ARTÍCULO TERCERO. Declarar que la ocurrencia del siniestro será cubierta por la Garantía Única de Cumplimiento no. 00013747 expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA SA., en su amparo de manejo y correcta inversión del anticipo por un monto igual a CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCuenta MILLONES NOVECIENTOS NUEVE MIL CIENTO ONCE PESOS (\$5.850.909.111)." (fl. 30 resolución 3323, ibidem – negrillas de la Sala).

Anticipo	\$5.850.909.111	\$877.636.366	\$4.973.272.744
Cumplimiento (multa)	\$601.520.000	\$90.228.000	\$511.292.000

2) Segurexpo de Colombia SA pretende que se condene al IDU a restituir lo pagado con ocasión de las referidas resoluciones y al pago de intereses de mora; estas pretensiones no prosperan porque para acreditar lo pagado al IDU se aportó un dictamen pericial (índice 225 SAMAI tribunal) en el cual, previo análisis de los comprobantes de pago allegados, el experto determinó que Segurexpo de Colombia SA realizó dos pagos a la entidad por valor de \$5.061.459.956 y \$12.144.946.378 (fl. 43 dictamen, índice 225 SAMAI); como es evidente que la sumatoria de estos pagos es inferior a aquello que la aseguradora resulta a deber aún después de las nulidades que se decretan en este caso, no hay lugar a ordenar devolver suma alguna ni tampoco a reconocer los pretendidos intereses de mora liquidados por el perito porque no se causaron, máxime porque la nulidad de los actos demandados solo se configura a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, razón por la cual no podría predicarse mora a cargo del IDU.

3) Finalmente, Segurexpo de Colombia SA deprecia una indemnización con ocasión de “*los perjuicios que se le hayan ocasionado con la expedición irregular de las resoluciones mencionadas*”, sin embargo, no se acreditaron, por lo cual se niega la mencionada pretensión.

9. Costas.

En los términos del artículo 171 del CCA, aplicable a este asunto por razón de la fecha de presentación de la demanda, no se impone condena en costas toda vez que no se advierte una conducta procesal de las partes que así lo imponga.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Modifícase la sentencia de 25 de marzo de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección B, la cual queda así:

PRIMERO. Declárase probada, de oficio, la excepción de caducidad de la acción en relación con la pretensión primera principal dirigida a obtener la nulidad del contrato de seguro contenido en la póliza número 00013747 que aseguró el contrato estatal número 071 de 2008 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la Unión Temporal GTM.

SEGUNDO. Declárase parcialmente nulo el artículo tercero de la Resolución número 3211 de 2010 expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU por la cual se impuso una multa a la Unión Temporal GTM, únicamente en lo correspondiente al valor de esta que se ordenó hacer efectivo a cargo de la garantía única del contrato 071 de 2008 expedida por Segurexpo de Colombia SA.

TERCERO. Declárase parcialmente nula la Resolución número 1383 de 2011 expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, mediante la cual se confirmó la Resolución número 3211 de 2010, únicamente en cuanto confirmó el valor que se ordenó hacer efectivo a cargo de la garantía única del contrato 071 de 2008 expedida por Segurexpo de Colombia SA.

CUARTO. Declárase parcialmente nula la Resolución número 3323 de 2011 expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, mediante la cual declaró el siniestro de indebido manejo del anticipo, únicamente en relación con la cuantía que se ordenó hacer efectiva a cargo de la garantía única del contrato 071 de 2008 expedida por Segurexpo de Colombia SA.

QUINTO. Declárase parcialmente nula la Resolución número 169 de 2012 expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, mediante la cual se confirmó la Resolución número 3323 de 2011, únicamente en tanto confirmó la cuantía que se ordenó hacer efectiva a cargo de la garantía única del contrato 071 de 2008 expedida por Segurexpo de Colombia SA.

Expediente: 25000-23-26-000-2012-00936-01 (69.029)

Demandante: Segurexpo de Colombia SA

Controversias contractuales

SEXTO. En consecuencia, **declarárase** que Segurexpo de Colombia SA está obligado a indemnizar al IDU por razón de las resoluciones cuya nulidad parcial se decreta, las siguientes sumas de dinero:

- a) veintitrés mil ochocientos trece millones seiscientos veinte mil trescientos cuarenta pesos (\$23.813.620.349), por concepto de cláusula penal pecuniaria con cargo al amparo de cumplimiento del contrato.
- b) Cuatro mil novecientos setenta y tres millones doscientos setenta y dos mil setecientos cuarenta y cuatro pesos (\$4.973.272.744) con cargo al amparo de anticipo.
- c) Quinientos once millones, doscientos noventa y dos mil pesos (\$511.292.000) por concepto de multa con cargo al amparo de cumplimiento

NOVENO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

DÉCIMO. Sin costas.

2º) Abstiéñese de imponer condena en costas de segunda instancia.

3º) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aclara el voto
(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección

(firmado electrónicamente)
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.