

CONTRATOS DE SEGURO – Naturaleza

La naturaleza y regulación especial que aplica al contrato de seguro que tiene por objeto garantizar el cumplimiento del contrato estatal, la cual ha sido expuesta, de acuerdo con la normativa incorporada en la Ley 80 de 1993 [...] se precisarán algunos aspectos de la regulación y las atribuciones especiales de la Administración Pública en torno a la exigibilidad del amparo de estabilidad de la obra que se presenta después de la liquidación del contrato estatal y se tocará el punto de las normas del contrato de seguro del Código de Comercio que no son aplicables a los seguros de cumplimiento, por la especial condición del riesgo asegurable.

PÓLIZA AMPARO DE ESTABILIDAD DE OBRA – Vigencia

El Decreto 679 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993, vigente para la época en que se celebró el Contrato de Obra No. 374/94, estableció el amparo de estabilidad de obra como uno de los riesgos que debe amparar o cobijar la denominada garantía única de cumplimiento y exigió para el mismo una vigencia mínima de cinco [5] años [...] se ha reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado que el contrato de seguro de cumplimiento se rige primordialmente por las normas especiales que lo regulan y no le son aplicables todas las normas previstas para el contrato de seguro del Código de Comercio, si bien se lo reconoce como una clase de seguro de daños, bajo la normativa del citado Código Mercantil [...] dicha póliza tenía por objeto asegurar a la entidad contratante que la obra contratada se mantendría «en condiciones normales de uso» para la utilización y el servicio para el cual se ejecutó y no perdería «las características de armonía, seguridad y firmeza de su estructura» [...] las coberturas de los diversos riesgos amparados en la denominada garantía única de cumplimiento exigida en la citada Ley 80, se defirieron al contenido de la póliza establecida por la entidad aseguradora para el respectivo ramo de aseguramiento –en este caso el seguro especial denominado de cumplimiento- de tal manera que la póliza define y prueba el contenido del respectivo contrato de seguro y, por tanto, su clausulado de condiciones generales se debe tener como la «ley del contrato», a la cual se refiere el artículo 1602 del Código Civil y como fuente de interpretación sistemática del contrato de seguro de cumplimiento [...] las cláusulas ambiguas dictadas o elaboradas por la propia compañía aseguradora se deberán interpretar en su contra, siguiendo la regla del artículo 1624 del Código Civil, en tanto que –bueno es repetirlo- la propia aseguradora definió el contenido de las cláusulas del contrato desde el momento en que estableció el texto de la póliza matriz o de condiciones generales de los distintos amparos o riesgos en el respectivo ramo de aseguramiento

PÓLIZA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA – Carácter post contractual – Exigibilidad

Se observa que la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, enumeraron los distintos riesgos que debían ser amparados por la garantía única de cumplimiento, sin delimitar las condiciones de cada riesgo, como sí se especifica separadamente en la regulación recientemente expedida en la cual se observa que de acuerdo con el Decreto 1510 de 2013, reglamentario del sistema de compras y contratación pública, se establece el contenido del amparo correspondiente precisando que cubre los perjuicios en relación con «cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.» En relación con el inicio de la vigencia del amparo de estabilidad de obra se reconoce en la actual normativa la práctica que ya existía de exigir el aludido amparo a partir de la entrega de la obra, lo cual permite observar con claridad que el amparo respectivo se extiende para la etapa post contractual, más allá de la etapa de ejecución del contrato y se inicia a partir de la entrega y recibo de la obra contratada.

CAPACIDAD PARA SER PARTE – Aseguradora

Acerca de la intervención de la compañía aseguradora en el litigio iniciado en torno al incumplimiento del contrato estatal asegurado, se tiene que de acuerdo con los términos y condiciones en que el litigio sea planteado y las relaciones contractuales existentes entre las partes, la compañía aseguradora bien podría obrar en condición de parte, como litisconsorte o bien como tercero interesado [...] la participación de la compañía aseguradora dentro del proceso en condición de demandante, de demandada, de llamada en garantía, de litisconsorte necesario, de litisconsorte facultativo o coadyuvante, dependerá, según las circunstancias concretas del referido proceso judicial, de las relaciones jurídicas que se aleguen y acrediten, cuestión que deberá armonizarse con la específica forma de vinculación procesal que en cada caso se invoque, la cual delimitará el alcance de la sentencia en relación con sus intereses y/o pretensiones, teniendo en cuenta el principio de la congruencia y los límites de las facultades del Juez [...] Liberty Seguros S.A., fue llamada a integrar el contradictorio mediante el auto admisorio de la demanda y habiendo sido notificada presentó su escrito de contestación a la demanda en el cual adhirió a todas las pretensiones y hechos de la demanda siempre que no afectaran sus intereses de la

compañía, así como agregó sus pretensiones propias o autónomas en relación con las de la demanda, no obstante lo cual no presentó una demanda separada en relación con las citadas pretensiones propias

GARANTIA DE ESTABILIDAD DE OBRA PUBLICA – Amparo – Cubrimiento

El amparo otorgado claramente no se restringió a las edificaciones, como pretendió la aseguradora en el proceso, sino que se refirió a los deterioros de la obra imputables al contratista, que impidieran el servicio para el cual se ejecutó –que no era otro que el tratamiento de las aguas residuales-, con base en lo cual se impone concluir que en este caso se encontraba amparada la estabilidad de la planta de tratamiento de aguas como un sistema integral del cual hacían parte los equipos en cuanto a los fines, los propósitos y el servicio para el cual se contrató y ejecutó la obra, lo cual se apoya en que en el caso muy particular del Contrato No. 374/94 los equipos fueron indicados como parte de la obra y obviamente con ellos -y sólo gracias a ellos- se hacía posible el tratamiento de aguas residuales, para lo cual se contrató y se ejecutó la obra, concluyéndose así que necesariamente el amparo de estabilidad de obra contenido en la póliza No. 377080 cobijó, en este caso específico, el riesgo de los equipos en cuanto al deterioro – imputable al contratista- que impidiera el referido tratamiento de las aguas residuales

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00051-01(27505)

Actor: SOLEL BONEH INTERNATIONAL LIMITADA

Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación presentado por Liberty Seguros S.A., obrando como litisconsorte de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el diecisiete (17) de marzo de dos mil cuatro (2004), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Deniéguense las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 25 de octubre de 1999, la sociedad Solel Boneh International Ltd., en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo¹, solicitó las declaraciones que se relacionan a continuación, contra la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR²:

DECLARACIONES

“La NULIDAD simple y total de las Resoluciones números 462 de marzo 26 de 1999 y 1255 de agosto 6 de 1999, proferidas por el Señor Director General de la CORPORACION AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA –CAR- (...) resoluciones que declaran, la primera, la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra ejecutada en desarrollo del contrato de obra pública No. 374/94 celebrado entre la CAR y mi poderdante, la efectividad de la garantía de estabilidad de la obra que SOLEL BONEH INTERNATIONAL LTD, constituyó con “Latinoamericana de Seguros S.A.” y la obligación de la firma aseguradora de pagar a buena cuenta de dicha garantía la suma de trescientos treinta y seis millones seiscientos dos mil quinientos setenta y seis pesos (\$336'602.576), determinación confirmada por el segundo de los actos administrativos demandados al resolver negativamente el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora, actuación con la cual quedó agotada la vía gubernativa, como consta en el artículo segundo del mismo.”

Por su parte, Latinoamericana de Seguros S.A., hoy Liberty Seguros S.A., citada a integrar el contradictorio, contestó la demanda en calidad de litisconsorte, manifestó su adhesión a todas las pretensiones y hechos de la demanda y presentó sus propias pretensiones, así:

“PRIMERA: Que es nula la Resolución No. 462 del 26 de marzo de 1999, proferida por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –C.A.R.-, por medio de la cual se declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de obra amparado por las pólizas No. 377080 y 002000595 modificada ésta última por el certificado 00002000083, expedidas por la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A., a favor de Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, para garantizar los riesgos derivados de estabilidad de la obra, relacionados con la construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y obras complementarias del municipio de Funza Cundinamarca, y

¹ El Consejo de Estado mediante auto de fecha de 12 de enero de 2000 ordenó dar el trámite de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y enviar el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decisión que fue reiterada por la Corporación al desatar el recurso de súplica interpuesto por la parte demandada, mediante auto de 28 de septiembre de 2000.

² Creada por Ley 3 de 1961, modificada por las Leyes 62 de 1983 y 99 de 1993.

ordenó hacer efectiva la mencionada garantía por el monto de TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$336'602.576) y se toman otras determinaciones.

SEGUNDA: Que es nula la Resolución No. 1255 del 6 de agosto de 1999, proferida por el Director General de la CAR, por medio de la cual se confirma en todas sus partes la Resolución No. 462 de 1999.

TERCERA: Que es nula la Resolución No. 0902 del 1 de junio de 2000, por medio de la cual se modifica la resolución No. 462 del 22 de marzo de 1999.

CUARTA: Que como consecuencia de la nulidad de los actos enunciados anteriormente, se declare que Liberty Seguros S.A. no está obligada a cumplir con lo ordenado en los artículos Segundo y Tercero de la Resolución No. 462 del 26 de marzo de 1999, por los cuales se dispone:

“ARTICULO SEGUNDO: Hacer efectiva la Garantía de Estabilidad de Obra del contrato 374 de 1994 que SOLEL NONEH INTERNATIONAL LTD., constituyó con la Aseguradora Latinoamericana de Seguros S.A. mediante las pólizas ya citadas Nos. 377080 y 002000595, modificada ésta última por el certificado No. 00002000083, por un valor total de TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$336'602.576) M/CTE a favor de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA –C.A.R.- con una vigencia (sic) del 15 de abril de 1997 al 15 de abril de 2002 y del 5 de enero de 1998 al 5 de enero de 2003, respectivamente.”

“ARTICULO TERCERO: La ASEGURADORA LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A. pagará a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA –C.A.R.- la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$336'602.576) M/CTE, dentro de los 30 días siguientes contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución.”

QUINTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados y las demás declaraciones, se ordenen restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegue a pagar Liberty Seguros S.A., como consecuencia de lo dispuesto en los artículos segundo y tercero de la resolución 462 del 26 de marzo de 1999, modificados por el artículo primero de la resolución No. 902 del 1 de junio de 2000, confirmada por la Resolución 1255 del 6 de agosto de 1999.

SEXTA: Que como consecuencia de la declaratoria de los actos administrativos reseñados en antecedencia y las demás declaraciones, se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca

CAR, a pagar en favor de Liberty Seguros S.A., el valor de los perjuicios sufridos por ésta, equivalentes a los valores que la Compañía de Seguros, perdió por la constitución de las reservas para el pago del siniestro declarado por la administración; los gastos y valores pagados para atender la vía gubernativa.

SEPTIMA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos reseñados en antecedencia y las demás declaraciones se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, a pagar en favor de Liberty Seguros S.A., el valor de los perjuicios actualizados como lo dispone el contenido del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el índice de precios al Consumidor que certifique el DANE desde el mes de septiembre de 1999 (Índice Inicial) y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia (Índice Final).

OCTAVA: Que se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, a pagar ACTUALIZADOS a Liberty Seguros S.A., los intereses legales, del valor histórico de las condenas, desde el mes de septiembre de 1999 o desde la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos demandados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; y hasta que el pago se verifique, intereses moratorios a la tasa máxima legal, certificado por la Superintendencia Bancaria.

NOVENA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

DECIMA: Que se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, a pagar a favor de Liberty Seguros S.A., las expensas y costas del proceso que comprendan los gastos y valores pagados para atender la acción contenciosa que mediante este libelo incoa y los valores pagados como honorarios al abogado, y los demás que se prueben en el proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

En SUBSIDIO a las pretensiones principales primera a décima, solicito al honorable Tribunal Contencioso:

PRIMERA: Que se declare la nulidad relativa del contrato de seguro instrumentado en la póliza No. 377080C, y la póliza No. 002000595 y sus certificados modificatorios, en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio, cuyo objeto era garantizar la estabilidad de la obra según contrato No. 374/94 relacionado con la construcción de las obras correspondientes a la planta de tratamiento de aguas residuales y obras complementarias, del municipio de Funza Cundinamarca, en tanto y en cuanto el tomador del seguro, SOLEL BONEH INTERNATIONAL LTD., NO declaró sinceramente los hechos o circunstancias que determinaban el estado del riesgo.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, a pagar a favor de Liberty Seguros S.A. el valor de los perjuicios sufridos por ésta, equivalentes a los valores que la Compañía de Seguros perdió por la constitución de las reservas para el pago del

siniestro declarado por la administración; los gastos y valores pagados para atender la vía gubernativa.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria solicitada en antecedencia y las demás declaraciones, se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, a pagar a favor de Liberty Seguros S.A., el valor de los perjuicios actualizados como lo dispone el contenido del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el índice de precios al Consumidor que certifique el DANE desde el mes de septiembre de 1999 (Índice Inicial) y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia (Índice Final).

CUARTA: Que se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, a pagar ACTUALIZADOS a Liberty Seguros S.A., los intereses legales, del valor histórico de las condenas, desde el mes de septiembre de 1999 o desde la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos demandados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; y hasta que el pago se verifique, intereses moratorios a la tasa máxima legal, certificado por la Superintendencia Bancaria.

QUINTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTA: Que se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, a pagar a favor de Liberty Seguros S.A., las expensas y costas del proceso que comprendan los gastos y valores pagados para atender la acción contenciosa que mediante este libelo incoa y los valores pagados como honorarios al abogado, y los demás que se prueben en el proceso.”

2. Los hechos.

2.1. Entre la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR- y la sociedad Solel Boneh International Ltd., se celebró el Contrato de Obra No. 374, suscrito el 19 de diciembre de 1994, con el objeto de construir una planta de tratamiento de aguas residuales del Municipio de Funza, Cundinamarca, por valor inicial de \$5.473'639.539 y un plazo de ejecución de 20 meses, contados a partir del acta de iniciación de obras, acto cumplido el 6 de enero de 1995.

2.2. El 5 de septiembre de 1996, las partes formalizaron una primera adición y prórroga del contrato, con el objeto de ejecutar obras adicionales y complementarias por valor de \$1.305'564.845, para lo cual se estableció un plazo de 8 meses a partir de la legalización de la prórroga.

2.3. La sociedad contratista hizo entrega de la planta de tratamiento de aguas a satisfacción de la entidad contratante, el 15 de abril de 1997, tal y como consta en el acta de recibo de obra de esa fecha.

2.4. El 2 de mayo de 1997 las partes formalizaron una segunda prórroga del contrato por un término de 8 meses contado a partir del 5 de mayo de 1997, con el fin de construir una estación de bombeo adicional a las previstas en el contrato como obras complementarias.

2.5. Al suscribirse el acta de liquidación parcial de obras de 15 de abril de 1997, las partes acordaron constituir las siguientes pólizas: **i)** para amparar la calidad y buen funcionamiento de los repuestos de la estación de bombeo de la planta de tratamiento de aguas residuales del Municipio de Funza por el 10% del valor total de los mismos³ y **ii)** póliza de estabilidad de obra por una vigencia de 5 años, contados a partir del acta de recibo final de obra y por un valor equivalente al 5% del valor de la liquidación del contrato⁴.

2.6. El 26 de mayo de 1997 las partes suscribieron el acta de acuerdo No. 1, y manifestaron que según concepto técnico del interventor del contrato la planta se encontraba operando desde la fecha de entrega, en un nivel de utilización que permitió establecer las condiciones de operación y correcto funcionamiento de la misma.

2.7. El 27 de abril de 1998 las partes suscribieron un acta de liquidación final de obra con paz y salvo por todo concepto sin lugar a reclamación posterior.

2.8. En el acta final de liquidación de fecha 27 de abril de 1998 se estipularon las pólizas para la liquidación del contrato y se relacionó la modificación al seguro de estabilidad No. 002000595 y su certificado No. 00002000083 extendido el 10 de marzo de 1998, por valor asegurado de \$38'623.224, con vigencia desde el 5 de enero de 1998 hasta el 5 de enero de 2003.

2.9. El 26 de marzo de 1999 se expidió la Resolución No. 462 por la cual se declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de obra amparado por las pólizas No. 377080 y 002000595, modificada por el certificado No. 00002000083, expedidas por

⁴ como consecuencia de lo cual la sociedad contratista tomó la póliza de seguro No. 377080 expedida el 16 de junio de 1997, por un valor asegurado de \$297'979.352 y vigencia desde el 15 de abril de 1997 hasta el 15 de abril de 2002.

Latinoamericana de Seguros S.A., hoy Liberty Seguros S.A., y se ordenó hacer efectiva la garantía por la suma de \$336'602.576.

2.10. Liberty Seguros S.A., interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 462 de 1999.

2.11. La resolución No. 462 fue confirmada mediante Resolución No. 1255 del 6 de agosto de 1999.

2.12. El 1º de junio de 2000 la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR- profirió la Resolución No. 902, por medio de la cual modificó el valor de la garantía exigida a Liberty Seguros S.A., y se redujo a la suma de \$235'621.803,20⁵.

3. Concepto de Violación.

La sociedad demandante indicó la violación de los artículos 25, numeral 19 inciso primero de la Ley 80 de 1993 y los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 679 de 1994, por los siguientes conceptos: error de calificación y generación consecucional *praeter legem*; falta de apreciación razonable y proporcional de los hechos, antecedentes y circunstancias.

Igualmente invocó la violación del artículo 60, inciso cuarto, de la Ley 80 de 1993 y de los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 679 de 1994 por insuficiencia e incongruencia de la motivación y generación consecucional de *efectos praeter legem*.

La compañía aseguradora, Liberty Seguros S.A., expuso su concepto de violación para soportar la pretensión de nulidad de las resoluciones atacadas, en tres puntos, así:

i) Nulidad por falsa motivación.

De acuerdo con el Decreto 679 de 1994, el amparo de estabilidad de la obra que se debe otorgar dentro de la garantía única de cumplimiento se refiere a la estructura de los procesos constructivos que impidan el fin previsto de la obra y se advierte que en este caso no se censuraron los defectos de construcción o estructura de las obras, sino

⁵ Según se lee en la Resolución No. 902, la decisión se basó en la existencia del coaseguro establecido en la respectiva póliza.

desperfectos mecánicos ocurridos en los equipos, los cuales, a su juicio, no estaban amparados en la póliza de estabilidad de la obra.

En este punto destacó que las partes acordaron que el contratista otorgaría garantía de correcto funcionamiento de los equipos por un año, a lo cual procedió y no se puede pretender que su garante, la compañía aseguradora, lo hiciera por 5 años.

En conclusión, Liberty Seguros S.A., observó que la CAR valoró erradamente unos hechos asignando una consecuencia falsa, tras considerar que los daños estaban cubiertos en el amparo de estabilidad de obra, el cual no cubre desperfectos de las maquinarias suministradas, por lo cual sostuvo que incurrió en falsa motivación y por ello resultó nulo el acto administrativo así expedido.

ii) Nulidad por inexistencia o ineficacia del contrato de seguro.

En resumen, la aseguradora afirmó lo siguiente:

“En nuestro caso bajo estudio el seguro instrumentado en la póliza No. 377080 y la póliza No. 002000595 no existe riesgo, pues la maquinaria presentaba defectos de funcionamiento con anterioridad a la expedición de las pólizas expedidas tal como se constata en las consideraciones de la Resolución No. 462 de 26 de marzo de 1999.”

iii) Nulidad relativa por cuanto el tomador del seguro no declaró sinceramente el estado del riesgo.

La compañía aseguradora citó el artículo 1058 del Código de Comercio en cuanto sanciona la reticencia del tomador en la debida revelación del riesgo con la nulidad relativa del contrato de seguro, asunto que invocó con fundamento en que en la solicitud del seguro para amparar la estabilidad de la obra no se le informaron los desperfectos que ya habían sido advertidos por la CAR, según se relacionan en las comunicaciones citadas en la Resolución 462 y, por otra parte, observó que en el acta de liquidación parcial de 15 de abril de 1997 que se le remitió a la aseguradora, ambas partes se declararon a paz y salvo por todo concepto.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó integrar el contradictorio con la vinculación de la compañía Liberty Seguros S.A., mediante auto de 15 de febrero de 2001 (folio 113 cuaderno principal).

4.2. Igualmente en el referido auto el Tribunal a quo ordenó oficiar a la CAR para allegar los antecedentes administrativos de las resoluciones acusadas, a lo cual se procedió.

4.3. Contestación de la demanda.

El 16 de abril de 2001 la CAR contestó la demanda por intermedio de apoderado quien no adjuntó en su oportunidad el poder para representar a la entidad demandada, ante lo cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 26 de abril de 2001, decidió no tener en cuenta el escrito de contestación que se presentó en nombre de la entidad demandada.

4.4. Integración del litisconsorcio.

Mediante escrito también presentado el 16 de abril de 2001, Liberty Seguros S.A., antes Latinoamericana de Seguros S.A., procedió a dar *“contestación a la demanda en calidad de litisconsorte”*; manifestó que la citada compañía: **i)** se *“adhiera en un todo a las pretensiones y hechos, siempre que ellos no afecten los intereses de la compañía”* y **ii)** *“Con todo, manifiesta que presenta sus propias pretensiones, hechos y pruebas dirigidas a obtener de igual manera la nulidad de los actos administrativos demandados.”*

4.5. Decreto de pruebas.

Recibidos los escritos antedichos, mediante auto del 26 de abril de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca procedió a decretar las pruebas solicitadas por la parte actora y la compañía de seguros, así como decidió no tener en cuenta el escrito presentado en nombre de la CAR, toda vez que el abogado no acreditó la calidad de apoderado judicial.

4.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, mientras que la entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esa oportunidad.

En sus alegatos, la **sociedad demandante** reiteró que las obras objeto del contrato No. 374/94 fueron entregadas y recibidas a satisfacción y anotó que el equipo electromecánico fue fabricado e instalado en un todo de acuerdo con las especificaciones de la CAR y aprobado por esa entidad y su interventor al autorizar la adquisición de los equipos sin observación alguna.

Agregó que la entidad demandada al efectuar la liquidación del contrato no consideró necesario exigir la extensión de la vigencia del amparo de calidad y correcto funcionamiento de los equipos.

Finalmente alegó que las disfunciones invocadas por la CAR para declarar el siniestro no obedecen a causas imputables al contratista, por lo siguiente:

- La CAR pretendió erróneamente subsumir el amparo de correcto funcionamiento de los equipos bajo el de estabilidad de la obra, con lo cual desvirtuó la razón de ser de los riesgos diferentes y autónomos y se desnaturalizó la figura de la Garantía Única, que por expreso mandato del legislador no es sinónimo de *“amparo único.”*
- Las resoluciones cuestionadas a través del proceso se hallan afectadas de nulidad por *“error en el amparo invocado”*, *“falta de apreciación de los hechos”* al calificar erróneamente dentro del siniestro amparado fallas no cubiertas por el mismo y al pretender la ocurrencia del siniestro por hechos del contratista que implicarían incumplimiento del contrato, cuando se ha demostrado que el demandante cumplió el contrato en debida forma.
- Finalmente alegó la *“insuficiencia o incongruencia de la motivación”* al no contemplar en ella la facultad de hacer efectivo el amparo de cumplimiento el cual se encontró vigente hasta el 27 de mayo de 1997, época para la cual ya se habían advertido las *“disfunciones”* en la planta de tratamiento, de tal forma que en este caso los actos acusados generan efectos *“praeter legem”*, con lo cual vulneran el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 679 de 1994.

Liberty Seguros S.A., alegó la falsa motivación de la resolución No. 462 teniendo en cuenta que la CAR aprobó la adquisición de los equipos que se consideraron necesarios para el cabal funcionamiento de la planta y que el contrato de obra se refiere

por definición de la Ley 80 al trabajo material en relación con bienes inmuebles, al paso que la provisión de cosas muebles constituye contrato de suministro, de donde concluyó que el contrato No. 374 tenía dos prestaciones fácilmente identificables: la construcción o edificación de la planta y el suministro de las maquinarias electromecánicas, lo cual, a su juicio, se tradujo en la distinción de los riesgos que cobijó la garantía única de cumplimiento, frente a lo cual se tiene que la garantía expedida para el buen funcionamiento de los equipos electromecánicos es la que debió ser afectada en su oportunidad mientras estuvo vigente y que no cabe aplicar el concepto del Código Civil acerca de los inmuebles por accesión para amparar en la póliza de estabilidad de la obra el riesgo de funcionamiento de los equipos.

La compañía aseguradora alegó la inexistencia o ineficacia del contrato de seguro, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 1045 del Código de Comercio uno de los elementos esenciales del contrato de seguro lo constituye el riesgo asegurable, el cual ya afirmó que ya se había evidenciado para la fecha en que se expidió la póliza de estabilidad de la obra.

Por último solicitó la nulidad relativa del respectivo contrato de seguro con apoyo en el artículo 1058 del Código del Comercio por la reticencia del tomador y recordó que el deber de información pesa sobre la contratista por no haber informado las fallas que se venían presentando, como afirmó que el mismo atañe igualmente a la CAR en relación con el contenido del acta de entrega parcial de obra de 15 de abril de 1997, en la cual manifestó que se encontraba a paz y salvo.

Afirmó que el hecho de no haber sido informada la compañía aseguradora acerca del estado del riesgo, se encontró ratificado en el proceso por el testimonio de la persona que prestó los servicios de intermediación en el otorgamiento de la póliza.

4.7. La sentencia impugnada.

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 17 de marzo de 2004 en la cual denegó las pretensiones de la demanda, según se lee en la parte resolutive de su decisión, tal como se citó al inicio de esta providencia.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

“La Sala considera que la Administración fundamentó su decisión de

acuerdo a los hechos y antecedentes que ocurrieron dentro de la relación contractual, que se verifican a través de diferentes oficios y comunicaciones allegadas al proceso, de los cuales se deduce la ocurrencia del siniestro objeto de la garantía dentro del contrato de obra No. 374 de 1994, por lo cual se encuentra debidamente motivado”

(...)

Como consecuencia de lo anterior no es de recibo la afirmación de la aseguradora en cuanto que el amparo de estabilidad (...) sólo cubría los daños que se presentaren en las obras de construcción (...) al desconocer el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que consagra la denominada garantía única, concebida como aquella que debe prestar el contratista para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato (...)”

En relación con la pretensión de nulidad del contrato de seguro, formulada por la compañía aseguradora, el Tribunal *a quo* consideró que el tomador del seguro no mintió sobre las circunstancias de riesgo y en forma clara expresó que el objeto de la póliza era garantizar el cumplimiento del contrato consistente en la construcción de las obras correspondientes al contrato No. 374 de 1994, por lo cual al no encontrar desvirtuada la legalidad de la póliza, el Tribunal *a quo* negó también los cargos de nulidad presentados por Liberty Seguros S.A.

4.8. El recurso de apelación.

4.8.1. La compañía aseguradora, vinculada para integrar el contradictorio por decisión del Tribunal *a quo*, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual le fue admitido en su oportunidad y radicó las alegaciones finales ante el Consejo de Estado dentro del término procesal previsto para el efecto, con los siguientes fundamentos presentados en los alegatos:

“Muy respetuosamente nos apartamos del fallo recurrido y especialmente de la conclusión anteriormente transcrita⁶, por cuanto con ella se está confundiendo, tal como en su oportunidad lo hizo la entidad contratante, la cobertura que otorga el amparo de estabilidad de la obra con el de correcto funcionamiento de los equipos.”

(...)

“El seguro instrumentado en la Póliza No. 377080 fue celebrado el día 16 de junio de 1997 y la póliza No. 00200595 fue expedida el 24 de febrero

⁶ De acuerdo con la sentencia “quedó demostrado en el caso *sub lite* que la garantía de estabilidad de la obra según el contrato No. 374/94 relacionado con la construcción de las obras correspondientes a la planta de tratamiento de aguas residuales y sus obras complementarias, establecía que la obra debía entregarse en condiciones de uso lo cual no sucedió en el caso concreto.”

de 1998, tal como consta en sus carátulas, en estas condiciones se estructura la ineficacia del contrato de seguro, pues el riesgo asegurable se realizó antes de la celebración del contrato⁷...”

(...)

“El fallo recurrido por el Tribunal de instancia consideró que no se presentó el fenómeno de la reticencia alegado por la aseguradora, apoyándose para tal afirmación en una jurisprudencia que nada tiene que ver con este tema; así mismo consideró que no se daban los requisitos del artículo 1058 del Código de Comercio, por cuanto estimó que el tomador de la póliza no mintió sobre las circunstancias del riesgo, apreciación ésta que no está acorde con lo demostrado en el proceso.”

4.8.2. La CAR, obrando como entidad demandada, presentó alegatos de conclusión con los siguientes argumentos:

Sostuvo que no hay duda de que la CAR fundamentó su decisión con hechos y antecedentes ocurridos dentro de la relación contractual, lo cual se verifica a través de los distintos oficios y comunicaciones allegados al proceso.

La resolución demandada se encuentra debidamente motivada en los requerimientos por el mal funcionamiento de los equipos y en la diligencia de inspección técnica que se realizó el 21 de octubre de 1998 para buscar una solución directa del conflicto y también observó que se hizo constar en la respectiva resolución que la CAR estaba imposibilitada para utilizar la planta por sus deficiencias y que por ese mal funcionamiento de la planta se hizo necesario declarar la efectividad de la garantía que amparó la póliza de seguro.

Alegó que la garantía única de cumplimiento comprende el objeto pactado en el contrato No. 374 y que por lo tanto el amparo de estabilidad de la obra incluye igualmente toda la obra contratada que debía encontrarse en condiciones normales de uso, lo cual no sucedió y por ello resultó pertinente la exigibilidad de la póliza de estabilidad de obra en el caso *sub lite*, de manera que no se dio ninguna violación alguna legal ni falsa motivación en los actos acusados.

⁷ Se refiere a que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que el riesgo se habría configurado con las comunicaciones de la CAR dirigidas al contratista con fechas de 19 de mayo y 11 de junio de 1997, en las que se refiere a los inconvenientes y problemas advertidos en el funcionamiento de los cepillos.

Finalmente la CAR concluyó que la parte actora no demostró la falsa motivación por defectuosa apreciación del conjunto de hechos antecedentes y circunstancias del acto administrativo y que por el contrario los actos acusados reúnen todos los requisitos para su validez además de que tampoco probó que la decisión tomada no estuviera conforme a derecho.

4.8.3. La sociedad **demandante y el Ministerio Público** guardaron silencio en su oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** la caducidad de la acción; **3)** las pruebas aportadas al proceso; **4)** marco legal aplicable al contrato de seguro que garantiza el contrato estatal; **5)** el amparo de estabilidad de la obra contenido en la garantía única de cumplimiento prevista en la Ley 80 de 1993; **6)** la intervención de la aseguradora en el litigio contractual en torno al incumplimiento del contrato asegurado; **7)** La compañía aseguradora tiene la carga de conocer y evaluar el contrato cuyo cumplimiento garantiza; **8)** el caso concreto y **9)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

La controversia que se ventila en el *sub lite* es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de naturaleza contractual, tal como se definió por esta Corporación al inicio del presente proceso, mediante auto de 28 de septiembre de 2000, desde el momento mismo de la admisión de la demanda por las razones que se corroboran a continuación:

- i) La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del litigio entablado en relación con los actos mediante los cuales se declaró exigible la garantía de estabilidad de obra en el contrato estatal.**

La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, siendo un ente corporativo de carácter público de acuerdo con lo definido en la Ley 99 de 1993⁸, hizo exigible la póliza de seguro de cumplimiento otorgada para amparar la estabilidad de obra pactada en el Contrato de Obra No. 374 suscrito el 19 de diciembre de 1994 entre la citada Corporación y la Sociedad Solel Boneh International Ltd., asunto en el que aplica el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁹ el cual prescribe expresamente que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En el mismo sentido, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para el momento en que se presentó la demanda, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen legal de contratación de la respectiva entidad.

ii) La acción ejercida para demandar el acto administrativo que declara el siniestro en relación con un contrato estatal, es de naturaleza contractual.

Tal como fue definido por el Consejo de Estado al inicio de éste proceso, la acción impetrada reviste la naturaleza de una acción contractual, lo cual se ha establecido con apoyo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo¹⁰ y de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993¹¹, acerca de lo cual la Jurisprudencia del

⁸ Artículo 23º.- *Naturaleza Jurídica. Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.*"

⁹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa."*

¹⁰ "ARTÍCULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. *Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*"

¹¹ "ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. *En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo."

Consejo de Estado ha observado reiteradamente que los actos administrativos mediante los cuales se declara un siniestro y se hacen exigibles las garantías otorgadas dentro de un contrato estatal, son de carácter contractual en tanto se producen “*con motivo u ocasión de la actividad contractual*” y, por lo tanto, la acción pertinente para demandar tales actos es la acción contractual.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

“Y es que la decisión administrativa que declara el siniestro bien puede ser contractual o postcontractual, dependiendo del momento en que ocurra y se declare el mismo. En esta medida, el acto termina siendo contractual, porque pertenece a la esfera de ejecución del negocio jurídico, y concretamente de una o algunas de sus cláusulas, que se mantienen y siguen produciendo efectos aún después de la liquidación del negocio jurídico, como es la de las garantías.”¹²”

iii) Finalmente se verifica en esta instancia que la cuantía de la pretensión principal fue de \$235'621.803, suma que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año 1999 tuviera vocación de doble instancia, esto es \$18'850.000, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

2. La caducidad de la acción contractual en el contrato de seguro que garantiza el contrato estatal se rige por la normativa del Código Contencioso Administrativo.

La Sala observa que la demanda se presentó el 25 de octubre de 1999, dentro de los dos (2) años siguientes a la expedición de la Resolución 1255 de 6 de agosto de 1999, por medio de la cual se confirmó la declaratoria de la ocurrencia del siniestro y se dispuso hacer efectiva la garantía de estabilidad del Contrato de Obra No. 374 de 1994, por lo tanto se concluye que no operó la caducidad de la acción, toda vez que la demanda se entabló dentro de la oportunidad que establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en relación con la caducidad de la acción contractual.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, marzo 30 de 2011, radicado No: 20.917, actor La Nacional Compañía de Seguros Generales S.A., demandado Industria Militar. En el mismo sentido se encuentran como antecedentes las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 13347 M. P. Ricardo Hoyos Duque, reiterada por la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. 14582.

En este punto se observa que la Sección Tercera del Consejo de Estado evaluó las características especiales que informan el contrato de seguro que se celebra para garantizar un contrato estatal y la finalidad de interés general que informa este tipo de contratos y concluyó -además de que la Jurisdicción competente para conocer las controversias del contrato de seguro que garantiza el contrato estatal es la de lo Contencioso Administrativo- que el término de caducidad de la acción en este tipo de contratos de seguro se rige por las normas especiales del Código Contencioso Administrativo¹³ y no por las normas del Código de Comercio que regulan la prescripción de las acciones en el contrato de seguro entre particulares.

3. Las pruebas aportadas al proceso.

3.1. Documentos aportados por la parte demandante, en original o copia autenticada.

Las siguientes pruebas fueron debidamente aportadas al proceso en términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil:

3.1.1. Resolución No. 462 del 26 de marzo de 1999 expedida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR- (folios 19 a 30, cuaderno principal), mediante la cual se declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de obra del contrato No. 374/94, se hizo efectiva la garantía contenida en las pólizas de seguro No. 377080 y No. 002000595, modificada por certificado No. 00002000083, expedidas por Latinoamericana de Seguros S.A., así como se dispuso que la citada aseguradora debía pagar a la CAR la suma de \$336'602.576.

Entre las consideraciones de la referida resolución se relacionan diversas comunicaciones cursadas entre las partes del contrato, la primera de ellas de marzo 19 de 1997 y la última de enero 15 de 1999, a continuación de lo cual se consignan los siguientes argumentos como apoyo de la decisión:

“Que como se desprende de la relación de las disfunciones antes expuestas, la Planta presenta problemas de estabilidad y por lo tanto el servicio público al cual estaba destinada no se ha prestado, circunstancia esta que oportunamente se advirtió a la sociedad contratista. La CAR en oficio SDO-757 del día de noviembre de 1998

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de Febrero de 2009, radicación número: 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609), actor: Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, demandado: Compañía de Seguros Cóndor S.A., referencia: ejecutivo contractual - apelación sentencia.

dice: “2... actualmente la planta está operando no solamente con 4 de los 6 zanjones sino a 36 revoluciones por minuto.”

Que en reiteradas ocasiones la CAR informó a la sociedad contratista de la situación anómala en el funcionamiento y estabilidad de la planta y sus equipos, en efecto, en oficio SDO-782 de 19 de noviembre de 1998, suscrito por el Subdirector de Operaciones señaló que transcurridos cuarenta (40) días de la última suspensión de la operación de prueba de la planta, el 8 de octubre de 1998 “... se reinició la prueba de los equipos, sin embargo nuevamente presentaron fallas, especialmente en el cojinete del variador No. 10, ante este hecho nuevamente se suspendió la operación de la planta.”

(...)

Que la CAR obrando sobre la base de los principios de solución directa de conflictos, el 21 de octubre de 1998 llevó a cabo una inspección técnica en compañía de la entidad contratista y funcionarios de la CAR para que en el sitio se verificara que sus afirmaciones tenían total veracidad y cómo las fallas anotadas existían y no sólo ello sino que adicionalmente existían daños de los equipos situación que se resume en lo dicho por el Subdirector de Operaciones cuando manifiesta: “...A la fecha y evaluados los hechos, circunstancias, características de los daños, conceptos técnicos y en general distintos elementos de juicio, a todas luces los problemas que presenta la planta de tratamiento en sus equipos son por la naturaleza de los mismos problemas netamente técnicos cuya magnitud hace prácticamente imposible la operación para la cual se adquirió.”

(...)

Que como quiera que la contratación de la planta de tratamiento de Aguas Residuales y Obras Complementarias del Municipio de Funza, incluidos los equipos a suministrar e instalar constituye una unidad encaminada a prestar la función para la cual fue construida, es obvio que el mal funcionamiento de una de las partes o componentes, afecta la estabilidad de la misma en su conjunto, razón por la cual es indudable que dicha circunstancia se constituye en el siniestro amparado por la póliza de seguros otorgada por el contratista y aprobada por la CAR en el riesgo de Estabilidad de la Obra, lo cual obrando en consecuencia y de conformidad con lo previsto en la misma póliza implica la declaración del respectivo siniestro, mediante acto administrativo motivado.”

3.1.2. Resolución No. 1225 de 6 de agosto de 1999, mediante la cual el Director General de la CAR confirmó la Resolución No. 462 de 1999.

En las consideraciones de la referida resolución se lee:

1) Falsa Motivación,

“Desde la anterior óptica, como no se observa por ningún lado que el

recurrente haya explicado, a satisfacción, lo que él denomina como falsa motivación del acto y, además, por otra parte, es posible concluir que en el presente caso la Administración no incurrió en violación directa e indirecta de una regla jurídica superior, ni infringió los principios de legalidad, lealtad, imparcialidad y finalidad y por último como tampoco se observa que haya incurrido en una defectuosa calificación de la situación fáctica previamente existente, es forzoso concluir que el vicio anotado por el recurrente no existió nunca...”

2) La Estabilidad de la obra y la inaplicabilidad del artículo 658 del CC.

“Es claro que el mal desempeño de los aireadores instalados por la firma contratista en la PTAR FUNZA, es un riesgo que debe ser cubierto por el amparo de estabilidad de la obra, por no provenir de causa imputable a la acción u omisión de la entidad estatal, sino que obedece a los defectos de funcionamiento por deficiencias en la fabricación de los equipos, especialmente de los variadores de velocidad, afirmación que fuera aceptada por la firma PIANIMPIANTI (...) ratificada por (...) consultor contratado por la CAR para inspeccionar y revisar los montajes electromecánicos....”

3) La Administración no dio cumplimiento al art. 1077 del C.Co.

En este punto se citó la sentencia del Consejo de Estado proferida en julio 10 de 1997, expediente 9286, en la cual se advierte que en el campo de los seguros que garantizan obligaciones de los contratistas para con la Administración existen diferencias respecto de las normas del contrato de seguro entre particulares y en *“cambio, en el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora deberá expedir un acto administrativo unilateral, en el cual declarará ocurrido el siniestro...”*

3.1.3. Documento contentivo de las cláusulas de la “PÓLIZA ÚNICA DE SEGUROS DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES (Ley 80 de 1993)” de LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A., cuyo texto contiene las CONDICIONES GENERALES de la citada póliza (folio 65 y 66, cuaderno principal), el cual se aportó debidamente autenticado ante notario, como anexo de la póliza No. 194705 C otorgada para garantizar el cumplimiento y buen manejo del Contrato de Obra No. 374.

En relación con el amparo de estabilidad de la obra regulado en el documento de condiciones generales de la respectiva póliza única, se lee:

“1.5. AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA.

CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE CONTRA EL RIESGO DE QUE, DURANTE EL TÉRMINO ESTIPULADO Y EN CONDICIONES NORMALES DE USO, LO OBRA SUFRA DETERIOROS IMPUTABLES AL CONTRATISTA, QUE IMPIDAN EL SERVICIO PARA EL CUAL SE EJECUTO.

CUANDO SE TRATE DE EDIFICACIONES, LA ESTABILIDAD SE DETERMINARA DE ACUERDO CON LOS PLANOS, PROYECTOS, SEGURIDAD Y FIRMEZA DE LA ESTRUCTURA.”

3.2. Documentos aportados por la entidad demandada en copia autorizada por funcionario competente.

La CAR aportó los siguientes documentos con oficio del 24 de mayo de 2001 suscrito por el Subdirector Jurídico de esa entidad, los cuales serán valorados como pruebas teniendo en cuenta que se aportaron de acuerdo con las condiciones fijadas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil:

3.2.1. Resolución No. 5261 de 1993 por la cual se ordenó la apertura de la Licitación Pública Internacional No.17 de 1993 (folio 3, cuaderno 2).

3.2.2. Resolución No. 3244 de 1994 por medio de la cual se adjudicó parcialmente la Licitación Pública Internacional No. 17 de 1993 (folio 5, cuaderno 2).

3.2.3. Acta de iniciación de obras del Contrato No. 374/94 de fecha 6 de enero de 1995 (folio 9, cuaderno 2).

3.2.4. Acta de verificación y recibo parcial de obras del Contrato No. 374 de 1994, de fecha 28 de agosto de 1996, suscrita por las partes del contrato y el interventor (folio 10 cuaderno 2).

3.2.5. Acta de fecha 15 de abril de 1997, otorgada con el objeto de suscribir el “Acta de Liquidación Parcial de Obra de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del Municipio de Funza contenida en el contrato 374/94” (folio 12 a 17, cuaderno 2), suscrita por las partes del contrato y el interventor, en la cual se hace constar el resumen financiero del contrato ejecutado por valor total de \$5.959'587.032 y las partes se declaran a “paz y salvo por todo concepto”.

Según se lee en la misma acta:

“PÓLIZAS A CONSTITUIR:

- *Póliza que ampare la calidad y buen funcionamiento de los repuestos para la estación de bombeo de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del Municipio de Funza por el 10% del valor total de los repuestos.*
- *Póliza que ampare la estabilidad de la obra por una vigencia de 5 años y un valor equivalente al 5% del valor del contrato liquidado.*

La garantía de cumplimiento será devuelta al contratista en razón a la liquidación del contrato.

(...)

OBLIGACIONES A CARGO DE CADA UNO DE LOS CONTRATISTAS.

El contratista se compromete a suministrar los repuestos para la planta de tratamiento de Funza que fueron aprobados en el Acta Técnica No. 21.

La CAR se compromete a pagar el valor correspondiente al acta técnica No. 21 una vez recibidos los repuestos, para lo cual garantizará su pago con las disponibilidades vigentes.”

3.2.6. Documento suscrito por el interventor de la CAR de justificación de la prórroga del Contrato No. 374/94, en relación con *“una estación de bombeo adicional con dos líneas de impulsión”* (folio 18, cuaderno 2).

3.2.7. Documento contentivo de la *“Segunda Prórroga”* al Contrato de Obra No. 374 de 1994, suscrita el 2 de mayo de 1997, en la cual se hace constar la prórroga del plazo del contrato por ocho (8) meses a partir del 5 de mayo de 1997 y la obligación de *“prorrogar la garantía única pactada en la cláusula décima (10ª) del contrato principal”* (folio 19, cuaderno 2).

3.2.8. Acta de Acuerdo No. 1 del Contrato 374 de 1994 de fecha 26 de mayo de 1997, suscrita por las partes del mismo, en la cual se lee:

“Con fundamento en las consideraciones precedentes, las partes convienen que la garantía de estabilidad, pactada en la cláusula 10ª del contrato puede ser constituida por el contratista a partir de la entrega-recibo y puesta en operación de la Planta de Tratamiento, de acuerdo con el acta de recibo de fecha 15 de abril de 1997, así como el pago de salarios y prestaciones sociales y responsabilidad civil extracontractual.”

3.2.9. Carátula de la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 377080 expedida el 16 de junio de 1997, en cuya objeto se lee: *“GARANTIZAR LA ESTABILIDAD DE LA OBRA SEGÚN CONTRATO No. 374/94 RELACIONADO CON LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS CORRESPONDIENTES A LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES Y OBRAS COMPLEMENTARIAS, DEL MUNICIPIO DE FUNZA CUNDINAMARCA”*, por valor asegurado de \$297'979.302, con vigencia desde el “15/04/1997” hasta el “15/04/2002” (folio 21, cuaderno 2).

3.2.10. Carátula de la póliza de seguro de cumplimiento oficial No. 002000595 expedida el 24 de febrero de 1998 con el amparo de estabilidad de la obra, en cuyo cuadro titulado *“INTERES ASEGURADO Y/O RIESGO ASEGURADO”* se lee: *“CONTRATO No. 374/94, RELACIONADO CON LA ESTACIÓN DE BOMBEO CON DOS LÍNEAS DE IMPULSIÓN DE 12” DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL MUNICIPIO DE FUNZA”*, por valor asegurado de \$39'827.771, con vigencia de “5/01/1998” a “5/01/ 2003” (folio 22, cuaderno 2).

3.2.11. Carátula del Certificado o Nota de Cobertura No. 0002000083 en relación con la Póliza No. 002000595, en la cual se lee: *“ACLARAMOS QUE EL VALOR ASEGURADO DE LA PRESENTE PÓLIZA ES \$38'623.224 Y NO COMO SE HIZO FIGURAR INICIALMENTE”* (folio 24, cuaderno 2).

3.2.12. Comunicación SBI-C/0294/97 de 3 de septiembre de 1997, suscrita por el Director de Obras de la sociedad Solel Boneh International Ltd., dirigida al Subdirector de Operaciones de la CAR, en la cual se refirió a los problemas presentados en las correas de los cepillos y manifestó que ha consultado el concepto de la compañía *Pianimpianti* (diseñadora) y la compañía *Rossi Motoriduttori* (constructora) *“en el cual se evidencia el uso incorrecto de los equipos y a la vez da claridad sobre la manera de operarlo”* y concluyó que se estaba en trámite de cotización para aprobación de la CAR con el fin de *“proceder importar 12 unidades de repuestos”*.

3.2.13. Mensaje SDO-1006-97 de 26 de noviembre de 1997 del Subdirector de Operaciones de la CAR a la sociedad Solel Boneh, en el cual se refirió a que los motorreductores se pusieron en funcionamiento el día 10 de noviembre de 1997 pero se han roto 19 correas de transmisión, por lo cual precisó:

“Continuar con la reparación de correas sin haber hecho las reparaciones o ajustes necesarios no nos parece adecuado. En consecuencia reiteramos con carácter urgente realizar el ajuste y arreglo de estos equipos, con el objeto de garantizar su funcionamiento normal”

3.2.14. Oficio SDO-1069 de 12 de diciembre de 1997 enviado por el Subdirector de Operaciones de la CAR al Gerente de la sociedad Solel Boneh International Ltd., en el cual dio respuesta a la comunicación SBI-C/0421/97 de 1 de diciembre de 1997 mediante la cual la sociedad contratista manifestó que *“la solución única es la eliminación de los variadores de velocidad de los cepillos”* e indicó que la CAR quedaba pendiente de las cotizaciones respectivas que debían ser a costa de la sociedad contratista.

3.2.15. Oficio SDO-1095 de 29 de diciembre de 1997 del Subdirector de Operaciones de la CAR al Gerente de la sociedad Solel Boneh International Ltd, en la cual sostuvo lo siguiente:

“... quedamos atentos al recibo de los planos especificaciones y detalles de los motores para los cepillos de la Planta de Tratamiento de Funza.”

“Asimismo, continuaremos operando el cepillo No. 12 único conjunto en condiciones de servicio para poder mantener la planta de tratamiento en funcionamiento”

3.2.16. Oficio SDO-112 de 6 de febrero de 1998 suscrito por el Subdirector de Operaciones de la CAR con destino al Gerente de la sociedad Solel Boneh International Ltd., en la cual manifestó lo siguiente:

“Concomitantemente con lo anterior, nuestra aceptación de los cambios y retiros de componentes importantes de los conjuntos, no los han exonerado a ustedes de presentar las pruebas que racionalmente les exijamos ni tampoco le resta alcance a las pólizas y garantías que nos amparan.”

3.2.17. Comunicación SBI-C/112/98 de 16 de marzo de 1998 enviada por el Gerente de la sociedad Solel Boneh International Ltd., al Subdirector de Operaciones de la CAR, con copia, entre otros, al señor Orlando Espinel de COLAMSEG, en relación con las pólizas de liquidación del contrato, en la cual relacionó las pólizas de estabilidad otorgadas, adjuntó los certificados de modificación y recibos de pago y solicitó la devolución de la póliza de cumplimiento.

3.2.18. Oficio SDO-757 de 9 de noviembre de 1998 dirigido por el Subdirector de Operaciones de la CAR al ingeniero de la sociedad Solel Boneh International Ltd., en la cual indicó:

“Como es de su conocimiento los cepillos No. 8 y 10 están fuera de servicio por agarrotamiento de los cojinetes superiores de los variadores debido a (sic) calentamiento, lo cual ocasionó además, el desgaste de la horquilla.”

(...)

“Actualmente la planta está operando no solamente con 4 de los 6 zanjones sino a 36 revoluciones por minuto en lugar de la mínima de diseño de 75 revoluciones por minuto.”

3.2.19. Oficio SDO-782 de 19 de noviembre de 1998 (folio 39, cuaderno 2), enviado por el Subdirector de Operaciones de la CAR al ingeniero de la sociedad Solel Boneh International Ltd., en la cual se refirió a las pruebas de los equipos de aireación, *“compuestos por motor – variador de velocidad - motorreductor – cepillo”*, realizadas después de que la sociedad contratista efectuó modificaciones a *“las nervaduras interiores de las carcasas”*; en esa comunicación hizo constar lo siguiente:

“El 8 de octubre de 1998, transcurridos cuarenta (40) días de suspensión de la operación de prueba de la planta, se reinició la prueba de los equipos, sin embargo nuevamente presentaron fallas, especialmente en el cojinete del variador No. 10, ante este hecho, nuevamente se suspendió la operación de la planta.”

(...)

“A la fecha y evaluados los hechos, circunstancias, características de los daños, conceptos técnicos, y en general distintos elementos de juicio, a todas luces los problemas que presenta la planta de tratamiento en sus equipos son por la naturaleza de los mismos problemas netamente técnicos cuya magnitud hace prácticamente imposible la operación para la cual se adquirieron.”

3.2.20. Oficio SDO-785 de 19 de noviembre de 1998 (folio 35, cuaderno 2), remitido por el Subdirector de Operaciones de la CAR a la compañía Latinoamericana de Seguros S.A., en la cual se lee:

“Consideramos que deben ser de su conocimiento las disfunciones que ha presentado la planta de tratamiento de aguas residuales del Municipio de Funza construida por su afianzado Solel Boneh International, según póliza de la referencia.”

(...)

Para tratar estos asuntos lo invitamos a la reunión citada para el próximo viernes 27 a las 9.00 a.m.

(...)

Les anexamos copia de nuestro SDO 782 que contiene antecedentes de las pruebas técnicas efectuadas (...)"

3.2.21. Oficio SDO-808 de 30 de noviembre de 1998 suscrito por el Subdirector de Operaciones de la CAR con destino al representante legal de la sociedad Solel Boneh International Ltd., en el cual se refirió a la reunión realizada y le manifestó: *“quedamos a la espera de que ustedes nos remitan dentro del más breve plazo posible una propuesta sobre el particular”.*

3.2.22. Oficio SDO-034 de 15 de enero de 1999 del Subdirector de Operaciones de la CAR a la Directora Nacional de Indemnizaciones de Latinoamericana de Seguros S.A., en la cual señaló lo siguiente:

“... la obra ha sido utilizada hasta donde la circunstancia de funcionamiento lo ha permitido y su mantenimiento se ha realizado dentro de las técnicas acostumbradas y las recomendaciones dadas por el contratista. Igualmente el personal que la opera fue nombrado por recomendación expresa de los señores (...) responsables de la construcción y supervisión de la obra por parte de la firma Solel Boneh”

(...)

Lamentamos su inasistencia a nuestra reunión a la cual los invitamos y donde seguramente se hubieran podido informar más al detalle sobre ésta problemática”

3.3. Documentos aportados por la compañía aseguradora.

Mediante oficio 857 de 1 de agosto de 2002, la compañía aseguradora atendió el requerimiento del Tribunal *a quo* y remitió los soportes de los gastos en que incurrió la aseguradora en el presente proceso, así: comprobantes de pago No. 31126 por la suma de \$2'945.000; No. 040362 por la suma de \$2'945.500 y No. 035134 por la suma de \$5'891.000, todos ellos por concepto de honorarios (folios 48 a 56 cuaderno 2).

3.4. Documentos aportados en copia simple.

Las siguientes pruebas fueron aportadas en copia simple y no se encontraron remitidas por la CAR en su respuesta a los requerimientos del Tribunal a *quo* mediante los cuales le solicitó los documentos de la actuación administrativa adelantada por la CAR en este caso, por lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se tendrán como prueba en tanto se trata de documentos cuyos originales deben reposar en poder de la entidad contratante, los cuales no fueron allegados por la Administración Pública pese a haber sido requerida para ello ¹⁴.

3.4.1. La sociedad demandante aportó copia del Contrato de Obra No. 374 suscrito el 19 de diciembre de 1994 (folio 36 a 42 cuaderno principal), en cuyo texto se lee:

“PRIMERA: OBJETO: El contratista se obliga para con la CORPORACIÓN a construir la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y Obras Complementarias del Municipio de Funza Cundinamarca.”

SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO: La construcción de las obras a que se refiere la Cláusula anterior, se realizará de conformidad con la descripción, especificaciones, cantidades y precios que aparecen en el formulario de Cantidades y Precios de la propuesta que hacen parte integrante de este contrato.

(...)

*“DECIMA.- GARANTIA UNICA: Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el presente contrato, el CONTRATISTA se obliga a constituir en un Banco o Compañía de Seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, a favor de la CORPORACIÓN y dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de firma del presente contrato, una Garantía Única que ampare: a) **El cumplimiento del contrato** por un valor de QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$547'363.954) M/CTE equivalente al 10% del valor del mismo, con una vigencia igual a la del plazo del contrato y TRES (3) MESES más, contados a partir de la vigencia de la póliza respectiva; b) **El buen manejo y correcta Inversión del anticipo** por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor del mismo, que deberá tener una vigencia igual al plazo del contrato y DIEZ (10) DÍAS HÁBILES más contados a partir de la fecha de vigencia de la póliza respectiva y hasta la amortización total del anticipo; c) **El pago de salarios, prestaciones sociales,***

¹⁴ “... cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 1º de febrero de 2012, radicación número: 05001-23-25-000-1994-02119-01(20106), actor: Joaquín Emilio Correa y otros, Demandado: Nación-Ministerio De Defensa-Ejército Nacional, referencia: acción de reparación directa

*indemnizaciones y demás inherentes al pago de la Previsión Social, por un valor equivalente al CINCO POR CIENTO (5%) del valor total del contrato y con una vigencia igual al plazo del contrato y DIEZ (10) DÍAS HÁBILES más contados a partir de la fecha de vigencia de la póliza respectiva; d) **La Responsabilidad Civil Extracontractual:** Por el DIEZ POR CIENTO (10%) del valor del contrato y con un plazo igual al del contrato y UN (1) MES más contados a partir de la fecha de vigencia de la respectiva póliza. Para la liquidación del contrato esta póliza deberá prorrogarse por UN (1) año más y constituirse por el diez por ciento del valor final del contrato; e) Para la liquidación del contrato, el CONTRATISTA deberá extender la garantía a la **Estabilidad de la obra**, por un valor equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del Contrato liquidado, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha del Acta de Recibo Final de la obra a satisfacción por parte de la CORPORACIÓN.”*

3.4.2. Igualmente se aportó en copia simple el documento contentivo de la “PRIMERA MODIFICACIÓN, PRIMERA PRÓRROGA Y PRIMERA ADICIÓN AL CONTRATO DE OBRA No. 374 DE 1994”, suscrito el 5 de septiembre de 1996, mediante la cual se adicionó el valor del contrato, se prorrogó el plazo por ocho (8) meses y se estableció la obligación de *“prorrogar la garantía única pactada en la cláusula décima (10ª) del contrato principal.”*

3.4.3. Acta de recibo parcial de obra de 15 de abril de 1997, suscrita por las partes del contrato y el interventor del mismo¹⁵.

3.4.4. La sociedad demandante aportó copia simple del acta técnica No. 2 de 2 de agosto de 1995, en la cual se aprobó un listado de equipos para el contrato No. 374 de 1994, con la firma de los representantes de la sociedad contratista y el interventor del contrato.

3.4.5. Póliza de seguro (carátula) No. 23104 expedida el 11 de octubre de 1996 para garantizar cumplimiento y prestaciones sociales de la primera adición del contrato de obra No. 374, por valor asegurado de \$1.193'321.089 (folio 67, cuaderno principal).

3.4.6. Acta técnica No. 21 de 16 de octubre de 1996, suscrita por las partes del Contrato No. 374 y el interventor, mediante la cual *“se relacionan las cantidades de repuestos detallados a continuación”* e incluye un cuadro con la relación detallada de los mismos, por valor total en dólares de US 80.180.

¹⁵ Documento igualmente aportado por la sociedad demandante. Véase punto 3.2.5.

3.4.7. Póliza de seguro (carátula) No. 283146 expedida el 16 de junio de 1997 para prorrogar la vigencia y aclarar el valor asegurado de la garantía de prestaciones sociales, del contrato de obra No. 374 (folio 68, cuaderno principal).

3.4.8. Póliza de seguro (carátula) No. 377080, por valor amparado de \$297'979.352, expedida el 16 de junio de 1997 para garantizar la *“estabilidad de la obra según contrato No. 374”* (folio 69 cuaderno principal).¹⁶

3.4.9. Póliza de seguro (carátula) No. 377047, por valor de \$8'663.128, con el objeto de asegurar *“la buena calidad y el correcto funcionamiento de los repuestos instalados en la planta de tratamiento de aguas”*, expedida el 16 de junio de 1997 (folio 70, cuaderno principal).

3.4.10. Acta de liquidación final de obra del Contrato No. 374/94 de fecha 27 de abril de 1998 (folio 56 a 63, cuaderno principal), suscrita por el representante legal de la sociedad Solel Boneh International Ltd., y el interventor del contrato, en la cual se incorporó el balance final de liquidación del contrato y se estableció:

“OBLIGACIONES A CARGO DE CADA UNO DE LOS CONTRATISTAS (“LA CAR” Y/O SOLEL BONEH INTERNATIONAL LTD.)

(...)

3. El contratista Solel Boneh International Ltd., se compromete a poner a funcionar óptimamente el sistema de aireación.

(...)

Una vez leída la presente Acta las partes declaran encontrarse a Paz y salvo por todo concepto, no habiendo lugar a reclamación posterior.”

3.4.11. Por su parte, la compañía aseguradora aportó copia simple de la Resolución No. 902 de 1 de junio de 2000 emitida por el Director General de la CAR, mediante la cual se redujo el valor de la obligación de pago impuesta en la Resolución No. 462 de 1999, con ocasión del coaseguro, así:

*“La modificación de la resolución No. 462 tantas veces citada se hará con fundamento en el principio de derecho según el cual **La administración podrá corregir sus propios errores** y teniendo en*

¹⁶ Aportada igualmente por la entidad demandada.

cuenta que pretender cobrarle a LIBERTY SEGUROS S.A. la totalidad del monto asegurado, constituye agravio injustificado que afecta su patrimonio económico.” (La negrilla es del texto)

“Entonces, como la compañía LIBERTY SEGUROS S.A. ha manifestado su conformidad para que sea aceptada por la CORPORACIÓN la rebaja en el pago del monto asegurado en proporción al coaseguro cedido, así se declarará en el presente acto administrativo.”

(...)

“RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Modificar el artículo segundo de la resolución No. 462 de 26 de marzo de 1999, proferida por la Corporación, por medio de la cual se declara la ocurrencia del siniestro y se hace efectiva una garantía, en el contrato de obra No. 374 de diciembre 19 de 1994, celebrado por la CAR y la compañía SOLEL BONEH INTERNATIONAL LTDA, en el sentido de imponer a la compañía LIBERTY SEGUROS S.A. la obligación de pagar a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA –CAR- LA SUMA DE DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$235´621.803,20) con base en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

3.4.12. Copia de la comunicación SBI-C/0164/97 de 4 de junio de 1997 dirigida por el Gerente de Solel Boneh al Gerente Técnico de Colamseg Corredores de Seguros, mediante la cual la citada sociedad remitió al corredor de seguros el acta de liquidación de fecha 15 de abril de 1997 y solicitó *“leerla e informarnos sobre las pólizas que necesitan constituir.”*

Se reitera que las anteriores pruebas serán valoradas de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de las copias aportadas por las partes.¹⁷

3.5. Testimonio del señor Orlando Espinel Sánchez, de profesión técnico en seguros, el

¹⁷ *“La anterior decisión de otorgarles valor probatorio a las copias simples aportadas por la parte actora, obedece a la necesidad de dar prelación a los principios de buena fe y lealtad procesal que deben informar las actuaciones de las partes en los procesos, los cuales son desconocidos por la entidad estatal que pretende, mediante el expediente de negarse a aportar los documentos que necesariamente deben reposar en sus archivos, que las pretensiones de la parte actora fracasen por insuficiencia probatoria, por contar tan sólo con copias simples de los mismos a las cuales, en principio, no se les podría otorgar, a la luz de lo establecido por el artículo 254 del C.P.C., valor probatorio alguno. Esta es una actitud que el juez no puede avalar y conduce a que el mismo tome las medidas requeridas para restablecer el necesario equilibrio que debe existir entre las partes del proceso, en virtud del principio de igualdad que también lo informa, toda vez que resulta inadmisibles que una omisión como la descrita, pueda finalmente redundar a favor de quien así obra.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, 10 de Marzo De 2011, radicación Número: 52001-23-31-000-1996-07742-01(15666), actor: Segundo Fabian Eraso Burbano, demandado: Municipio de Chachagüí - Nariño-.

cual narró lo siguiente:

“Por solicitud de los señores Solel Boneh y con base en el contrato celebrado por la CAR se requirió a la compañía aseguradora Latinoamericana de Seguros S.A. la expedición de cada una de las garantías exigidas en dicho contrato. Posteriormente se requirieron modificaciones a cada una de estas garantías mediante convenios entre las partes, luego mediante actas firmadas entre las partes en donde constaba que se entregaban las obras a satisfacción se solicitaron a la Aseguradora la expedición de las garantías de estabilidad de la obra esa fue toda mi labor como intermediario de seguros con dicho contrato.” (Folio 46 cuaderno 2).

4. Marco legal aplicable al contrato de seguro que garantiza el contrato estatal.

Sea lo primero advertir la naturaleza y regulación especial que aplica al contrato de seguro que tiene por objeto garantizar el cumplimiento del contrato estatal, la cual ha sido expuesta, de acuerdo con la normativa incorporada en la Ley 80 de 1993, en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se cita a continuación en extenso:

“Sobre el particular, resulta necesario señalar que los contratos de seguro que se originan para garantizar el cumplimiento de un contrato estatal, si bien están regidos por las normas de derecho privado y particularmente por las disposiciones del Código de Comercio, también están sujetos, en determinados aspectos, a normas de derecho público.

En efecto, el estatuto de contratación estatal se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, lo cual evidencia que los mismos también se encuentran sometidos a sus disposiciones, normatividad especial que, al menos, da lugar a la configuración de un régimen legal de carácter mixto que en modo alguno puede tildarse como integrado exclusivamente por normas de derecho privado, tal como lo reflejan el contenido del numeral 4¹⁸ del artículo 5^o, el inciso final del artículo 18¹⁹, el numeral 19²⁰ del artículo 25,

¹⁸ Según el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 80:

“Artículo 5. - DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3^o de esta ley, los contratistas: (...)

“4^o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello”.

¹⁹ El tenor literal del inciso final del artículo 18 de la Ley 80 es el siguiente:

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

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

²⁰ El siguiente es el texto del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80:

“Artículo 25. - DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...)

el inciso 2 del artículo 41²¹ y el inciso final del artículo 60²², todas esas disposiciones de la Ley 80, normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades estatales contratantes como para los contratistas particulares, quienes no podrán negociar sobre su contenido ni eludir su observancia.

Así, por ejemplo, los efectos que se derivan de las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad y reversión, previstas, consagradas y reguladas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80, tan propias y específicas de determinados contratos estatales, gravitan permanentemente sobre los contratos de seguros que se celebren para garantizar el cumplimiento de los vínculos obligacionales que los contienen y generan, al punto que por expresa disposición legal, la declaratoria de caducidad administrativa de un contrato estatal "... será constitutiva del siniestro de incumplimiento" (artículo 18 Ley 80), efecto éste que naturalmente se proyecta sólo en relación con el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento.

Lo anterior impone concluir que dichos contratos de seguro son especiales y diferentes de los demás contratos de seguro que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio. Sobre el particular, deben tenerse en cuenta las siguientes anotaciones:

- En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado, ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; de ello se infiere, necesariamente, que en estos contratos especiales de seguro tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado, o al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro a la aseguradora, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o

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

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

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

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

"Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada".

²¹ Según el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80: *"Para la ejecución [de los contratos del Estado] se requerirá de la aprobación de la garantía ...".*

²² A continuación se transcribe el texto del inciso final del artículo 60 de la Ley 80:

"Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato".

debido conocer (artículo 1075 C. de Co.), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal²³.

- En el caso de los contratos de seguro que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales, la que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones –como ocurre en el derecho privado con la objeción fundada con que se responda la reclamación del asegurado–, pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye en favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro (artículo 77 Ley 80; artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62, 63, 64, 66, 68 y demás concordantes C.C.A.).

- Como ya se indicó, en esta clase especial de contratos de seguro, el siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80). Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir, en aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio, según la cual el sólo aspecto fáctico acerca de la realización del riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, resultará suficiente para la configuración del siniestro; ello sin perjuicio de añadir para estos casos, como lo ha precisado la Jurisprudencia, que en cuanto esta clase de seguros de cumplimiento tienen un propósito eminentemente indemnizatorio (artículo 1089 C. de Co.), para que resulten viables las pretensiones del asegurado y se concrete la obligación a cargo de la compañía aseguradora, será necesario, en los términos del artículo 1077 del estatuto mercantil, que el asegurado, además del incumplimiento del contratista afianzado (siniestro), demuestre también los perjuicios que tal incumplimiento le hubiere ocasionado (cuantía de la pérdida)²⁴.

²³ Al respecto se pueden consultar las precisiones efectuadas en la sentencia de mayo 3 de 2001, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Expediente No. 12724. Actor Compañía Aseguradora de Fianzas y Pinski.

²⁴ Así lo precisó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de julio 22 de 1999, expediente No. 5065, con ponencia del Magistrado Nicolás Bechara Simancas:

“El contrato de seguro de daños, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro.

“El artículo 1088 del Código de Comercio estatuye que “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”. Por tanto, en los seguros de daños el pago de

Así pues, en cuanto el objetivo de esta clase especial de contratos de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que también el contrato de seguro participa de una misma y común finalidad con el contrato estatal, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales, de manera que sus regulaciones son especiales.

Si una de las principales razones que a lo largo del tiempo ha justificado la existencia misma de la clasificación de los contratos estatales y su sometimiento a un régimen legal especial –por lo general mixto o de derecho público–, radica en el hecho de que los contratos del Estado conllevan la satisfacción del interés general y constituyen una herramienta eficiente e idónea para asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales –a diferencia de lo que ocurre con los contratos celebrados entre particulares, los cuales, en principio y sin perjuicio de la función social que le corresponde a la propiedad privada²⁵, encuentran como móvil fundamental la consecución de fines puramente individuales y por ello están sometidos en su totalidad a las normas del derecho privado–, al momento de definir el objeto y las características de los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales no puede pasar inadvertido el hecho de que esos contratos también participan del mismo fin, en la medida en que los mismos constituyen el medio para asegurar la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales, razones por las cuales las disposiciones legales que rigen en

la prestación asegurada consiste en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro.

“Los seguros como el de cumplimiento –que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños–, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita.

“Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa.

“De consiguiente, mal podría entonces en el presente caso afirmarse que se configuró el siniestro en el seguro de cumplimiento contratado en su oportunidad, por la simple y escueta ausencia de la constitución de hipoteca, como quiera que dicha inacción, per se, es inane para atribuirle responsabilidad al asegurador, pues como ya se acotó en los seguros de daños se requiere para que prospere la reclamación formulada por el asegurado, la presencia de un daño o perjuicio de naturaleza patrimonial, que debe acreditar éste en la forma debida”.

²⁵ Según los dictados del inciso 2 del artículo 58 de la Carta Política: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

*estos contratos, como se observó, no son en su integridad las de derecho privado.*²⁶

Por cuanto resultan ser asuntos específicos de la presente apelación, a continuación se precisarán algunos aspectos de la regulación y las atribuciones especiales de la Administración Pública en torno a la exigibilidad del amparo de estabilidad de la obra que se presenta después de la liquidación del contrato estatal y se tocará el punto de las normas del contrato de seguro del Código de Comercio que no son aplicables a los seguros de cumplimiento, por la especial condición del riesgo asegurable.

5. El amparo de estabilidad de la obra contenido en la garantía única de cumplimiento prevista en la Ley 80 de 1993.

5.1. Normas especiales de la póliza de seguro de cumplimiento del contrato estatal, reglas de interpretación y diferencia con la responsabilidad del constructor establecida en el artículo 2060 del Código Civil.

El Decreto 679 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993, vigente para la época en que se celebró el Contrato de Obra No. 374/94, estableció el amparo de estabilidad de obra como *uno de los riesgos* que debe amparar o cobijar la denominada garantía única de cumplimiento y exigió para el mismo una vigencia mínima de cinco (5) años, así:

Artículo 17°.- De los riesgos que debe cobijar la garantía única.

La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas.

*Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, **estabilidad de la obra**, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.*

(...)

Para evaluar la suficiencia de las garantías se aplicarán las siguientes reglas:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 2009, radicación número: 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609), actor: Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, demandado: Compañía de Seguros Cóndor S.A., referencia: ejecutivo contractual - apelación sentencia

(...)

d) El valor de los amparos de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos, ha de determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato con referencia en lo pertinente al valor final de las obras, buen servicio contratado u objeto del contrato.

La vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios deberá cubrir cuando menos por el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta, por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios.

El término del amparo de estabilidad de la obra lo determinará la entidad según la naturaleza del contrato y no será inferior a cinco años.

(...)

Parágrafo.- No obstante lo dispuesto en este artículo, el Gobierno podrá autorizar en casos excepcionales que la garantía única tenga una cobertura inferior a los mínimos previstos en este artículo.” (La negrilla no es del texto).

Es útil recordar que los seguros de cumplimiento surgieron en Colombia a raíz de la Ley 225 de 1938 mediante la cual se contempló la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanen de leyes o de contratos²⁷, normativa que no se consideró derogada por la expedición del Código de Comercio, por tratarse de una especie sui generis de contrato de seguro, en cuanto en esta clase de seguros el riesgo asegurado depende del cumplimiento o incumplimiento del propio tomador del seguro²⁸ la cual fue posteriormente incorporada en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero²⁹ en cuyo contenido se fijaron las operaciones autorizadas para las

²⁷ “Artículo 2. El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas antes las cuales sean responsables, y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o contratos.”

²⁸ Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 2 de 2002. Expediente 6785. M. P. Manuel Ardila Velásquez.

²⁹ Decreto-ley 663 de 1993 (E.O.S.F.) [Artículo 203. SEGURO DE MANEJO O DE CUMPLIMIENTO.](#)

1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

compañías de seguros en Colombia y en el capítulo VI, bajo el título de “Seguros Especiales”, se reguló el objeto del seguro de manejo y cumplimiento.

Reiteradamente se ha reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado que el contrato de seguro de cumplimiento se rige primordialmente por las normas especiales que lo regulan y no le son aplicables todas las normas previstas para el contrato de seguro del Código de Comercio³⁰, si bien se lo reconoce como una clase de seguro de daños, bajo la normativa del citado Código Mercantil³¹.

La normativa de la contratación estatal anterior a la Ley 80 de 1993, contenida en el Decreto-ley 222 de 1983, determinó como obligación del contratista la de garantizar la estabilidad de la obra y exigió la aprobación de Superintendencia Bancaria para las pólizas matrices de garantía³², a la vez que defirió a la Contraloría General de la República la reglamentación de la cuantía y término de dichas garantías, de acuerdo con los artículos 67, 69 y 70 del referido Decreto-ley.

Precisamente con base en las disposiciones legales en cita, anteriores a la expedición de la Ley 80 de 1993, la Contraloría General de la República expidió la Resolución No.

³⁰ “De todo lo precedente se infiere que, en el campo de los seguros, se observan ciertas diferencias que muestran cómo uno es el trato en las relaciones interparticulares y otro, el que se da cuando ese seguro garantiza obligaciones contraídas por los contratistas de la administración.” Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Julio 10 de 1997, expediente No. 9286, Contratos. Actor: Gonzalo Moreno Lemos, Demandada: Fondo Nacional de Ahorro.”

“La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4º) y 5º) del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora, pues como ya se anotó, para que ello ocurra, según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co, deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 22 de abril de 2009, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar, radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667), actor: Seguros Generales Aurora S.A., demandado: Departamento del Cauca, referencia: acción contractual.

³¹ “En este orden de ideas, si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 22 de abril de 2009, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar, radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667), actor: Seguros Generales Aurora S.A., demandado: Departamento del Cauca, referencia: acción contractual.

³² “**Artículo 70. De los contratos de garantía.** Las garantías podrán consistir en fianzas de bancos o de compañías de seguros cuyas pólizas matrices deberán ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria. Los respectivos contratos de garantías forman parte integrante de aquél que se garantiza. En las pólizas matrices deberá preverse que el monto de la garantía se repondrá cada vez que, en razón de las multas impuestas, el mismo se disminuyere o agotare.”

10500 de 1984 en la cual se ocupó de la garantía de estabilidad de la obra -que se menciona aquí como antecedente de la evolución normativa pero sin que resulte una definición aplicable al contrato *sub-lite*, por cuanto no se encontraba vigente en el momento de su firma³³ a propósito de lo cual indicó que dicha póliza tenía por objeto asegurar a la entidad contratante que la obra contratada se mantendría *"en condiciones normales de uso"* para la utilización y el servicio para el cual se ejecutó y no perdería *"las características de armonía, seguridad y firmeza de su estructura"*(artículo 15 Resolución 10500 de 1984). En lo de su competencia señaló también esta resolución, que la garantía debía constituirse por un término no inferior a dos años ni superior a cinco y que debía otorgarse *"simultáneamente con el recibo de la obra"* (artículo 16)³⁴.

Con la expedición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenido en el Decreto-ley 663 de 1993 se dispuso, en lugar de la aprobación previa de la póliza de seguro por parte de la Superintendencia Bancaria, la obligación de depositar las respectivas proformas de las pólizas de seguros por ramo de aseguramiento³⁵ por parte de las entidades aseguradoras en la citada Superintendencia, de manera que las cláusulas de las pólizas matrices para operar en cada ramo de aseguramiento debieron ser definidas por cada entidad aseguradora, antes de su utilización y no se requirió de una aprobación previa para la respectiva póliza de seguro, disposición vigente para la época en que se expidieron las pólizas del contrato del contrato de obra examinado en el *sub-lite*.

Por su parte, la Ley 389 de 1997 modificó el párrafo final del artículo 1047 del Código de Comercio en relación con la prueba de las condiciones del contrato de seguro, en el siguiente sentido:

"En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado a la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad de contrato y tipo de riesgo."

³³ No obstante, en el texto de la póliza de cumplimiento de Latinoamericana de Seguros S.A. que ha sido relacionada en las pruebas de este proceso se observa una redacción muy similar a la que contenía la antigua Resolución de la Contraloría General de la República, en cuanto a la garantía de *condiciones normales de uso*, dentro del amparo de estabilidad.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 3 de mayo de 2001. Expediente 12.724.

³⁵ Artículo 184 *"Modelos de pólizas y tarifas, Los modelos de pólizas y tarifas no requerirán autorización previa de la Superintendencia Bancaria, En todo caso deberán ponerse a disposición de dicho organismo antes de su utilización, en la forma y con la antelación que determine con carácter general."*

Por lo anterior, a partir del Decreto-ley 663 de 1993 que reguló las operaciones autorizadas a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, entre ellas las compañías aseguradoras y del nuevo régimen de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993, las coberturas de los diversos riesgos amparados en la denominada garantía única de cumplimiento exigida en la citada Ley 80, se defirieron al contenido de la póliza establecida por la entidad aseguradora para el respectivo ramo de aseguramiento –en este caso el seguro especial denominado de *cumplimiento*- de tal manera que la póliza define y prueba el contenido del respectivo contrato de seguro y, por tanto, su clausulado de condiciones generales se debe tener como la “*ley del contrato*”, a la cual se refiere el artículo 1602 del Código Civil y como fuente de interpretación sistemática del contrato de seguro de cumplimiento³⁶.

De la misma manera cabe señalar que a partir de esta regulación del contrato de seguro hay lugar a concluir que las cláusulas ambiguas dictadas o elaboradas por la propia compañía aseguradora se deberán interpretar en su contra, siguiendo la regla del artículo 1624 del Código Civil, en tanto que –bueno es repetirlo- la propia aseguradora definió el contenido de las cláusulas del contrato desde el momento en que estableció el texto de la póliza matriz o de condiciones generales de los distintos amparos o riesgos en el respectivo ramo de aseguramiento.

Finalmente, vale la pena observar que en relación con los contratos celebrados en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁷, describió el amparo de estabilidad de la obra en referencia con la regulación de la responsabilidad del contratista por vicios en la construcción que se encuentra establecida en el artículo 2060 del Código Civil³⁸, no obstante, se advierte que el artículo 2060 del Código Civil tiene un alcance independiente y no necesariamente coincidente con el amparo de la póliza de seguro de estabilidad de la obra pública, toda vez la norma legal aludida regula una responsabilidad del constructor, independiente y diferente al

³⁶ Artículo 1622 del Código Civil.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 16 de marzo de 200, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, expediente No. 10.876.

³⁸ “**ARTICULO 2060. CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR PRECIO UNICO.** Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:
(...)

3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.

4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.”

riesgo cubierto en cada caso por el seguro de cumplimiento, cuyo objeto se define de acuerdo con lo que la se establezca en el respectivo contrato estatal y en la póliza de seguro de cumplimiento que ha de ser expedida en concordancia con el mismo.

5.2. Vigencia post contractual del amparo de estabilidad de obra.

En la sentencia No. C-154/96, la Corte Constitucional se refirió a la garantía única de cumplimiento establecida en la Ley 80 de 1993 e indicó que la citada garantía tiene por objeto amparar un riesgo que *trasciende más allá del simple incumplimiento*, de acuerdo con la interpretación que hizo del numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, así:

“La realización de un contrato, aun de aquéllos de ejecución inmediata o instantánea, supone ordinariamente un riesgo que trasciende más allá de la ocurrencia del simple incumplimiento y que puede comprometer, eventualmente, la estabilidad de la obra, la calidad de los equipos o de los suministros, el pago inoportuno o parcial o el desconocimiento de los derechos y prestaciones de los trabajadores que intervinieron en la realización de la obra, y tantos otros riesgos, que se buscan prevenir y subsanar con las aludidas garantías.”

(...)

De tiempo atrás la Sección Tercera del Consejo de Estado ha observado el carácter post contractual del amparo otorgado en la póliza de estabilidad de la obra, así:

“Si bien es cierto en el acto de liquidación final del contrato, ya sea por mutuo acuerdo de las partes o por decisión unilateral de la administración, regularmente se extinguen las relaciones jurídicas entre las partes, también lo es que subsisten algunas obligaciones a cargo del contratista, el cual pese a haber entregado la obra, los trabajos, o los bienes objeto del contrato, responderá no obstante haberse liquidado, de los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la ley (art. 2060 C.C.).

De acuerdo con la legislación contractual, debe éste salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados; amparar a la administración de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de obligaciones laborales o de los daños causados a terceros, obligaciones posibles de garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia se extiende por el tiempo que determine la administración de acuerdo con la reglamentación legal. De tal manera, que si se presentan vicios inherentes a la construcción de la obra, a la fabricación e instalación de los equipos y a la calidad de los materiales, surge una responsabilidad

*postcontractual que estará cubierta con las garantías correspondientes.”*³⁹

Por otra parte, se observa que la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, enumeraron los distintos riesgos que debían ser amparados por la garantía única de cumplimiento, sin delimitar las condiciones de cada riesgo, como sí se especifica separadamente en la regulación recientemente expedida en la cual se observa que de acuerdo con el Decreto 1510 de 2013⁴⁰, reglamentario del sistema de compras y contratación pública, se establece el contenido del amparo correspondiente precisando que cubre los perjuicios en relación con *“cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.”*

En relación con el inicio de la vigencia del amparo de estabilidad de obra se reconoce en la actual normativa la práctica que ya existía de exigir el aludido amparo a partir de la entrega de la obra, lo cual permite observar con claridad que el amparo respectivo se extiende para la etapa post contractual, más allá de la etapa de ejecución del contrato y se inicia a partir de la entrega y recibo de la obra contratada.

5.3. La potestad unilateral de hacer exigible la garantía de estabilidad de la obra en el contrato estatal deriva de una atribución legal.

En relación con la potestad de la Administración Pública para declarar el siniestro y hacer exigible la garantía única de cumplimiento del contrato estatal establecida en la Ley 80 de 1993, se ha pronunciado en diversas formas el Consejo de Estado y no siempre de manera pacífica, toda vez que han existido matices objeto de diversos salvamentos y aclaraciones de voto.

La Sala observa que en caso de la declaración de caducidad del contrato estatal, según los dictados del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, frente al incumplimiento que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato y bajo los supuestos espacio-temporales que la ley fija para la declaratoria de caducidad, la potestad para configurar el siniestro está expresamente asignada a la entidad contratante teniendo en cuenta que la norma citada dispone:

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 3 de mayo de 2001. Expediente 12.724.

⁴⁰ Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Artículo 116. No. 5: *“Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.”*

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

Ahora bien, en relación con la exigibilidad de la garantía de cumplimiento que no se encuentra en el escenario de la declaración de caducidad del contrato –como sucede con la garantía de estabilidad de la obra cuyo riesgo se materializa después de que el contratista ha cumplido con la entrega de la obra y se la ha recibido a satisfacción- la jurisprudencia del Consejo de Estado ha encontrado que dicha competencia de la entidad estatal contratante encuentra consagración o apoyo legal en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que la norma en cita atribuye a la entidad pública la facultad de declarar la exigibilidad de las obligaciones amparadas con las pólizas de seguro y demás garantías que otorguen los contratistas⁴¹, con el fin de integrar el título ejecutivo para el cobro, sin perjuicio de advertir que en todo caso la expedición del respectivo acto administrativo debe respetar los derechos y acciones de los contratistas y de las compañías aseguradoras, tanto en la actuación que precede a la declaratoria del siniestro, como en la expedición de los actos administrativos que se emitan en ejercicio de la mencionada atribución.

En cuanto a la facultad especial de decisión y ejecución unilateral de la Administración, la Sala reafirma la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el siguiente sentido:

“Este postulado de la decisión unilateral y ejecutoria se encuentra contemplado de manera general en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo y constituye una prerrogativa de poder público de la cual goza la Administración Pública en aquellas relaciones jurídicas en las cuales es parte, bien sean contractual o extracontractual. Esta norma establece que los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento; materialmente la firmeza de tales actos se erige en requisito indispensable para la ejecución de los mismos en contra de la voluntad de los interesados.

Así pues, las decisiones unilaterales y ejecutorias de la Administración Pública se expresan a través de actos administrativos que tienen presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para el

⁴¹ Artículo 68. Definición de obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo:

(...)

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

contratista, sin perjuicio de que éste pueda impugnarlos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los actos jurídicos que contienen decisiones ejecutorias deben cumplir con unos elementos tanto formales como materiales. Los primeros dicen relación con la competencia con la cual deben contar tanto las entidades como los funcionarios que expidan tales actos, así como la observancia de los procedimientos; los segundos se refieren a los motivos o causas, el objeto y la finalidad de tales actos. Al respecto el tratadista Vedel⁴² explicó:

“Como acto jurídico, la decisión ejecutoria se caracteriza por elementos formales y por elementos materiales.

“Los elementos de naturaleza formal son la competencia (poder del autor o autores de la decisión) y las formas (procedimiento según el cual se adopta la decisión).

“Los elementos de naturaleza material son los motivos o causa de la decisión (elementos de hecho o de derecho a los cuales debe responder la decisión; p. ej., un reglamento de policía tiene como motivos—o causa—cierta amenaza al orden público); el objeto (contenido de la decisión); el fin (el interés público).”

(...)

En relación con la competencia es importante precisar que la Administración Pública, amparada en el privilegio de lo previo, no puede decidir de manera unilateral sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal) porque desbordaría el principio que, de modo negativo, está consagrado en el artículo 84 del C.C.A., el cual dispone que los actos administrativos serán nulos “cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes”.

En este punto resulta importante recordar que la competencia de los funcionarios -al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares-, es de carácter excepcional y por ello requiere de consagración expresa, tal como preceptúan los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, según los cuales no existe competencia sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas.

Es al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos que opera el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley.⁴³⁴⁴

⁴² VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Aguilar. 1980. Pág. 154.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 23 de abril de 2009, Radicación: 25000233100011771-01 (16.372), actor: Aseguradora Colseguros S.A. demandada: Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., referencia: contractual – apelación sentencia

6. La intervención de la aseguradora en el litigio contractual en torno al incumplimiento del contrato asegurado.

Acerca de la intervención de la compañía aseguradora en el litigio iniciado en torno al incumplimiento del contrato estatal asegurado, se tiene que de acuerdo con los términos y condiciones en que el litigio sea planteado y las relaciones contractuales existentes entre las partes, la compañía aseguradora bien podría obrar en condición de parte, como litisconsorte o bien como tercero interesado, materia cerca de la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido las distintas calidades establecidas en el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo⁴⁵ en concordancia con los artículos 50 a 57 del Código de Procedimiento Civil, según lo reflejan los siguientes apartes:

i) Titular de la acción de controversias contractuales como parte demandante.

“Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.”

“Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí.”

⁴⁴ En igual forma la Sala encuentra pertinente citar el auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente (E): Gladys Agudelo Ordóñez, 9 de septiembre de 2011, radicación: 85001-23-31-000-2010-00101-01 (40.933), actor: Municipio de Aguazul, demandado: Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., referencia: auto proceso ejecutivo, en torno a las atribuciones de la Administración para declarar el siniestro, el cual se refirió al debate probatorio dentro de un proceso ejecutivo de cobro de una póliza de cumplimiento, así:

“Así las cosas, resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad⁴⁴.”

⁴⁵ “ARTICULO 146. INTERVENCION DE TERCEROS (...) En los procesos contractuales y de reparación directa, la intervención de litisconsortes y de terceros se regirá por los artículos 50 a 57 del Código de Procedimiento Civil. El Ministerio Público está facultado para solicitar la intervención de terceros eventualmente responsables. (...)”

Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y postcontractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas.

Adicionalmente, dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de una esas mismas pretensiones.”⁴⁶

ii) Llamamiento en garantía o denuncia del pleito.

“El llamamiento en garantía, como se ha manifestado en múltiples ocasiones, tiene ocurrencia cuando entre la parte o persona citada y la que hace el llamamiento, existe una relación de orden legal o contractual, con el fin de que aquella pueda ser vinculada a las resultados del proceso y, en particular, para que sea obligada a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago que sea impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso. En cuanto tiene que ver con los requisitos y el trámite aplicables a esta figura de vinculación procesal, dado que éstos no cuentan con una regulación especial en el Código Contencioso Administrativo, en aplicación de la remisión legal contenida en el artículo 267 de ésta misma codificación, debe sujetarse a las reglas que sobre la materia prevé el Código de Procedimiento Civil. La remisión a la cual alude la parte final del citado artículo 57, se refiere a las exigencias contenidas en los artículos 55 y 56 ibídem, que deben cumplirse para la procedencia de esta forma de vinculación de terceros.”⁴⁷

A la luz de la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo la figura del llamamiento en garantía fue específicamente contemplado en el artículo 225.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de Julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero, criterio reiterado en sentencia del 15 de abril de 2010, Expediente 18292 y más recientemente en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección A, 27 de enero de 2012, radicación: 52001233100019970848201, expediente: 18445, actor: Sociedad Mapfre Seguros de Colombia S.A., demandado: Red de Solidaridad Social referencia: Contractual – Apelación Sentencia.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de marzo de 2010, Radicación Número: 88001-23-31-000-2007-00024-01(37860), actor: Archipelago’s Power And Light Co. S.A. E.S.P. en liquidación, demandado: La Nación - Rama Judicial; en el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, julio 28 de 2010, radicación 2007 – 00546, Magistrada Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.

iii) Litisconsorte de la parte demandante o tercero interviniente en condición de coadyuvante de la demanda.

“En esa línea de pensamiento, una cosa es la participación de la aseguradora como litisconsorte facultativo del demandante y otra su vinculación como tercero interesado en el proceso, en calidad de coadyuvante de la demanda. En el primer supuesto se requerirá acreditar el cumplimiento de las cargas mínimas establecidas en el C.P.C., para los mencionados efectos, esto es, a solicitud de la parte actora mediante la reforma de su demanda dentro del plazo fijado en la ley, o a instancia del interesado en virtud de la acumulación de procesos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 del C.C.A. que remite a lo regulado en el artículo 157 del C.P.C. Por el contrario, en el segundo escenario, es decir, cuando se pretende establecer la procedencia de la intervención de la aseguradora como interviniente adhesivo, en los términos establecidos en el artículo 52 del C.P.C., se deberá verificar el interés de ese tercero en las resultas del proceso, y que no se haya proferido sentencia de única o segunda instancia⁴⁸.

En este punto ha de observarse que las diversas opciones de intervención en el proceso contencioso administrativo, tienen que concretarse en cada caso por la compañía aseguradora de acuerdo con el objeto del litigio y las relaciones contractuales existentes entre las partes, siendo claro que bien sea que la compañía aseguradora inicie la acción o que sea citada al proceso, debe evaluar el alcance de la calidad en que comparecerá y ejercer los derechos que le correspondan para plantear las pretensiones que decida hacer valer.

Así pues, la participación de la compañía aseguradora dentro del proceso en condición de demandante, de demandada, de llamada en garantía, de litisconsorte necesario, de litisconsorte facultativo o coadyuvante⁴⁹, dependerá, según las circunstancias concretas del referido proceso judicial, de las relaciones jurídicas que se aleguen y acrediten, cuestión que deberá armonizarse con la específica forma de vinculación procesal que en cada caso se invoque, la cual delimitará el alcance de la sentencia en relación con sus intereses y/o pretensiones, teniendo en cuenta el principio de la congruencia y los límites de las facultades del Juez.⁵⁰

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 3 de Marzo de 2010, radicación número: 13001-23-31-000-2003-01797-02(37591), actor: Consorcio de Ingenieros y Otro, demandado: Distrito de Cartagena de Indias, referencia: Acción Contractual.

⁴⁹ Se puede mencionar también la posibilidad la intervención “*ad excludendum*” prevista en el artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, la cual se debe presentar mediante demanda del interviniente, en el supuesto de que la compañía aseguradora se encuentre en posición de pretender en todo o en parte la cosa o el derecho controvertido, en los términos de la norma citada.

⁵⁰ Principio de la congruencia consagrado en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo vigente para el presente proceso y regulado actualmente en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto, tal como se detalló en la actuación procesal en este litigio, Liberty Seguros S.A., fue llamada a *integrar el contradictorio* mediante el auto admisorio de la demanda y habiendo sido notificada presentó su escrito de contestación a la demanda en el cual adhirió a todas las pretensiones y hechos de la demanda siempre que no afectaran sus intereses de la compañía, así como agregó sus pretensiones propias o autónomas en relación con las de la demanda, no obstante lo cual no presentó una demanda separada en relación con las citadas pretensiones propias, sobre lo cual volverá la Sala en el análisis del caso concreto.

7. La compañía aseguradora tiene la carga de conocer y evaluar el contrato cuyo cumplimiento garantiza.

En la sentencia C - 154 de 1996 la Corte Constitucional se pronunció sobre la condición calificada de los bancos y compañías de seguros como entidades autorizadas para otorgar la garantía única de cumplimiento del contrato estatal, así:

“Cuando el legislador escogió a los bancos y a las compañías de seguro como posibles garantes de los riesgos contractuales, medió un juicio de valoración que se juzga razonable y proporcionado, donde aquél tuvo en cuenta la solidez de tales entidades, que resulta de las exigencias y condicionamientos para su constitución, funcionamiento y operación (aporte mínimo de capital y de respaldo patrimonial, condiciones o márgenes especiales de solvencia, restricciones cuidadosas para la realización de sus inversiones, etc.) y, además, la circunstancia de que el propio Estado ejerce sobre ellas un sistema de inspección, control y vigilancia por intermedio de la Superintendencia Bancaria.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el legislador escogió como garantes de las obligaciones contractuales del contratista con las entidades estatales, a los bancos y compañías de seguros, porque dentro del nuevo diseño de la contratación surge la posibilidad de que dichas entidades puedan exigir "la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado" no sólo a aquél sino al garante, lo cual demanda que éste sea igualmente una persona calificada desde el punto de vista técnico y profesional y, además, de una reconocida solvencia económica para poder asumir el cumplimiento del contrato en sustitución del contratista garantizado (arts. 4, ordinal 1o., 17 y 18 de la Ley 80 de 1993).”

Ahora bien, las compañías de seguros autorizadas para operar en Colombia tienen como regla general la facultad que les asiste de seleccionar los riesgos que deseen

asumir de acuerdo con su experiencia y su capacidad técnica y económica⁵¹ si se tiene en cuenta que el artículo 1056 del Código de Comercio dispone que el “asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados”⁵².

La contrapartida de esa autonomía para delimitar el riesgo en el contrato de seguro y decidir si se emite o no la póliza de seguro, no puede ser otra que la carga de la compañía de seguros de evaluar y definir en forma completa y clara las condiciones del riesgo para minimizar su exposición al mismo⁵³ y prestar un adecuado servicio de aseguramiento.

Por lo anterior, delimitado el riesgo por la propia compañía de seguros y expedida la póliza correspondiente, la aseguradora tendrá la consecuente obligación de responder por el siniestro en los términos de la póliza de seguro otorgada, es decir que como consecuencia de su decisión voluntaria y libre de asumir un riesgo y de la expedición de la póliza respectiva, se le impone la obligación primordial de indemnizar al asegurado, mediante el pago de las sumas estipuladas -o la reposición o reconstrucción de la cosa asegurada en su caso- si en que le sea permitido en el momento de la reclamación entrar a redefinir el riesgo amparado o recortar el alcance de su cobertura, en forma unilateral y con fundamento en interpretaciones acerca de la naturaleza o alcance del amparo o invocar términos y condiciones que no fueron expresados en la póliza.

Tratándose de seguros de manejo o de cumplimiento, la compañía aseguradora por el hecho de pagar el siniestro se subroga en los derechos de la entidad asegurada contra el contratista cuyo cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios, según lo dispone artículo 203, numeral 3 del Estatuto Orgánico del Sistema

⁵¹ “La única excepción a este principio la constituyen los seguros obligatorios creados solamente por ley, de conformidad con lo estipulado en el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los cuales las entidades aseguradoras que tengan autorizado el ramo correspondiente están en la obligación de otorgar la cobertura en los términos que la ley lo prevea, sin posibilidad de negar la asunción del riesgo.” Superintendencia Bancaria, (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Concepto No. 1999001812-2. Marzo 2 de 1999.

⁵² En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2008025265-001 del 9 de junio de 2008.

⁵³ Superintendencia Bancaria, (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Concepto No. 1999001812-2. Marzo 2 de 1999. Intendente de Seguros y Reaseguros. “En este sentido, si la aseguradora decide asumir la cobertura relativa al cambio de milenio, es necesario obtener y comprobar toda la información pertinente del riesgo, con el propósito de determinar el estado de compatibilidad de los sistemas de información de tomadores y/o asegurados con el cambio de milenio, a más de contar con el respaldo de reaseguradores inscritos en el registro de esta Superintendencia, máxime si tenemos en cuenta que la expedición de pólizas de seguro respecto de las cuales la sociedad no haya logrado obtener, mediante el empleo de contratos de reaseguro, colocación en firme del respectivo riesgo, constituye práctica insegura y no autorizada, conforme lo establece el literal d, subnumeral 3.2, numeral 3, Capítulo Segundo del Título Sexto de la Circular Básica Jurídica No. 007 de 1996.”

Financiero, por lo cual se deduce también la carga de la compañía aseguradora en el conocimiento y evaluación del sujeto asegurado y del objeto del seguro, práctica que debe desplegar cuidadosamente antes de expedir la póliza, con el fin de establecer además del alcance del riesgo asegurado, los mecanismos de contragarantía o recuperación en caso de que la compañía aseguradora se vea en la obligación de pagar la indemnización.

Por otra parte, se ha indicado que de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero corresponde a la compañía aseguradora la decisión de elegir los ramos de aseguramiento en los cuales presta el servicio y la definición de los formatos de las pólizas que diligencia ella misma en el momento en que las expide, con la identificación del objeto y riesgo asegurado en el caso de la póliza de cumplimiento y por lo tanto se concluye –también por esta vía- que la aseguradora tiene la carga obvia de conocer el objeto y las obligaciones del contrato y evaluar el alcance y el riesgo de cumplimiento del mismo antes de expedir la póliza, lo cual resulta especialmente importante en cuanto el contrato asegurado haya sido celebrado con una entidad estatal, toda vez que además de ser la actividad aseguradora de interés público por disposición del artículo 355 de la Constitución Política, en el caso del seguro de cumplimiento de los contratos estatales debe tener presente que con su ejecución se persigue la satisfacción del interés general que se encuentra inmerso en cada uno de tales contratos.

En conclusión, se considera que la compañía aseguradora falta a su deber legal cuando expide una póliza de cumplimiento sin conocer y evaluar con detalle el objeto del contrato asegurado y el estado del riesgo que asume, circunstancia suficiente para que no pueda alegar a su favor la ambigüedad del objeto del contrato asegurado y menos pueda ampararse en la falta de claridad o precisión de las cláusulas del contrato de seguro que han sido dictadas o elaboradas por ella misma.

8. El caso concreto.

8.1. La definición de la obra contratada comprendió los equipos para el funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas.

De acuerdo con la Resolución 3244 de 1994, mediante la cual se adjudicó la licitación pública que antecedió a la firma del Contrato No. 374 de 1994, la obra objeto de la licitación y del contrato aludido se definió con arreglo a los siguientes términos:

“Grupo 1

Comprende la construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y Obras Complementarias del Municipio de FUNZA, consistente en seis zanjones de oxidación, seis sedimentadores, seis estructuras para lechos de secado, colectores, estación de bombeo, línea de conducción, sede administrativa, estructuras, instalaciones eléctricas y obras complementarias.” (La subraya no es del texto).

En el mismo sentido, la cláusula primera del Contrato de Obra No. 374, suscrito el 19 de diciembre de 1994, dispuso el objeto contractual así:

“PRIMERA: OBJETO: El contratista se obliga para con la CORPORACIÓN a construir la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y Obras Complementarias del Municipio de Funza Cundinamarca.”

Así las cosas se tiene que la definición de la “obra” contratada mediante el contrato No. 374 comprendió la “Planta de Tratamiento de Aguas Residuales”, con todos los componentes y obras complementarias, según lo descrito en el alcance del respectivo proceso de licitación y congruentemente en el objeto contractual, de manera que en el presente caso la Sala arriba a la primera consideración de que no puede aceptar la escisión conceptual planteada por la parte demandante entre “la estructura” construida y “los equipos” instalados que conformaron la referida planta de tratamiento de aguas y en este sentido desde ahora observa que no acompañará la interpretación de la compañía aseguradora realizada con el fin último de sostener que el amparo de estabilidad de “la obra” sólo habría comprendido el riesgo originado en la falta de firmeza de las estructuras –en este caso de los zanjones y lechos - que hacían parte de la respectiva construcción.

Por otra parte, se advierte que el amparo de estabilidad de la obra, en el caso concreto que ocupa la atención de la Sala, tenía la siguiente cobertura asignada de acuerdo con el clausulado general de la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales - Ley 80 de 1993, definida y expedida por Latinoamericana de Seguros S.A., según se lee en el texto de la póliza que se encuentra en el folio 65 del cuaderno principal:

“1.5. AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA.

CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE CONTRA EL RIESGO DE QUE, DURANTE EL TÉRMINO ESTIPULADO Y EN CONDICIONES NORMALES DE USO, LA OBRA SUFRA DETERIOROS IMPUTABLES AL CONTRATISTA, QUE IMPIDAN EL SERVICIO PARA EL CUAL SE EJECUTÓ.

CUANDO SE TRATE DE EDIFICACIONES, LA ESTABILIDAD SE DETERMINARA DE ACUERDO CON LOS PLANOS, PROYECTOS, SEGURIDAD Y FIRMEZA DE LA ESTRUCTURA.”

En consecuencia, la Sala itera que la estabilidad de obra que se amparó en la póliza No. 377080 no se refirió únicamente a la seguridad y firmeza de las edificaciones o a sus cimientos – este caso de los zanjones y lechos en los que reposan las aguas tratadas-, toda vez que una conclusión de tal naturaleza no se compadece con la definición de la “Obra” que se adoptó para el caso concreto del Contrato No. 374/94, ni encuentra respaldo en la póliza de seguro referida, en la cual el amparo otorgado claramente no se restringió a las edificaciones, como pretendió la aseguradora en el proceso, sino que se refirió a los deterioros de la obra imputables al contratista, que impidieran el servicio para el cual se ejecutó –que no era otro que el tratamiento de las aguas residuales-, con base en lo cual se impone concluir que en este caso se encontraba amparada la estabilidad de la planta de tratamiento de aguas como un sistema integral del cual hacían parte los equipos en cuanto a los fines, los propósitos y el servicio para el cual se contrató y ejecutó la obra, lo cual se apoya en que en el caso muy particular del Contrato No. 374/94 los equipos fueron indicados como parte de la obra y obviamente con ellos -y sólo gracias a ellos- se hacía posible el tratamiento de aguas residuales, para lo cual se contrató y se ejecutó la obra, concluyéndose así que necesariamente el amparo de estabilidad de obra contenido en la póliza No. 377080 cobijó, en este caso específico, el riesgo de los equipos en cuanto al deterioro – imputable al contratista- que impidiera el referido tratamiento de las aguas residuales.

Finalmente no encuentra la Sala asidero para dividir el Contrato de Obra No. 374 en dos objetos: la construcción de una obra y el suministro de equipos, cuando en el contrato citado no se realizó tal diferenciación y la obra se contrató y se ejecutó bajo un solo objeto contractual, sobre el cual se expidió en la misma forma la garantía de la compañía aseguradora sin haber realizado distinción alguna o precisión en *la obra* como el objeto del amparo de estabilidad otorgado, toda vez que en la póliza No. 377080, se lee:

“OBJETO: GARANTIZAR LA ESTABILIDAD DE LA OBRA SEGÚN CONTRATO NO. 374/99 RELACIONADO CON LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS CORRESPONDIENTES A LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES Y OBRAS COMPLEMENTARIAS, DEL MUNICIPIO DE FUNZA CUNDINAMARCA.” (La subraya no es del texto).

Tampoco se puede acoger la interpretación de la parte demandante en cuanto al “*error de amparo invocado*” que de aplicarse indicaría que los equipos integrantes de la planta de tratamiento de aguas carecían del amparo de estabilidad de obra, toda vez que precisamente la misma cobertura fue extendida mediante la Póliza de estabilidad de obra No.002000595 a las dos líneas de impulsión que se adicionaron⁵⁴ a las estaciones de bombeo que hacían parte del objeto contratado, dado que estos bienes equipos parte de la obra de manera que si la aseguradora no estimaba viable el amparo de estabilidad de obra en relación con los equipos que integraban la planta de tratamiento de aguas, no podría entenderse cómo pudo otorgar la adición de la cobertura de estabilidad de la obra a unos elementos de los equipos que hacían parte de la planta y que no constituían edificaciones o construcciones de la obra.

Aquí necesariamente debe aplicarse una interpretación sistemática de las cláusulas del seguro de cumplimiento de acuerdo con los dictados del artículo 1622 del Código Civil y observar de la misma manera los amparos que fueron extendidos por las distintas pólizas otorgadas secuencialmente en el desarrollo del contrato cuyo cumplimiento se garantizó en concordancia con el riesgo asegurado definido para esos amparos, dándole el sentido que mejor convenga para el cumplimiento de la cláusula de la garantía única pactada en el Contrato de Obra No. 374.

Para alcanzar dicha interpretación sistemática la Sala tiene en cuenta las siguientes pruebas:

- i) En la póliza No 002000595 se estableció claramente el amparo de “*estabilidad*” y se lee la referencia expresa al contrato de obra y a la estación de bombeo, *siendo ella parte de los equipos*, así: “*Contrato No. 374/99, relacionado con estación de bombeo con dos líneas de impulsión de 12” de la planta de tratamiento de aguas residuales del municipio de Funza*” (folio 22 cuaderno 2), de manera que la Sala advierte que en relación con el riesgo asegurado para las líneas de impulsión se entendió predicable el amparo de *estabilidad de obra* por parte de la propia aseguradora que otorgó la póliza con ese objeto, de manera que sí aseguró el riesgo de tales equipos bajo el amparo de estabilidad de obra invocado por la propia aseguradora, por lo cual es claro que todos los equipos debían ser objeto de similar amparo, como en efecto se concluye que fueron cubiertos por la póliza No. 377080 para el

⁵⁴ Como consecuencia de la segunda adición al contrato No. 374.

evento definido en el amparo de estabilidad según el cual “*durante el término estipulado y en condiciones normales de uso, la obra sufra deterioros imputables al contratista, que impidan el servicio para el cual se ejecutó*”.

- ii) En el mismo sentido se encuentra que en el Acta de Acuerdo No. 1 de 26 de mayo de 1997, citada por la demandante, las partes del contrato se refirieron a la vigencia de la garantía de *estabilidad* de la obra a partir de la entrega y puesta en marcha de la *Planta de Tratamiento*, de acuerdo con el acta de recibo de fecha 15 de abril de 1997, otorgada sobre el 5% del “*valor total del contrato*”, frente a lo cual resulta claro que la obra entregada era la planta de tratamiento –incluyendo los equipos- y que por otra parte el monto de referencia para establecer el amparo de estabilidad de obra incluyó el valor de toda la planta, cuyo valor total constituyó la base de liquidación de la prima del seguro de estabilidad de toda la obra contratada y ejecutada –incluyendo el valor de los equipos- por lo cual resulta evidente que la garantía que se exigió y otorgó en relación con la estabilidad de la obra cobijó todos los bienes integrados en dicho valor de obra y no sólo las estructuras o edificaciones, amén de que no puede aceptarse que una hubiere sido la interpretación del riesgo cubierto con la póliza de estabilidad de obra en el momento de establecer el valor para liquidar y cobrar la prima del seguro y otra diferente en el momento en que se solicitó el pago del siniestro, lo cual iría contra el principio de la buena fe de la compañía aseguradora, en los términos del artículo 871 del Código de Comercio y no sería una conducta exenta de culpa si se tiene en cuenta su especial condición como experta en la actividad aseguradora y por ello en la determinación del riesgo amparado.
- iii) A diferencia de lo que afirma la compañía aseguradora, en el análisis del material probatorio se observa que en el Contrato No. 374 no se pactó un amparo de *calidad y buen funcionamiento de equipos*, ni en la cláusula décima del contrato ni en las actas de recibo de la obra, de manera no se puede interpretar la cláusula décima del contrato contentiva de la garantía única de cumplimiento en el sentido de dejar descubierto el riesgo de funcionamiento de los equipos, sino por el contrario debe interpretarse en el sentido de incluir el funcionamiento de los equipos como parte de la planta de tratamiento de aguas y, por ende, en el amparo de riesgo de estabilidad de la obra, debido a la definición contractual de la obra y de la garantía de cumplimiento, las cuales convergen en que se contrató la construcción de una planta para para

el tratamiento de aguas residuales consistente tanto en unos pozos de sedimentación como en unos equipos con los cuales se lograba el tratamiento, es decir que el buen funcionamiento de los equipos como parte de la obra era indispensable para lograr el objeto para el cual se contrató la planta, de manera que a falta de un amparo especial para los equipos debe entenderse que el riesgo quedó cobijado en los términos y condiciones en que se extendió el amparo de estabilidad de obra, en cuanto la planta de tratamiento entregada tuvo que suspender la operación por cuanto no se logró que funcionara en cumplimiento del cometido para el cual se contrató.

- iv) El amparo estabilidad de obra aparece consistentemente referido a la totalidad de la *“planta de tratamiento de aguas”* si se da una lectura consecuente a todos los documentos contractuales que se refieren a la mencionada *“planta de tratamiento”* como la obra contratada, interpretación que debe adoptarse en cuanto en ese sentido produce el efecto para el cual se pidió y otorgó una garantía que era legalmente obligatoria y no en el sentido en que no habría existido tal garantía, pese a lo exigido por la ley y lo pactado en el contrato de obra.
- v) Se advierte que en el acta de liquidación parcial de obra de fecha 15 de abril de 1997 las partes acordaron un amparo especial para la calidad y buen funcionamiento *de los repuestos* de la estación de bombeo⁵⁵, por el 10% del valor de tales repuestos y vigencia de un año, el cual constituyó un amparo específico originado en el Acta Técnica No. 21, tal como se lee claramente en la parte correspondiente del acta y en la póliza No. 377047 otorgada, la cual sólo tuvo un valor de \$8'663.128 establecido en relación con el valor de dichos repuestos, circunstancia que la compañía aseguradora invoca, confundiendo esta póliza de los repuestos con una póliza de *calidad y buen funcionamiento para todos los equipos* como si fueran equivalentes los repuestos específicamente adquiridos en la etapa final del contrato con la totalidad de los equipos instalados, lo cual no puede aceptarse como base para concluir que hubo una póliza que habría tenido la cobertura de calidad y buen funcionamiento de la totalidad de los equipos, la cual habría expirado para el momento en que la CAR acudió a exigir la póliza de estabilidad de

⁵⁵ En el folio 4 del cuaderno principal, dentro del acta de liquidación parcial de obras se lee: *“PÓLIZAS A CONSTITUIR: Póliza que ampare la calidad y buen funcionamiento de los repuestos para la estación de bombeo de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del Municipio de Funza por el 10% del valor total de los repuestos.”* La subraya no es del texto.

obra, cuando se ha visto que sólo existió una póliza especial de calidad y buen funcionamiento de los repuestos, cuyos específicos términos se acordaron de conformidad con el Acta No. 21 en cita.

Acerca de los dos amparos separados que se enumeraron en el Acta de liquidación parcial de obra de 15 de abril de 1997 –garantía de repuestos y estabilidad de obra– precisamente se tienen con ellos la prueba de que *no se requirió un tercer amparo de buen funcionamiento de equipos*, de manera que ello también obliga a concluir que el amparo correspondiente a los equipos que hicieron parte de la planta de tratamiento de aguas estaba incluido en el amparo de estabilidad de obra solicitado y otorgado.

Igualmente se advierte que el siniestro no se declaró en relación con la calidad o funcionamiento de los aludidos *repuestos*, sino que las obligaciones de la aseguradora se hicieron exigibles en relación con asuntos técnicos que impidieron el funcionamiento de la planta de tratamiento y que según se lee en los requerimientos de la CAR, realizados con base en los conceptos técnicos, se originaron por la no idoneidad del funcionamiento de los motores respecto del sistema de aireado que se instaló lo cual obligó a suspender el funcionamiento de la planta aún después de los correctivos intentados por la contratista, más no por la mala la calidad de los repuestos, aspecto que se evidenció en la Resolución No. 462 de 1999 en la cual se identificaron debidamente los hechos que materializaron el riesgo de inestabilidad de la obra, el cual sucedió con independencia de que la sociedad contratista hubiera cumplido con la entrega oportuna de los repuestos y de que la vigencia del amparo de calidad y buen funcionamiento otorgado sobre los mismos ya hubiera expirado.

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada, toda vez que no se encontró probado que la CAR hubiera incurrido en una falsa motivación ni hubiera atribuido efectos *praeter legem* a la póliza de seguro que se encontró correctamente exigida, ni que la compañía aseguradora se hubiere encontrado compelida a honrar una garantía vigente por más tiempo de aquel al que se obligó el contratista en el Contrato de Obra No. 374 de 1994.

8.2. Existencia del riesgo asegurable en la póliza de estabilidad de obra otorgada en el presente caso.

La compañía aseguradora invocó en su recurso de apelación la ineficacia del contrato de seguro por cuanto afirmó que el riesgo asegurable se materializó con anterioridad a la fecha de expedición de la póliza de estabilidad de obra.

Preliminarmente, desde el punto de vista procesal, se advierte que en este caso las pretensiones *subsidiarias* que formuló en la primera instancia la compañía aseguradora dentro del escrito mediante el cual coadyuvó la demanda se encaminaron a que “se declare la nulidad relativa del contrato de seguro instrumentado en la póliza No. 377080C, y la póliza No. 002000595 y sus certificados modificatorios, en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio”, pretensiones que se propusieron frente a la sociedad demandante, respecto de la cual la compañía aseguradora siempre tuvo la condición de litisconsorte, de manera que han debido ser incoadas en proceso separado mediante una demanda de la compañía aseguradora contra la sociedad particular contratista.

Así pues se observa que en tratándose de la referida nulidad relativa del contrato de seguro la parte demandada habría sido su coadyuvada la sociedad Solel Boneh International Ltd., y no la CAR, a lo cual se debe agregar que a la compañía aseguradora en el proceso contencioso administrativo de carácter contractual le asiste la carga definir las pretensiones e incoarlas en la forma y términos que corresponda al derecho que alega.

En el presente caso la compañía aseguradora no acudió a una demanda separada para presentar su propias pretensiones ni tuvo lugar la figura procesal del llamamiento en garantía en los términos del artículo 57 del Código de Procedimiento Civil y por el contrario, no habiendo sido presentada tal demanda acerca de la nulidad del contrato de seguro ni el llamamiento en garantía por la compañía aseguradora no tenían lugar en este escenario procesal las pretensiones propias de la compañía aseguradora contra la sociedad demandante.

Sobre la alegada reticencia del tomador del seguro, el Tribunal *a quo* observó que no estaba probada la mentira en que habría incurrido dicho tomador del seguro y desechó los argumentos de la compañía aseguradora, a lo cual la Sala precisa en este proceso no hay lugar a pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias orientadas a la nulidad relativa del contrato de seguro consagrada en el artículo 1058 del Código de Comercio, en cuanto no fueron impetradas mediante la debida figura procesal según se ha expuesto.

Por otra parte se observa que en el recurso de apelación la compañía aseguradora invocó cargos similares a los presentados en primera instancia como litisconsorte, en

relación con el hecho de que las disfunciones de la planta de tratamiento de aguas mencionadas en la Resolución No.462 de 1999 se evidenciaron en comunicaciones anteriores a la fecha de expedición de la póliza de seguro de estabilidad de obra, por lo cual debería revocarse la sentencia de primera instancia.

En relación con los aludidos argumentos del recurso de apelación, la Sala encuentra que no corresponden a lo probado en el proceso, por lo siguiente:

- i)** De acuerdo con la Póliza No. 377080 la vigencia del amparo de estabilidad de obra inició el 15 de abril de 1997, fecha en la que se recibió la planta de tratamiento de aguas mediante entrega parcial de la obra y se observa que - de acuerdo con la relación de las pruebas aportadas al proceso y las referidas en el citado acto administrativo- todas las comunicaciones que se citan en la Resolución No. 462 de 1999 como antecedentes para hacer exigible la garantía respectiva tienen fecha posterior -la primera de ellas es de mayo 19 de 1997- y por lo tanto se concluye que fueron emitidas en vigencia de la referida póliza de estabilidad de la obra.
- ii)** Adicionalmente se advierte que la situación anómala en el funcionamiento y estabilidad de la planta de tratamiento de aguas residuales se concretó con la suspensión ocurrida el día 8 de octubre 1998, evaluada en la inspección técnica de 21 de octubre de 1998, cuyas conclusiones fueron informadas con oficio SDO-782 de 19 de noviembre de 1998 (folio 39 cuaderno 2), todo lo cual sucedió después de la fecha de expedición de la póliza No. 377080 emitida el 16 de junio de 1997 y además se observa, con base en esta misma relación de comunicaciones y con las pruebas aportadas al proceso, que el riesgo se concretó después de haber recibido la planta de tratamiento de aguas la cual inicialmente funcionó con dificultades, etapa en que la CAR realizó varias pruebas de funcionamiento con las modificaciones y recomendaciones que la contratista entregó y para cuyo análisis la compañía aseguradora fue citada por escrito a la reunión de 19 de noviembre de 1998, pero finalmente las deficiencias técnicas no pudieron ser superadas ante lo cual la CAR evidenció que la planta de tratamiento de aguas no logró el funcionamiento para el cual se contrató.
- iii)** También en su momento la CAR permitió la participación y acceso a la compañía aseguradora en la actuación que concluyó con la Resolución No. 462 del 26

de marzo de 1999 mediante la cual se declaró la existencia del siniestro, así como se encuentra probado que a la compañía de seguros se le concedió el recurso de reposición contra el acto administrativo mencionado, el cual ejerció en su oportunidad.

iv) Por otra parte, se observa que la póliza de estabilidad No. 002000595, *extendió la cobertura del amparo de estabilidad de obra ya otorgado con la póliza No. 377080*, con ocasión de la adición del Contrato de Obra No. 374 en cuanto tal extensión se refirió a las nuevas líneas de transmisión de la última estación de bombeo contratada, por lo cual esta póliza No. 002000595, no constituyó un amparo separado para la misma obra, sino una ampliación del amparo otorgado y se advierte que de todas maneras resultan desacertados los argumentos de la aseguradora respecto de esta póliza pues los hechos que dan lugar a la declaratoria del siniestro se concretaron el 8 de octubre de 1998, también con posterioridad a la expedición y vigencia de la aludida póliza No. 002000595, la cual inició su cobertura el 5 de enero de 1998.

Por todo lo anterior, tampoco son de recibo los argumentos de la compañía aseguradora acerca de que la entrega de la obra a satisfacción y los paz y salvos otorgados en el acta de liquidación del contrato constituyeran causa de inexistencia o exoneración respecto del riesgo de estabilidad de la referida obra, toda vez que el riesgo amparado no se materializó ni se convirtió en un hecho cierto antes de la expedición de las pólizas de seguro cuya exigibilidad se declaró en los actos administrativos acusados, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia apelada, en la cual se denegaron las súplicas de la demandante.

8.3. Carga de la prueba para obtener la declaratoria de nulidad.

Bien vale la pena agregar, por último, que la carga de la prueba para obtener la nulidad del acto administrativo mediante el cual se hizo exigible la garantía de estabilidad de la obra, correspondía a la parte demandante, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de manera que le incumbía probar los hechos mediante los cuales se evidenciaba el supuesto alegado –en este caso la falsa motivación o la ineficacia del seguro-, para obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones acusadas.

No obstante en este caso las pruebas no acreditan ni la falsa motivación ni la materialización del siniestro en forma preexistente al otorgamiento de la póliza para sustentar la ineficacia del seguro y, por lo tanto, los argumentos expuestos no pasan del plano teórico acerca de cuál hubiera debido ser la póliza de seguro solicitada y técnicamente otorgada en un contrato de obra como el contrato No. 374, mas no se concretó con base en las pruebas violación legal alguna ni la aplicación de la garantía otorgada a un asunto no amparado por la póliza, de manera que ha de estarse a lo que la entidad estatal afirmó en los considerandos de la respectiva Resolución No. 462 de 1999, la cual por lo tanto continúa amparada por la presunción de legalidad que la cobija en cuanto se trata de un típico acto administrativo, tal como concluyó el Tribunal *a quo*.

9. Costas

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el diecisiete (17) de marzo de dos mil cuatro (2004).

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA