

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Cesión del contrato - Cesión de la posición contractual – Régimen de contractual - competencia para proferir actos administrativos como cesionario – PDA – Aplicación del EGCAP – Función administrativa

Por su parte, la recurrente alegó que la cesión del contrato de obra No. 2003 del 10 de noviembre de 2011 que efectuó el departamento de Santander en favor de la ESANT no mutó su naturaleza ni alteró su régimen, esto es, el previsto en el EGCAP, de conformidad con en el Decreto 4548 de 2009, de ahí que fuera competente para dictar los actos acusados.

De conformidad con lo establecido en los artículos 7º y 12 del Decreto 3200 de 2008 y 1º del Decreto 4548 de 2009, la designación como gestor de los planes departamentales para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento -PDA- implica para dichos gestores, por un lado, el ejercicio de función administrativa y, por el otro, el sometimiento de su gestión contractual a las previsiones contenidas el EGCAP -para la implementación del plan.

[...]

A partir de lo expuesto, es posible colegir que tanto los contratos celebrados por los gestores de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento -PDA-, como las actuaciones contractuales que estos desarrollan en el marco de dichos planes, se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y sus reformas. En efecto, al tener a su cargo la gestión, implementación y seguimiento del PDA, resulta justificado que dichos gestores, en ejercicio de la función que les ha sido encomendada, puedan acudir - a lo largo de todo el inter contractual- a los mecanismos y herramientas previstas en el EGCAP-.

[...]

Sobre este particular, en un fallo reciente proferido por esta Subsección se abordó la problemática que ahora ocupa la atención de la Sala, para significar que en aquellos eventos en los que una empresa de servicios públicos domiciliarios actúa en su condición de gestor del PDA, el régimen contractual que gobierna la actuación contractual es el previsto en el EGCAP, con independencia de las previsiones contenidas en la Ley 142 de 1994 [...]

[...]

En tal sentido, resulta claro que la facultad de la ESANT para proferir los actos demandados devino de la Ley -que no de la cesión del contrato efectuada por el Departamento en favor de esta última-; en su condición de gestor del plan departamental de aguas a la entidad le eran aplicables las disposiciones contenidas en el EGCAP, por lo que, al obrar en tal condición, era competente para dictar la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, confirmada mediante

la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, las cuales comportaron verdaderos actos administrativos.

CONTRATO DE OBRA – Obligaciones accesorias – Subsanación de defectos durante el término de la garantía - Garantía por estabilidad de la obra – Incumplimiento – Obligación postcontractual – Alcance – Ocurrencia del siniestro – No resulta necesario declarar incumplimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 2060 del Código Civil, en los contratos de obra subsisten obligaciones accesorias para el contratista, a partir de las cuales, una vez entregada la obra o suscrita el acta de liquidación del contrato, este se obliga a responder por los defectos que pueda presentar la obra durante el término de la garantía, *“de manera que evidenciada la ausencia de estabilidad, y por ende, acaecido el riesgo asumido por el contratista ejecutor, éste debe subsanar las fallas que la obra presente después de su entrega y que afecten o impidan su uso, o, demostrar un eximente de responsabilidad.*

Así las cosas, una vez finiquitada y entregada la obra surge a cargo del contratista-como obligación accesoria- el deber de subsanar las fallas que se presenten durante el término de la garantía, “de manera que, al exigirse su cumplimiento, no se cuestiona si las obligaciones axiales del contrato fueron satisfechas -o no- en la forma y tiempo debidos; lo que está en discusión es el incumplimiento de una prestación accesoria posterior a la extinción de aquéllas, es decir, se trata de una obligación postcontractual”. Ante el incumplimiento de dicha obligación accesoria, la Administración se encuentra facultada para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectivo el amparo de estabilidad de la obra, para lo cual, desde luego, no resulta necesario que previamente declare *el incumplimiento de obligaciones postcontractuales, en la medida en que la afectación de dicho amparo derivará directamente de la verificación objetiva del incumplimiento de esa obligación.*

DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO – Efectividad de la cláusula penal como mecanismo resarcitorio o indemnizatorio – Posterioridad al plazo contractual y hasta la liquidación - Imposición de multas – En vigencia del plazo de ejecución contractual – Finalidad conminatoria - Etapa postcontractual – Contrato liquidado – Obligación Principal – Obligación Accesoria

A este efecto, es menester señalar que de conformidad con la Ley 1150 de 2007, las entidades públicas se encuentran facultadas para declarar el incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal procedimiento en marco del cual, según lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política, se debe respetar el debido proceso A partir de lo indicado por esta Corporación, la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal como mecanismo resarcitorio o indemnizatorio podrá realizarse luego de expirado el plazo contractual y hasta su liquidación, a diferencia de la imposición

de multas, la cual solamente tiene cabida mientras se encuentre vigente el plazo de ejecución contractual, pues su finalidad no es indemnizatoria sino conminatoria, en tanto procura inducir o apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – Declaratoria antes de la liquidación bilateral

[...] A partir de lo anterior, en el presente caso le asiste razón a la parte demandante, pues si bien el marco normativo le permitía a la ESANT declarar el incumplimiento de la obligación principal del contrato de obra aun expirado el plazo de ejecución del contrato -como en efecto ocurrió-, cierto es que dicha prerrogativa debió haberse efectuado hasta antes de la liquidación bilateral del negocio jurídico. En el proceso quedó acreditado que el 1º de diciembre de 2015 las partes liquidaron bilateralmente el contrato No. 2003 de 2011 [...] y la Resolución No. 52 y su confirmatoria, esto es, la Resolución No. 56, se proferieron el 24 y 29 de mayo de 2018, respectivamente [...] lo que conduce a concluir que la entidad acudió a la prerrogativa a su cargo después de vencido el marco temporal que tenía para tal efecto.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Actuación posterior la terminación normal o anormal del contrato – DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO – No puede efectuarse una vez liquidado el contrato

Lo anterior, sobre la base de que la liquidación bilateral de los contratos sujetos al Estatuto General de Contratación Administrativa es una actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, que supone un acuerdo de voluntades que finiquita la relación negocial¹, en virtud del cual las partes establecen si existen acreencias pendientes a favor o a cargo de las partes, realizan un balance de las cuentas y, si es del caso, efectúan las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar como resultado de la ejecución del contrato celebrado, por lo que una vez celebrado dicho acuerdo no puede ser desconocido posteriormente por parte de quien lo suscribió.

Así las cosas, en los términos señalados en la demanda, la Sala encuentra que la entidad demandada infringió el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, pues habiendo liquidado bilateralmente el contrato de obra No. 2003 de 2011 no se encontraba facultada para declarar posteriormente el incumplimiento de la obligación principal del contrato -como en efecto ocurrió

CONTRATO DE SEGURO - Cumplimiento de obligaciones emanadas del contrato estatal

Con el propósito de asegurar el cumplimiento total y oportuno del objeto contratado y de proteger el patrimonio público, el legislador determinó que es deber de los contratistas, salvo las excepciones consagradas en la ley, constituir a favor de las entidades contratantes garantías de cumplimiento -pólizas, garantías bancarias etc.-, con el fin de trasladar a un tercero la obligación de concurrir al pago de la respectiva

indemnización de perjuicios, en caso de que se produzca el incumplimiento de las prestaciones a cargo de aquellos.

[...] Bajo el anterior contexto normativo y a diferencia de los particulares y/o beneficiarios el seguro, surge para la Administración la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo debidamente motivado, con carácter ejecutivo y ejecutorio, que -por regla general- no tiene naturaleza sancionatoria y, por tanto, puede ser impugnado en sede administrativa o demandado judicialmente por el contratista o la aseguradora. Además de lo anterior, cabe agregar que dicha facultad igualmente conlleva la prerrogativa de cuantificar el perjuicio cuando haya lugar, con el fin de determinar el monto que deberá pagar la compañía de seguros y/o el contratista.

CONTRATO DE SEGURO – Amparo de estabilidad de la obra – Objeto – Declaratoria de siniestro – No tiene carácter sancionatorio – Recurso de reposición – Impugnación por parte del contratista o de la compañía de seguros

El amparo de estabilidad de la obra tiene por objeto garantizar la reparación de los daños que se manifiesten con posterioridad a su entrega y recibo a satisfacción, siempre que tales afectaciones no hayan sido ostensibles al momento de dicha entrega, ni constituyan situaciones conocidas por la Administración antes de la finalización del vínculo contractual. La efectividad de esta garantía -como antes se indicó- no exige, para su procedencia, la declaratoria del incumplimiento de obligaciones postcontractuales, bastando en consecuencia la acreditación objetiva de la ocurrencia del daño en la obra y la correspondiente estimación de los costos requeridos para su reparación.

Ahora bien, tal y como lo ha señalado esta Subsección, en lo que concierne a la declaratoria de ocurrencia del siniestro de calidad -que no tiene carácter sancionatorio-, es importante precisar que, derivado de su naturaleza eminentemente indemnizatoria, no es menester que las entidades públicas, previo a la adopción de su decisión, adelanten una actuación administrativa contractual o un procedimiento administrativo en estricto sentido. Al contratista y a la compañía de seguros, con el propósito de garantizar su derecho al debido proceso, se les debe permitir impugnar el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro a través de la interposición del recurso de reposición, para que puedan controvertir las razones aducidas por la Administración, así como las pruebas que las sustentan y también para que aporten las que estimen convenientes.

DECLARATORIA DE SINIESTRO – Debe ocurrir en vigencia del plazo de la póliza – En vigencia del término de prescripción – Código de Comercio artículo 1077

Finalmente, es dable señalar que el siniestro debe ocurrir durante el plazo de vigencia de la póliza para que surja la obligación de indemnizar; sin embargo, su declaratoria mediante acto administrativo puede darse en vigencia o con posterioridad a la misma, pero dentro del término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio.



Radicado: 68001-23-33-000-2018-00923-01 (71554)
Demandante: JOSÉ FERNANDO SUÁREZ DUQUE

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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., once (11) de agosto dos mil veinticinco (2025)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -
ADECUADO A CONTROVERSIAS CONTRACTUALES -
CPACA
Radicación: 68001-23-33-000-2018-00923-01 (71554)
Demandante: JOSÉ FERNANDO SUÁREZ DUQUE
Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANTANDER
E.S.P. S.A. -ESANT-

TEMAS: CONTRATOS DE SEGURO CELEBRADOS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO ESTATAL - Régimen jurídico / CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Naturaleza cuando los celebran en su condición de gestoras del plan departamental para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO - Concepto - Alcance - Límites a la facultad de declarar el incumplimiento contractual / DECLARATORIA DE OCURRENCIA DE SINIESTRO - Cuando no tiene carácter sancionatorio no es menester adelantar una audiencia previa - Se debe garantizar el derecho al debido proceso permitiendo interponer recurso de reposición contra la decisión / OBLIGACIÓN ACCESORIA DE MANTENER LA CALIDAD Y ESTABILIDAD DE LA OBRA - Difiere de la obligación principal de construcción de la obra.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de diciembre de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El departamento de Santander y el consorcio VASCA suscribieron el contrato de obra No. 2003 del 10 de noviembre de 2011, con el objeto de ejecutar labores relacionadas con la optimización del acueducto urbano y rural del municipio de Vélez, entre ellas, la construcción de una represa en tierra reforzada sobre la quebrada El Batán. Posteriormente, el 13 de enero de 2014 el Departamento cedió



el contrato a la Empresa de Servicios Públicos de Santander E.S.P. S.A.; lo anterior, con ocasión de la designación de esta última como gestor del plan departamental de aguas.

Por medio de la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, confirmada mediante la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, la Empresa de Servicios Públicos de Santander E.S.P. S.A.: (i) declaró el incumplimiento “*de la obligación postcontractual de garantía por Estabilidad de la Obra*”; (ii) declaró la ocurrencia del siniestro de “*Inestabilidad de la Obra*”; (iii) ordenó al consorcio contratista pagar la suma de \$6.970.627.610.48 a título de indemnización de perjuicios “*por el incumplimiento de la obligación postcontractual de garantía por Inestabilidad de la Obra*”, correspondiente al valor total de las obras ejecutadas; (iv) ordenó hacer efectivo el siniestro de estabilidad y calidad de la obra por el 30% del valor del contrato (\$2.051.668.331,71); (v) ordenó al consorcio VASCA o a sus integrantes de forma solidaria pagar “*el valor adeudado*” dentro de los 10 día siguientes a la ejecutoria del acto administrativo y en caso de no proceder de conformidad, la compañía Mundial de Seguros debería pagar el valor de la indemnización con cargo al amparo de estabilidad de la obra hasta el monto de su cobertura; y (vi) dispuso publicar la decisión en el SECOP y comunicarla a la Procuraduría General de la Nación y las Cámaras de Comercios en donde estuvieran inscritos los integrantes del consorcio.

En su demanda, el señor José Fernando Suárez Duque, integrante del consorcio VASCA, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 y de su confirmatoria, esto es, de la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, y pretende, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro de los valores descontados y/o cobrados, relacionados con la devolución de los dineros ordenados en los actos administrativos enjuiciados u ordenar a la entidad demandada abstenerse de descontar y/o cobrar por la vía administrativa o judicial dichos recursos. Además, solicita se cancelen las comunicaciones enviadas a la Procuraduría General de la Nación y a las Cámaras de Comercio en donde se encuentran inscritos los miembros del consorcio.



II. ANTECEDENTES

1. Demanda y admisión

1.1. El 9 de noviembre de 2018¹, José Fernando Suárez Duque, integrante del consorcio VASCA, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra de la Empresa de Servicios Públicos de Santander S.A. E.S.P. -en adelante la ESANT o la empresa de servicios públicos-, en la que formuló las siguientes pretensiones (se transcriben de forma textual, incluso con eventuales errores):

“II. PRETENSIONES

Primero.- *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 proferida por la doctora Mónica Paola Monsalve Monroy en su condición de Gerente de la empresa de servicios públicos de Santander ESANT SA ESP a través de la cual “declara el siniestro de inestabilidad de la obra por incumplimiento de obligaciones post contractuales del contrato de obra pública No. 2003 de 2011, cuyo objeto fuere la optimización del acueducto urbano y rural del municipio de Vélez, departamento de Santander” y se ordena el pago de unos recursos”.*

Segundo.- *Que se declare la nulidad de la resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018 proferida por la doctora Mónica Paola Monsalve Monroy en su condición de Gerente de la empresa de servicios públicos de Santander ESANT SA ESP por la cual se resuelven los recursos de reposición promovidos frente a la resolución 52 de 2018, por la cual declara el siniestro de inestabilidad de la obra por incumplimiento de obligaciones post contractuales del contrato de obra pública No. 2003 de 2011, cuyo objeto fuere la optimización del acueducto urbano y rural del municipio de Vélez, departamento de Santander.*

Tercero.- *Que como medida de restablecimiento del derecho solicito se ordene a la empresa de servicios públicos de Santander ESANT SA ESP a reintegrar al señor José Fernando Suarez Duque o a quien represente legalmente sus derechos los recursos descontados y/o cobrados por vía administrativa o judicial que estén relacionados con la devolución de dineros que ordenan los actos administrativos demandados; y/o abstenerse de descontar y/o cobrar por vía administrativa o judicial los recursos relacionados con la devolución de dineros que ordenan los actos administrativos.*

Cuarto.- *Que como medida de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada empresa de servicios públicos de Santander ESANT SA ESP a realizar las cancelaciones de las comunicaciones enviadas a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde se encuentra inscrito cada uno de los miembros del consorcio VASCA.*

Quinto.- *Que se condene a los demandados al pago de las costas procesales y agencias en derecho.*

¹ Fl. 2015 a 2044, C. Ppal.



Sexto.- *Que se condene a los demandados a pagar, los valores a que fueren condenados dentro de los términos previstos en los artículos 192 de la ley 1437 de 2011”.*

1.2. Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, la parte demandante enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.2.1. Indicó que el 10 de noviembre de 2011, el departamento de Santander y el consorcio VASCA -integrado por Jesús Alberto Almeida Saaibi con el 25% de participación, José Efraín Cerón Martínez con el 40% de participación, **José Fernando Suárez Duque** con el 25% de participación y Alfredo Amaya H. y CIA Ltda. con el 10% de participación-, suscribieron el contrato de obra No. 2003, cuyo objeto consistió en optimizar el acueducto urbano y rural del municipio de Vélez, contrato que luego de varias adiciones en valor ascendió a la suma de \$6.838.894.439,22. En el contrato se estipuló que el contratista debería construir la represa La Batanera.

1.2.2. Adujo que la interventoría del contrato estuvo a cargo de la empresa Civing Ingenieros SAS.

1.2.3. Puso de presente que, mediante el Decreto No. 284 del 22 de octubre de 2013, el Gobernador del departamento de Santander designó a la ESANT como gestor del plan departamental de aguas, tras lo cual el 13 de enero de 2014 el ente territorial cedió el contrato de obra No. 2003 de 2011 a la ESANT.

1.2.5. Afirmó que el 27 de agosto de 2014, el consorcio VASCA, la interventoría del contrato y la supervisión del mismo suscribieron el acta de recibo final.

1.2.6. Añadió que el 1º de diciembre de 2015, el consorcio VASCA, la interventoría, la supervisión y el gerente de la ESANT, suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato.

1.2.7. Indicó que el 7 de junio de 2016, la supervisión del contrato reportó el colapso total de la represa La Batanera.



1.2.8. Puso de presente que el 14 de septiembre de 2016, la ESANT expidió la Resolución No. 105, mediante la cual ordenó la apertura de un procedimiento administrativo para determinar si había lugar a la declaratoria de un siniestro y hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. B 100001736, expedida por la Compañía Mundial de Seguros S.A.

1.2.9. Refirió que el 18 de agosto de 2017, la ESANT expidió la Resolución No. 120 por la cual ordenó concluir el procedimiento administrativo referido y, en consecuencia, dispuso adelantar las actuaciones administrativas y/o judiciales pertinentes por el colapso de la represa La Batanera.

1.2.10. Adujo que el 17 de septiembre de 2017, la supervisión del contrato rindió un informe a través del cual recomendó afectar la póliza de cumplimiento No. B 100001736, expedida por la Compañía Mundial de Seguros S.A., puntualmente el amparo de estabilidad de la obra.

1.2.11. Manifestó que el 29 de enero de 2018, la ESANT lo notificó de un oficio de citación a una audiencia, para debatir sobre el posible incumplimiento por inestabilidad de la obra. Lo anterior, con fundamento en un informe de auditoría especial de la Contraloría del 24 de agosto de 2016, así como también en un informe de la Sociedad Santandereana de Ingenieros – Universidad Industrial de Santander y unas observaciones de la supervisión del contrato.

1.2.12. Precisó que el 9 de abril de 2018 tuvo lugar la audiencia de incumplimiento, en el marco de la cual su apoderado solicitó la nulidad de lo actuado, porque, entre otros, la ESANT, en virtud del régimen de sus actos y contratos no podía dar aplicación al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues la empresa de servicios públicos no se regía por la Ley 80 de 1993. La audiencia fue suspendida y posteriormente reanudada el 16 de abril de 2018.

1.2.13. Indicó que mediante la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, la ESANT, entre otros: (i) declaró el incumplimiento postcontractual de garantía por estabilidad del contrato de obra No. 2003 de 2011; (ii) declaró la ocurrencia del



sinistro de inestabilidad del contrato de obra No. 2003 de 2011; (iii) ordenó a los integrantes del consorcio VASCA de forma solidaria pagar a título de indemnización de perjuicios la suma de \$6.970.627.610,68; (iv) hizo efectivo el amparo de estabilidad de la obra hasta por el 30% del valor del contrato (\$2.051.668.331,77); y (v) ordenó que los anteriores valores fueran pagados dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo.

1.2.14. Afirmó que los integrantes del consorcio VASCA recurrieron la anterior decisión, argumentando que la ESANT no tuvo en cuenta un dictamen pericial al momento de proferir su decisión y que, además, del valor de la indemnización no se descontaron los gastos en que incurrió el contratista.

1.2.15. Manifestó que mediante Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, la ESANT, al resolver los recursos de reposición, confirmó en todas sus partes la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018.

1.3. Como **fundamento jurídico** de la demanda, la parte demandante manifestó que los actos acusados violan los artículos 2 y 29 de la Constitución Política, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 y fueron falsamente motivados.

1.3.1. En punto de la **declaratoria de incumplimiento**, indicó:

1.3.1.1. Que la ESANT es una empresa de servicios públicos con régimen especial, por lo cual no está sometida a la Ley 80 de 1993, de ahí que no le era dable aplicar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Agregó que, aunque el contrato de obra No. 2003 de 2011 fue cedido por el departamento de Santander a la ESANT, dicha circunstancia no varió el régimen de los actos y contratos de esta última.

1.3.1.2. Que el trámite del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, “*es para contratos en EJECUCIÓN y sin LIQUIDACIÓN*”, a lo que agregó que para el momento de la expedición de los actos acusados la obra ya había sido recibida a satisfacción y el contrato se encontraba liquidado. Insistió en que la declaratoria de incumplimiento procede



antes de la liquidación del contrato, por lo que su aplicación en el presente caso *“constituye una clara violación al debido proceso, además de configurar una FALSA MOTIVACIÓN por invocar normas y procedimientos no aplicables al asunto en concreto”*.

1.3.1.3. Que los perjuicios se cuantificaron por el valor total del contrato *“y no por el valor de lo que cuesta la presa, pues deberá y quedara (sic) probado en el proceso que el contrato tenía varias líneas de trabajo entre las que se cuenta la construcción de la presa, la construcción de la micro cuenta, la construcción de la vía acceso a la presa”*.

1.3.1.4. Que con la citación a la audiencia de incumplimiento, la entidad no allegó el informe de interventoría o de supervisión, porque para la fecha de la citación el contrato ya se había terminado y estaba liquidado. A este respecto, agregó que, si bien en los actos acusados se alude a un informe del 7 de junio de 2016, cierto es que el mismo se elaboró el 30 de junio de 2016.

1.3.1.5. Que los estudios y diseños elaborados por la Administración fueron insuficientes, lo que pudo conducir a errores en el cálculo del diseño de la cimentación.

1.3.1.6. Que no se vinculó a la actuación administrativa al diseñador de la obra, ni tampoco a su operador -EMPREVEL- y que la actuación se basó en un informe de la Contraloría de Santander y en un informe de la Sociedad Santandereana de Ingenieros en asocio con la Universas Industrial de Santander, los cuales dan cuenta de varias anomalías atribuibles a la entidad contratante.

1.3.1.7. Que al interior de la actuación no se practicaron pruebas idóneas de cara a establecer el deterioro real de las obras, el costo de su reconstrucción y si las mismas eran imputables al contratista.

1.3.2. Frente a la **declaratoria de ocurrencia del siniestro**, señaló:



1.3.2.1. Que la ESANT debió acudir a las previsiones contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 y, por tanto, aplicar esta norma en lugar del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. A este efecto, añadió que, una vez terminado y liquidado el contrato, la única responsabilidad que le subsiste al contratista en virtud de lo establecido en el artículo “2060 *del C.C.*”, es la de acudir al saneamiento de los vicios y defectos en la construcción de la obra, por lo que la entidad no podía declarar la ocurrencia del siniestro, porque el contrato ya se encontraba liquidado.

2. Contestación de la demanda

2.1. Mediante auto del 15 de enero de 2019², el Tribunal Administrativo de Santander inadmitió la demanda al estimar que la cuantía no se encontraba razonada, misma que fue subsanada en la oportunidad respectiva³. En consecuencia, a través de auto del 7 de febrero de 2018⁴ se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la ESANT, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.2. La ESANT⁵ contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó unos, negó otros y manifestó estarse a lo probado respecto de otro tanto.

2.2.1. Frente a los fundamentos de derecho, las normas violadas y el concepto de violación, manifestó que en el desarrollo del proceso se probaría que en el caso sometido a juicio se aplicó el procedimiento establecido en la Ley, que no se violó el derecho al debido proceso y que los actos se profirieron “*en desarrollo de la garantía de estabilidad de la obra*”, facultad que, según lo afirmado por la parte demandada, procede después de la ejecución y liquidación del contrato.

² Fl. 2046, C. Ppal.

³ Fl. 2049 a 2052, C. Ppal.

⁴ Fl. 2056, C. Ppal.

⁵ Fl. 2071 a 2076, C Ppal.



3. Audiencia inicial

3.1. El 4 de octubre de 2019⁶, el Tribunal Administrativo de Santander llevó a cabo la audiencia inicial, en la que no encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento.

Posteriormente se fijó el litigio, de la siguiente manera:

“Deberá decidirse si deben declararse nulos los siguientes actos administrativos:

- 1. La Resolución N° 56 del 29 de mayo de 2018 proferida por la Gerente de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE SANTANDER – ESANT SA ESP mediante el cual se declara el “sinistro de inestabilidad de la obra por incumplimiento de las obligaciones pots contractuales del contrato de obra pública N° 2003 de 2011, cuyo objeto fuere optimización del acueducto urbano y rural del municipio de Vélez y se ordena el pago de unos recursos”.*
- 2. Resolución N° 56 del 29 de mayo de 2018 por el cual se resuelve el recurso de reposición frente al acto anterior.*

En caso de prosperar la pretensión anterior, y como restablecimiento del derecho se determinará si se debe condenar a la entidad demandada a reintegrar al señor JOSE FERNANDO SUAREZ DUQUE, descontando los valores correspondientes de conformidad con lo solicitado en las pretensiones de la demanda”.

Seguidamente, se declaró fallida la etapa de conciliación por la falta de ánimo conciliatorio de las partes. Finalmente, se decretaron como pruebas de la **parte demandante** las siguientes: **(i)** las documentales aportadas con la demanda; **(ii)** se ofició a la entidad demandada para que allegara las pruebas documentales solicitadas en el capítulo 8.2. de la demanda -Fl. 2037 a 2038-; **(iii)** los testimonios de Jorge Humberto Pinzón Quiroga, Hernando Tarazona Calderón, Jaime Suarez Díaz, Abedulio Camargo Benítez, Luz Marín Torrado Gómez, Mario Hernán Ramírez Carrero, Guillermo Vargas Piachacón, David Ricardo Díaz Prada, y **(iv)** el dictamen pericial aportado con la demanda y otro solicitado en la misma, y de la **parte demandada** las siguientes: **(i)** las documentales allegadas con la contestación de la demanda; y **(ii)** el interrogatorio de parte de José Fernando Suárez Duque.

⁶ Fl. 2093 a 2096, C. Ppal. Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índice 00122 –contentivo del link del expediente digital en el que se incorporan todas la audiencias practicadas en la primera instancia.



4. Prueba de oficio y audiencia de pruebas

4.1. Mediante auto del 25 de noviembre de 2019, el Tribunal Administrativo de Santander decretó una prueba de oficio, en el sentido de requerir a la Secretaría de Infraestructura del departamento de Santander para que allegara los antecedentes administrativos precontractuales del contrato de obra No. 2003 de 2011 y del contrato de interventoría No. 2125 de 2011.

4.2. El 1º de junio de 2022⁷, el Tribunal Administrativo de Santander llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la cual la parte demandante desistió de los testimonios de Abedulio Camargo Benítez, Luz Marina Torrado Gómez, Guillermo Vargas Piechacón, David Ricardo Díaz Prada y Hernando Tarazona. Frente a los testimonios de Mario Hernán Ramírez Carrero y Jaime Suárez Díaz se aplazó su práctica, de ser necesaria. Posteriormente, se practicó el interrogatorio de parte de José Fernando Suárez Duque y el testimonio de Jorge Humberto Pinzón Quiroga. Asimismo, se escuchó a los peritos Julio Cesar Cabrera González y Jairo Patiño Alzate.

4.2. El 15 de febrero de 2023⁸, el Tribunal Administrativo de Santander dio continuación a la audiencia de pruebas, diligencia en marco de la cual se practicó el testimonio de Jaime Suárez Díaz y se insistió en el recaudo del testimonio de Mario Hernán Ramírez Carrero. Además, se incorporaron al proceso las pruebas documentales allegadas por la ESANT y se le requirió a esta para que incorporara los antecedentes administrativos del proceso sancionatorio adelantando en contra de la interventoría -CIVING INGENIEROS CONTRATISTAS-.

4.3. El 9 de marzo de 2023⁹, el Tribunal Administrativo de Santander dio continuación a la audiencia de pruebas, en desarrollo de la cual se incorporaron

⁷ Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índices 00111, 00122 – este último contentivo del link del expediente digital que incorpora las diferentes audiencias practicadas en el marco de la primera instancia-. Expediente digital del Consejo de Estado. Archivo “23_actaudienciapruebas_680012333000201800”.

⁸ Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índice 00155.

⁹ Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índice 00170.



otras pruebas documentales allegadas por la ESANT y se practicó el testimonio de Mario Hernán Ramírez Carrero.

5. Alegatos de conclusión

Al finalizar la audiencia de pruebas y una vez vencido el término probatorio¹⁰, el Tribunal corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

5.1. La parte demandante¹¹ presentó alegatos de conclusión, en los cuales indicó que los actos acusados adolecen de nulidad con fundamento en los siguientes cargos: (i) que la ESANT no tenía competencia para proferir la decisión; (ii) que la ESANT no era competente para adelantar el procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; (iii) que el informe de supervisión que dio origen al procedimiento contiene información falsa y sesgada; (iv) que la ESANT manipuló las pruebas, ocultó otro tanto y se negó a suministrar otras; (v) que al contratista no se le dio la oportunidad de reparar las fallas en la represa; y (vi) que las fallas que se presentaron en la represa no son atribuibles al contratista.

5.2. La ESANT¹² presentó alegatos de conclusión, en los cuales afirmó que el consorcio contratista incumplió sus obligaciones postcontractuales. Agregó que el contrato de obra No. 2003 de 2011 se rigió por la Ley 80 de 1993, por lo que la entidad demandada era competente para proferir los actos acusados, de conformidad con lo establecido en el Decreto 4548 de 2009, según el cual *“los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*. A este efecto, agregó que a la ESANT se le designó como gestora del plan departamental de aguas de Santander mediante el Decreto No. 0284 de 2013.

5.3. El Ministerio Público guardó silencio.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índice 00172.

¹² Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índice 00173.



6. Sentencia de primera instancia

6.1. Mediante sentencia del 12 de diciembre de 2023¹³, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de las Resoluciones Nos. 52 del 24 de mayo de 2018 y 56 del 29 de mayo de 2018 expedidas por la Empresa de Servicios Públicos de Santander ESANT S.A. E.S.P., mediante las cuales (i) se declaró la ocurrencia del siniestro de inestabilidad de la obra y se hizo efectiva la póliza de seguro del contrato estatal No. 2003 de 2011, celebrado entre el Departamento de Santander y el Consorcio VASCA, cedido por el primero a la aquí demandada ESANT SA ESP, cuyo objetivo fue la optimización del acueducto urbano y rural del municipio de Vélez, Santander, (ii) se hizo efectiva la Póliza de Seguro de Estabilidad de la Obra No. B.100001736 expedida por parte de MUNDIAL DE SEGUROS, por el valor asegurado que corresponde al treinta por ciento (30%) del valor del contrato, en cuantía de DOS MIL CINCUENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS (\$2.051.668.331,77); y (iii) se ordenó al CONSORCIO VASCA, de forma solidaria e ilimitada y a su Garante MUNDIAL DE SEGUROS, efectuar el pago de la suma total de SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS (\$6.970.627.610,48) a título de indemnización de perjuicios. La nulidad que aquí se declara recae exclusivamente sobre las obligaciones y demás efectos jurídicos que recaen sobre el demandante José Fernando Suarez Duque, identificado con cédula de ciudadanía C.C. No. 10.116.218, en calidad de miembro del consorcio VASCA con porcentaje de participación del 25%.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANTANDER – ESANT SA ESP** que (i) se abstenga de cobrar las sumas ordenadas en las anuladas Resoluciones Nos. 52 del 24 de mayo de 2018 y 56 del 29 de mayo de 2018, en lo que respecta al demandante José Fernando Suarez Duque, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.116.216, quien contaba con un porcentaje de participación del 25%. En caso de que el demandante haya pagado alguna suma por el referido concepto, (ii) reintegrar la suma pagada debidamente indexada; y (iii) cancelar las comunicaciones realizadas a la Procuraduría General de la Nación o la Cámara de Comercio donde esté inscrito el demandante como miembro del Consorcio VASCA.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, en favor del demandante.

CUARTO: ORDENAR a la entidad demandada a dar cumplimiento a la presente providencia de conformidad con lo previsto en el artículo 189 y s.s. del CPACA”.

¹³ Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índice 00178.



6.2. Al efecto, en punto del medio de control procedente, el Tribunal procedió a la adecuación del medio de control ejercido por la parte actora -nulidad y restablecimiento del derecho- al de controversias contractuales, porque en el presente caso se estaban demandando actos administrativos contractuales.

6.3. Frente al fondo del asunto, señaló que en el ámbito del derecho privado no le está permitido a las partes proferir actos administrativos, que se presumen legales con carácter ejecutivo y ejecutorio, a lo que agregó que *“las ESP, cuyos actos y contratos se rigen por el derecho privado, no tienen competencia para expedir actos administrativos mediante los cuales se declara unilateralmente el siniestro y se hace efectiva la póliza, sino que deben cumplir con la carga que les impone el Código de Comercio de acudir al juez del contrato para demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en caso de que la aseguradora objete su reclamación, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en una línea pacífica desde el año 2019”*.

Además, consideró que la cesión de un contrato regido por el EGCAP en favor de un ESP no transfiere la facultad para proferir actos administrativos, toda vez que *“Las prerrogativas públicas y, en particular, la posibilidad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza no son potestades inherentes a la naturaleza del contrato estatal ni tampoco a la naturaleza del contrato específico de obra; ni son inherentes a las condiciones que puedan ser pactadas en esta clase de negocios jurídicos. Estas corresponden a manifestaciones de poder público que el legislador, en el marco de su libre configuración, le otorgó a ciertas entidades estatales como los departamentos (L.80) mientras que se las negó a otras como las ESP (L.142). En consecuencia, tales prerrogativas públicas se deben considerar, en los términos del artículo 895 del C.Co., «privilegios» fundados en causas ajenas a la naturaleza y a las condiciones del contrato. La causa no es otra que la voluntad del legislador”*.

6.4. A partir de lo anterior, el Tribunal concluyó que la ESANT no tenía competencia para *“declarar el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro”*, porque en virtud de la cesión del contrato realizada en su favor por parte del Departamento no se le



atribuyó la competencia para adoptar este tipo de decisiones a través de actos administrativos.

6.5. En consecuencia, estimó pertinente declarar la nulidad parcial de las Resoluciones No. 52 del 24 de mayo de 2018 y No. 56 del 29 de mayo de 2018, únicamente en lo que respecta a las obligaciones impuestas al demandante José Fernando Suárez Duque, aclarando en tal sentido que su decisión no afectaba la validez ni los efectos de los actos enjuiciados frente a los demás integrantes del consorcio VASCA ni los de la aseguradora.

6.6. A título de restablecimiento del derecho le ordenó a la ESANT SA ESP abstenerse de cobrarle al demandante los recursos relacionados con la devolución de dineros ordenada en los actos y, en caso de haberse efectuado algún pago, dispuso su reintegro debidamente indexado.

6.7. Finalmente, el Tribunal condenó en costas a la parte demandada.

7. Recurso de apelación

7.1. El 1º de febrero de 2024¹⁴, la ESANT interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido el 12 de julio de 2024¹⁵ y admitido el 2 de agosto de 2024¹⁶.

7.2. En su escrito, la recurrente solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Al efecto, empezó por señalar que en el proceso quedó acreditado el incumplimiento del consorcio VASCA.

7.3. En punto de la competencia para adelantar el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, afirmó que la cesión del contrato no mutó su naturaleza ni alteró su régimen. Al respecto, recalcó que el contrato de obra No. 2003 de 2011 se rigió por el EGCAP, de conformidad con lo establecido en el Decreto No. 4548 de

¹⁴Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índice 00181.

¹⁵ Fl. 2157, C. Ppal.

¹⁶ Fl. 2161, C. Ppal.



2009, según el cual “[l]os procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007”. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado decreto, en armonía con los Decretos No. 3200 de 2008 y No. 2246 de 2012.

En tal sentido, precisó que la ESANT, mediante el Decreto No. 0284 del 22 de octubre de 2013, fue designada como gestor del plan departamental de aguas, frente a lo cual recalcó que en virtud de las facultades como gestor profirió los actos demandados, por lo que la entidad era competente para dictarlos.

7.4. Finalmente, indicó que durante el procedimiento adelantado por la ESANT se acreditó: (i) el incumplimiento del contratista, que a la postre generó el colapso de la estructura contratada; (ii) la presunción de legalidad de los actos mediante los cuales se declaró el incumplimiento de obligaciones postcontractuales del contrato de obra por parte del consorcio VASCA; (iii) que las gestiones adelantadas se enmarcaron en la normatividad aplicable; (iv) que los estudios daban cuenta que no era dable reparar la obra en el mismo terreno, porque era inestable.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante auto del 2 de agosto de 2024¹⁷, se admitió el recurso de apelación. Una vez admitido el recurso, el expediente ingresó para fallo, debido a que no se solicitaron ni se decretaron pruebas en el trámite de la segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia para conocer el

¹⁷ Sistema de Gestión Judicial Samai, índice 00003 Expediente Consejo de Estado.



presente asunto; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) oportunidad del medio de control; (5) problema jurídico; (6) hechos probados; (7) solución al problema jurídico y; (8) costas.

1. Jurisdicción y competencia

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, con fundamento en el artículo 104¹⁸ del CPACA¹⁹, vigente a la fecha de presentación de la demanda, pues la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, confirmada mediante la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, proferida con ocasión del contrato de obra No. 2003 del 10 de noviembre de 2011, fue dictada por la Empresa de Servicios Públicos de Santander E.S.P. S.A. -ESANT-, la cual ostenta la calidad de sociedad anónima por acciones de carácter mixta encargada de la prestación de servicios públicos domiciliarios²⁰, de donde se desprende claramente su naturaleza pública.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia del 12 de diciembre de 2023, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, para la fecha de presentación de la demanda -9 de noviembre

¹⁸ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”.

¹⁹ La Ley 1437 de 2011 o CPACA resulta aplicable al presente asunto, con las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021 -salvo aquellas atinentes a las normas que modifican las competencias-, dado que la demanda se radicó el 9 de noviembre de 2018 y el recurso de apelación se interpuso el 1º de febrero de 2024, esto es, de manera posterior a la entrada en vigor de dicha norma.

²⁰ Fl. 7 a 14, C. 1. Constituida mediante Escritura Pública No. 2041 del 14 de agosto de 2013 de la Notaria Primera del Círculo Notarial de Bucaramanga, inscrita en la Cámara de Comercio de Bucaramanga el 27 de agosto de 2013 bajo el No. 112998. De conformidad con lo establecido en el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994. “Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”.



de 2018-, superaba 500 SMLMV²¹, de conformidad con el artículo 150²² y el numeral 5 del artículo 152²³ del CPACA, vigentes a la fecha de presentación de la demanda.

2. Medio de control procedente

En virtud de lo previsto en el artículo 141²⁴ del CPACA, cualquiera de las partes de los contratos estatales puede demandar para que se declare su existencia o su nulidad, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento, se anulen los actos administrativos contractuales, se condene a quien se considere responsable a indemnizar los perjuicios y/o se liquide el contrato, entre otras declaraciones y condenas. El legislador también previó que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrían solicitar la nulidad absoluta del contrato, la que también puede ser declarada de oficio por el juez.

Bajo el anterior contexto, en el presente caso el medio de control de controversias contractuales, adecuado por el Tribunal en la sentencia apelada, es el idóneo para demandar, por cuanto en el libelo introductorio se pretende la nulidad de los

²¹ La pretensión de mayor valor correspondió a la suma de \$6.970.627.610,48 **-que atañe únicamente al valor ordenado por la entidad a título de indemnización de perjuicios-**, monto que excedió 500 veces la suma (\$781.242), que correspondía al salario mínimo legal mensual vigente para el 2018. Para este año, el tope correspondiente a los 500 salario mínimo legal mensual vigente equivalía a \$390.621.000.

²² “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]”.

²³ Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]”.

²⁴ “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. (...) El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.



siguientes actos administrativos de naturaleza contractual: la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 y su confirmatoria, esto es, la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018.

3. Legitimación en la causa

3.1. En el presente caso se concluye que José Fernando Suárez Duque, integrante del consorcio²⁵ VASCA, y la ESANT están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que son los extremos de la relación contractual que suscitó la expedición de los actos administrativos acusados.

4. Caducidad

De conformidad con lo dispuesto en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, aplicable al caso concreto²⁶, el interesado cuenta con 2 años para

²⁵ Al efecto, conviene recordar que sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, Rad.: 19933, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su jurisprudencia y dispuso que los consorcios y las uniones temporales están facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales originados con ocasión del procedimiento de selección, la celebración o la ejecución del contrato. Al respecto, en esta providencia se indicó que, “a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda”.

²⁶ Para efectos del cómputo de la caducidad se debe acudir a las reglas contenidas en las normas vigentes al momento en que inició a correr el término. Al respecto, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 24 de abril de 2017. Rad.: 50602. En esta providencia se puso de presente que, “[e]n punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad



demandar, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento²⁷.

En el *sub judice* se advierte que la Resolución No. 56 del **29 de mayo de 2018**, mediante la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, se notificó en estrados²⁸. A partir de lo anterior, salta a la vista que la demanda radicada el 9 de noviembre de 2018²⁹ fue presentada de forma oportuna, incluso sin tener en cuenta la suspensión del término de caducidad que operó entre el 25 de septiembre de 2018 y el 8 de noviembre de 2018 por la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial³⁰.

5. Problema jurídico

5.1. El marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, a menos que las partes hayan apelado toda la sentencia, caso en el cual el juez resolverá sin

que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente.”

²⁷ Según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que fue modificado por el artículo 624 del CGP, los términos que hubieren empezado a correr se deben regir por las normas vigentes para el momento en que estos iniciaron a correr. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera en auto del 24 de abril de 2017 dentro del expediente Rad.: 50602, indicó lo siguiente:

“En punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente”.

²⁸ Fl. 112, C. 1.

²⁹ Fl. 2015 a 2044, C. Ppal.

³⁰ Fl. 2014, C. Ppal.



limitaciones. Es así que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del CGP³¹, el superior no puede enmendar la providencia del *a quo* en la parte que no fue objeto del recurso de apelación, *“salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”*³². En el mismo sentido, y atendiendo al principio de congruencia *“a las partes les está vedado modificar o adicionar en el recurso de apelación la causa petendi de la demanda, pues esto implicaría un desconocimiento flagrante del principio al debido proceso”*³³.

5.2. Por lo tanto, al amparo de los cargos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer, en primer lugar, si la ESANT era competente para proferir la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, confirmada mediante Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018.

En caso de encontrar que la entidad demandada sí era competente para proferir los actos administrativos antes mencionados, en segundo lugar, se deberá determinar si, de conformidad con los hechos probados, se encuentran acreditados los demás cargos de nulidad invocados en la demanda y si, en consecuencia, hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia apelada.

³¹ “Artículo 328. Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

³² Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 6 de abril de 2018 (expediente No. 46005), unificó su jurisprudencia en los siguientes términos: “19. Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del *ad quem* frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada”.

³³ Ibid.



6. Hechos probados

En el caso concreto la Sala analizará los documentos aportados al proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 246³⁴ del CGP.

En relación con el proceso de selección y la celebración del contrato

6.1. Mediante Resolución No. 017954 del 4 de noviembre de 2011, el departamento de Santander adjudicó la Licitación Pública No. INF-OBR11-20 al consorcio VASCA, integrado por Jesús Alberto Almeida Saaibi con el 25% de participación, José Efraín Cerón Martínez con el 40% de participación, **José Fernando Suárez Duque** con el 25% de participación y Alfredo Amaya H. y CIA Ltda. con el 10% de participación, con el objeto de optimizar el acueducto urbano y rural del municipio de Vélez en el departamento de Santander, por un valor de \$5.514.019.016,22³⁵.

6.2. El 10 de noviembre de 2011, el departamento de Santander y el consorcio VASCA suscribieron el contrato de obra No. 2003, cuyo objeto, al tenor de lo establecido en la cláusula primera consistió en *“ejecutar a precios unitarios sin fórmulas de reajuste y con plazo fijo, las obras relacionadas con la **“OPTIMIZACIÓN DEL ACUEDUCTO URBANO Y RURAL DEL MUNICIPIO DE VELEZ, DEPARTAMENTO DE SANTANDER”** en un todo de acuerdo con los planos y especificaciones, el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el contratista, documentos que forman parte integral del presente contrato [...]*”.

En cuanto al alcance del objeto, en la cláusula segunda del contrato se estableció que *“en desarrollo del alcance del objeto, el proponente seleccionado deberá realizar la Optimización del Acueducto Urbano y Rural del Municipio de Vélez, mediante actividades destinadas a aumentar los índices de continuidad y calidad del servicio del acueducto en el Municipio mediante la construcción de una presa en*

³⁴ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...]. Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

³⁵ Fl. 15 a 17, C. 1.



tierra reforzada sobre la quebrada El Batan con una longitud de 215 m, una altura del cuerpo de la presa de 18 m, para un volumen útil de 169,934 m³ (incluye actividades tales como preliminares, movimientos de tierras, geosintéticos, concretos, tuberías, válvulas, accesorios e instrumentación), adecuación del camino de acceso a la presa en 4,2 km y proyección de 500 m de vía, construcción de la conducción desde la captación sobre la quebrada La Chintoca al tanque receptor del caudal 749,57 ml de tubería PVC de 4 y 294,83 ml tubería PVC de 8 (997,35 ml) y 6 (2.105,85 ml) y la optimización de la planta de tratamiento de agua potable., obras que se ejecutaran conforme al proyecto aprobado por el Comité Directivo del PDA de Santander”.

Frente al plazo y su valor, en las cláusulas cuarta y quinta, respectivamente, se estableció que el contrato se ejecutaría en un plazo de 8 meses contados a partir del acta de inicio y que su valor ascendería a la suma de \$5.514.019.016,22.

Con relación a las obligaciones del contratista, en la cláusula octava del contrato se estableció que este debía, entre otras: (i) cumplir a cabalidad con el objeto del contrato, ejecutando las obras contratadas de acuerdo con los planos, especificaciones de construcción, cantidades de obra, precio unitario fijo contenidos en la propuesta presentada y la invitación realizada; (ii) suministrar todos los equipos, maquinaria, herramientas, materiales y demás elementos necesarios para la ejecución de las obras; (iii) realizar por su cuenta y riesgo todos los ensayos de laboratorio y demás pruebas que se soliciten para verificar la calidad de los materiales y demás elementos que se instalen en la obra; (iv) entregar las garantías requeridas.

En punto de la garantía única de cumplimiento, en la cláusula décima del contrato se acordó que el contratista debería constituir a favor del departamento de Santander una póliza para amparar los siguientes riesgos: (i) buen manejo y correcta inversión del anticipo, por cuantía equivalente al 100% del valor que el contratista reciba por este concepto y con una vigencia igual al plazo de ejecución del contrato y 6 meses más; (ii) cumplimiento, por cuantía equivalente al 20% del valor total del contrato y con una vigencia a partir del recibo de la obra y 6 meses más; (iii) salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, por cuantía



equivalente al 20% del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo de ejecución del contrato y 3 años más; (iv) de estabilidad y calidad de la obra, por cuantía equivalente al 30% del valor del contrato y con una vigencia de 5 años contados a partir del recibo a satisfacción de la obra.

Con relación al amparo de estabilidad y calidad de la obra, en la cláusula referida se estipuló que *“El amparo cubrirá la totalidad de los perjuicios que se ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista. EL CONTRATISTA será responsable por la reparación de todos los defectos que puedan comprobarse con posterioridad a la liquidación del contrato o si la obra amenaza ruina en todo o en parte, por causas derivadas de fabricaciones, replanteos, localizaciones y montajes efectuados por él y del empleo de materiales, equipo de construcción y mano de obra deficientes utilizados en la construcción. EL CONTRATISTA se obliga a llevar a cabo a su costa todas las reparaciones y remplazos que se ocasionen por estos conceptos. Esta responsabilidad y las obligaciones inherentes a ella se considerarán vigentes por un periodo de garantía de cinco años (5) contados a partir de la fecha consignada en el Acta de Recibo Definitivo de las obras. El CONTRATISTA procederá a reparar los defectos dentro de los términos que EL DEPARTAMENTO le señale en la comunicación escrita que le enviará al respecto. Si las reparaciones no se efectúan dentro de los términos señalados, EL DEPARTAMENTO podrá efectuarlos por cuenta del contratista y hacer efectiva la garantía de estabilidad estipulada en el contrato. Así mismo, EL CONTRATISTA será responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de las obras defectuosas durante el periodo de garantía. Si las reparaciones que se efectúen afectan, o si a juicio del DEPARTAMENTO existe duda razonable de que puedan llegar a afectar el buen funcionamiento o la eficiencia de las obras o parte de ellas, el DEPARTAMENTO podrá exigir la ejecución de nuevas pruebas a cargo del contratista mediante notificación escrita que le enviará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la entrega o terminación de las reparaciones”*.

Con relación a la cláusula penal pecuniaria, en la cláusula décimo sexta del contrato las partes acordaron que en caso de incumplimiento parcial o total de las



obligaciones a cargo del contratista, el Departamento podría hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en un monto equivalente al 20% del valor total del contrato como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que el Departamento pudiera solicitar al contratista la totalidad del valor de los perjuicios causados que superaran el valor de la cláusula penal.

6.3. El 12 de diciembre de 2011, el contratista, la interventoría y la supervisión del contrato suscribieron el acta de inicio³⁶.

6.4. El 13 de enero de 2014, el departamento de Santander cedió el contrato a la ESANT. Lo anterior, teniendo en cuenta que mediante decreto departamental No. 284 del 22 de octubre de 2013, la Gobernación del Departamento designó como nuevo gestor del plan departamental de aguas a la ESANT, según da cuenta el acta de liquidación bilateral del contrato³⁷.

6.5. El 27 de agosto de 2015 finalizó el contrato, tal y como consta en el acta de liquidación bilateral³⁸.

6.6. El 1º de diciembre de 2015, las partes liquidaron de común acuerdo el contrato. En el acta de liquidación bilateral manifestaron que el valor total ejecutado correspondió a la suma de \$6.838.894.439,22 y que la entidad procedería a pagarle al contratista un saldo pendiente por valor de \$341.957.370. Por lo demás, manifestaron estar a paz y salvo y no plasmaron observación alguna³⁹.

De la declaratoria de incumplimiento del contrato y de la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra

6.7. El 17 de noviembre de 2017, la supervisión del contrato rindió un informe en el que recomendó hacer efectivo el amparo de estabilidad y calidad de la obra⁴⁰. Lo anterior, por cuenta de las fallas que presentó el muro de la represa, las cuales, de conformidad con un informe presentado por la Sociedad Santandereana de

³⁶ Fl. 27, C. 1.

³⁷ Fl. 44, a 47, C. 1.

³⁸ Fl. 44, a 47, C. 1.

³⁹ Fl. 44 a 47, C. 1.

⁴⁰ Fl. 59 a 68, C. 1



Ingenieros y la Universidad Industrial de Santander, eran atribuibles al consorcio contratista por las deficiencias en la construcción de la obra.

6.8. El 29 de enero de 2018, la ESANT citó, entre otros, al señor José Fernando Suárez Duque, integrante del consorcio VASCA, *“a audiencia pública para debatir y decidir sobre el posible incumplimiento por inestabilidad de la obra del contrato de obra No. 2003 de 2011”*⁴¹.

En el oficio, se puso de presente que el 7 de junio de 2016 el supervisor del contrato advirtió una falla en el muro de la represa y que, en consecuencia, la ESANT, mediante Resolución No. 105 del 14 de septiembre de 2016, ordenó iniciar un procedimiento administrativo para determinar si había lugar *“a la declaratoria de un siniestro y efectividad de la garantía No. B100001736 expedida por la Compañía Mundial de Seguros SA dentro del Contrato de obra 2003 de 2011”*, procedimiento que concluyó mediante Resolución No. 120 del 18 de agosto de 2017, en la que se ordenó adelantar las actuaciones administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, se citó textualmente como soporte del presunto incumplimiento por inestabilidad de la obra: (i) un informe de auditoría especial de la Contraloría del 24 de agosto de 2016 y (ii) un informe rendido por la Sociedad Santandereana de Ingenieros y la Universidad Industrial de Santander, los cuales dieron cuenta de diversas fallas en la construcción de la represa, imputables presuntamente al contratista. Las conclusiones de ambos informes se centraron en determinar las razones que llevaron al “colapso” de la represa.

Aunado a lo anterior, se previno al integrante del consorcio a efectos de indicarle que el procedimiento administrativo podría culminar con la declaratoria de incumplimiento por *“inestabilidad de la obra”*, lo que daría lugar a la efectividad del siniestro de estabilidad y calidad de la obra y se agregó que la estimación razonada de los perjuicios *“causados con el colapso de la Represa”* ascendía a la suma de \$6.838.894.439,22. Junto con el oficio en mención, se anexaron los informes que soportaron el presunto incumplimiento del consorcio.

⁴¹ Fl. 48 a 68, C. 1.



6.9. Entre el 1º de marzo y el 21 de mayo de 2018 se llevó a cabo la audiencia programada por la ESANT. En esta última fecha el apoderado del hoy demandante presentó alegatos de conclusión en los que, en síntesis, afirmó que la ESANT no era competente para adelantar la actuación y que el departamento de Santander violó el principio de planeación al realizar los estudios previos⁴².

6.10. Una vez surtido el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por medio de la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018⁴³ la ESANT resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento de la obligación postcontractual de garantía por Estabilidad de la Obra en el Contrato de Obra No. 2003 del diez (10) de Noviembre de dos mil once (2011), cuyo objeto fue la OPTIMIZACIÓN DEL ACUEDUCTO URBANO Y RURAL DEL MUNICIPIO DE VÉLEZ, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE SANTANDER (Hoy EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANTANDER ESANT S.A. E.S.P.) y el CONSORCIO VASCA, conformado por JESÚS ALBERTO ALMEIDA con cédula de ciudadanía número 19.381.186 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 25%, JAIRO EFRAÍN CERÓN MARTÍNEZ identificado cédula de ciudadanía número 10.531.557 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 40%, JOSÉ FERNANDO SUÁREZ DUQUE identificado con cédula de ciudadanía número 10.116.218 expedida en Pereira, con porcentaje de participación del 25%, y ALFREDO AMAYA H. CIA LTDA., sociedad identificada con NIT 800401380-5 según Registro Único Tributario anexo al expediente, representada legalmente por Alfredo Amaya Herrera identificado con cédula de ciudadanía número 13.835.299 expedida en Bucaramanga, con porcentaje de participación del 10%, por las razones expuestas en la parte motiva del presente Acto Administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR la Ocurrencia del Siniestro de Inestabilidad de la Obra dentro del Contrato No. 2003 del diez (10) de Noviembre de dos mil once (2011), cuyo objeto fuere la OPTIMIZACION DEL ACUEDUCTO URBANO Y RURAL DEL MUNICIPIO DE VELEZ, DEPARTAMENTO DE SANTANDER (Hoy EMPRESA DESERVICIOS PUBLICOS DE SANTANDER ESANT S.A. E.S.P.) y el CONSORCIO VASCA, conformado por JESUS ALBERTO ALMEIDA SAABID identificado con cédula de ciudadanía número 19.381.186 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 25%, JAIRO EFRAIN CERON MARTINEZ identificado cédula de ciudadanía número 10.531.557 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 40%, JOSE FERNANDO SUAREZ DUQUE identificado con cédula de ciudadanía número 10.116.218 expedida en Pereira, con porcentaje de participación del 25%, y ALFREDO AMAYA H. CIA LTDA, sociedad identificada con NIT 804001380-5 según Registro Único Tributario anexo al expediente, representada legalmente por Alfredo Amaya Herrera identificado con cédula de ciudadanía número 13.835.299 expedida en Bucaramanga, con porcentaje de

⁴² Fl. 2043, C. 1. CDS Archivos “TOMO1 DE 2003-2011” y “TOMO 2 2003 de 2011”

⁴³ Fl. 69 a 92, C. 1.



participación del 10%, por las razones expuestas en la parte motiva del presente Acto Administrativo.

ARTICULO TERCERO: ORDENAR el Contratista CONSORCIO VASCA, conformado por JESUS ALBERTO ALMEIDA SAABID identificado con cédula de ciudadanía número 19.381.186 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 25%, JAIRO EFRAIN CERON MARTINEZ identificado cédula de ciudadanía número 10.531.557 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 40%, JOSE FERNANDO SUAREZ DUQUE identificado con cédula de ciudadanía número 10.116.218 expedida en Pereira, con porcentaje de participación del 25%, y ALFREDO AMAYA H. CIA LTDA, sociedad identificada con NIT 804001380-5 según Registro Único Tributario anexo al expediente, representada legalmente por Alfredo Amaya Herrera identificado con cédula de ciudadanía número 13.835.299 expedida en Bucaramanga, con porcentaje de participación del 10%, de forma solidaria e ilimitada y su Garante MUNDIAL DE SEGUROS al pago de la totalidad de SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$6.970.627.610.48), a título de Indemnización de Perjuicios por el Incumplimiento de la obligación postcontractual de garantía por Inestabilidad de la Obra prestada en el Contrato de Obra No. 2003 del diez (10) de Noviembre de dos mil once (2011), cuyo objeto fuere LA OPTIMIZACIÓN DELACUEDUCTO URBANO Y RURAL DEL MUNICIPIO DE VELEZ, DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

PARÁGRAFO. Cualquier miembro del CONSORCIO VASCA podrá dar cumplimiento al pago de la totalidad de la obligación o la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANTANDER ESANT S.A., podrá solicitar judicialmente su cancelación a uno, algunos o todos sus integrantes en razón a la responsabilidad solidaria e ilimitada de esta forma asociativa, bajo los preceptos del Artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

ARTICULO CUARTO: HACER EFECTIVA la Póliza de Seguro de Estabilidad de la Obra No. B-100001738 expedida por parte de MUNDIAL DE SEGUROS, en razón a la Declaratoria de Inestabilidad de la Obra dentro del Contrato No. 2003 de 2011, hasta por el valor asegurado que corresponde al treinta por ciento (30%) del valor del Contrato, esto es DOS MIL CINCUENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS (\$2.051.668.331,77).

ARTICULO QUINTO: El valor adeudado, deberá ser pagado por el contratista CONSORCIO VASCA, identificado con Nit. No. 900475356-1, conformado por JESÚS ALBERTO ALMEIDA SAABID identificado con cédula de ciudadanía número 19.381.186 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 25%, JAIRO EFRAIN CERON MARTINEZ identificado cédula de ciudadanía número 10.531.557 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 40%, JOSE FERNANDO SUAREZ DUQUE identificado con cédula de ciudadanía número 10.116.218 expedida en Pereira, con porcentaje de participación del 25%, y ALFREDO AMAYA H. CIA LTDA, sociedad identificada con NIT 804001380-5 según Registro Único Tributario anexo al expediente, representada legalmente por Alfredo Amaya Herrera identificado con cédula de ciudadanía número 13.835.299 expedida en Bucaramanga, con porcentaje de participación del 10% a favor de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANTANDER ESANT S.A. E.S.P., dentro de los siguientes diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, mediante Consignación con destino a la Fiduciaria FIA que indique el ente.



PARÁGRAFO. Si el pago no se hiciere en el término previsto, el valor de la indemnización se hará efectivo y deberá cancelarse por la Compañía Aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS con cargo al amparo de Estabilidad de la Obra dentro de la Póliza No. B. 100001738, hasta el monto de su cobertura, dentro del mes siguiente a la ejecutoria del presente acto administrativo, dejándose en libertad a la Entidad de realizar el cobro de las sumas no cubiertas por la respectiva Póliza a través de los procedimientos Administrativos, Judiciales y/o Extrajudiciales que considere pertinentes y necesarios en contra del CONSORCIO VASCA, cualquiera de sus miembros individualmente o en conjunto y/o su Garante.

ARTICULO SEXTO: En firme el presente Acto Administrativo, publíquese de acuerdo con lo ordenado por el Artículo 218 del Decreto No. 019 de 2012, modificatorio del Artículo 31 de la Ley 80 de 1993, esto es, en el SECOP y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio en la cual se encuentran inscritos cada uno de los miembros del CONSORCIO VASCA, esto último conforme a lo señalado en el numeral 6.2 del Artículo 221 del Decreto 019 de 2012, modificatorio del Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

ARTICULO SEPTIMO: La presente decisión se le notifica en Estrados, de conformidad con lo establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTICULO OCTAVO: Contra el presente Acto Administrativo procede el recurso de reposición en la vía gubernativa, ante quien suscribe este Acto, el que se podrá interponer y sustentar en esta Audiencia, de conformidad con lo dispuesto por el literal c del Artículo 86, ibidem.

ARTICULO NOVENO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación y constituye Título Ejecutivo a favor de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE SANTANDER ESANT S.A. E.S.P., en contra del Contratista CONSORCIO VASCA, de forma solidaria e ilimitada para sus integrantes JESUS ALBERTO ALMEIDA SAABID identificado con cédula de ciudadanía número 19.381.186 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 25%, JAIRO EFRAIN CERON MARTINEZ identificado con cédula de ciudadanía número 10.531.557 expedida en Bogotá, con porcentaje de participación del 40%, JOSE FERNANDO SUAREZ DUQUE identificado con cédula de ciudadanía número 10.116.218 expedida en Pereira, con porcentaje de participación del 25%, y ALFREDO AMAYA H. CIA LTDA, sociedad identificada con NIT 804001380-5 según Registro Único Tributario anexo al expediente, representada legalmente por Alfredo Amaya Herrera identificado con cédula de ciudadanía número 13.835.299 expedida en Bucaramanga, con porcentaje de participación del 10% y hasta el monto de sus coberturas para su Garante MUNDIAL DE SEGUROS”.

Como fundamento de la decisión, la ESANT, tras hacer mención a los antecedentes del caso, puso de presente que era competente para adelantar el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, porque había sido designada mediante el Decreto No. 0284 del 22 de octubre de 2013 como gestor del plan departamental de aguas del departamento de Santander, de ahí que le fuera dable aplicar las previsiones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.



Acto seguido, abordó lo atinente a la responsabilidad del consorcio contratista, para lo cual trajo al caso sentencias del Consejo de Estado y conceptos relacionados con la obligación postcontractual de garantizar la estabilidad de la obra, frente a lo cual concluyó que *“en este caso no se juzga el alcance de las obligaciones específicas del contrato de Obra, pues no es el incumplimiento de estas lo que genera la responsabilidad. En efecto, la obligación cuyo incumplimiento general la responsabilidad en este caso, es la accesoria de garantía, la cual se activó en el mismo momento en que la Represa La Batanera colapsó. De allí que resulte evidente que existieron vicios en la construcción de la infraestructura que impidieron dar el uso natural a la cosa sobre la cual recayeron las obras”*. (énfasis añadido)

Posteriormente, expuso las razones técnicas que soportaron su decisión. Frente a este particular, trajo al caso un informe de supervisión para señalar que la represa La Batanera colapsó por varios factores que ocurrieron *“durante el desarrollo de la obra”*, tales como: (i) colocación de presión de agua en el ducto de desagüe mediante la instalación de una válvula en la salida del ducto; (ii) permeabilidad alta del sistema interno del ducto de desagüe; (iii) segregación del mortero fluido; (iv) rotura y asentamiento del ducto de concreto reforzado; (v) debilidad de las uniones entre los tubos metálicos; (vi) cimentación del cuerpo de la presa parcialmente sobre roca y parcialmente sobre suelo, los cuales dan cuenta de las falencias en los cambios de diseño y en el suministro de materiales por parte del contratista durante la ejecución del contrato, para concluir que *“queda demostrado que de acuerdo con los testimonios y pruebas presentadas se ratifica la responsabilidad que tuvo el Contratista de Obra Consorcio V.A.S.C.A. en la toma de decisiones y la ejecución de actividades que no se encontraban pactadas contractualmente y que a la postre fueron las causas determinantes para que se diera el colapso del muro de la Presa la Batanera”*.

Frente a la estimación de los perjuicios, indicó que de conformidad con el acta de recibo final dichos perjuicios ascenderían al valor total de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas y actualizadas, esto es, a la suma de \$6.907.627.610,48.



Finalmente, en punto de la póliza, determinó hacer efectivo el amparo de estabilidad de la obra por valor de \$2.051.668.331,77, el cual, de conformidad con el último anexo de la garantía constituida para amparar los riesgos del contrato de obra No. 2003 de 2011, estuvo vigente entre el 27 de agosto de 2015 y el 27 de agosto de 2020.

6.11. Por medio de la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018⁴⁴, la ESANT resolvió los recursos de reposición interpuestos, entre otros, por el apoderado del aquí demandante y por la aseguradora Compañía Mundial de Seguros contra la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, confirmando en todos sus apartes esta última, decisión que fue notificada en estrados.

Pruebas adicionales

Además de las pruebas documentales antes referidas, en el expediente reposan las siguientes pruebas adicionales:

6.12. Testimonios rendidos por Jorge Humberto Pinzón Quiroga, Jaime Suárez Díaz y Mario Hernán Ramírez Carrero⁴⁵.

6.13. Interrogatorio de parte de José Fernando Suárez Duque⁴⁶.

6.14. Dictámenes periciales allegados por los peritos Julio Cesar Cabrera González⁴⁷ y Jairo Patiño Alzate⁴⁸.

⁴⁴ Fl. 93 a 112, C. 1.

⁴⁵ Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índices 00111, 00122 – este último contentivo del link del expediente digital que incorpora las diferentes audiencias practicadas en el marco de la primera instancia-. Expediente digital del Consejo de Estado. Archivo “23_actaaudienciapruebas_680012333000201800”.

⁴⁶ Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índices 00111, 00122 – este último contentivo del link del expediente digital que incorpora las diferentes audiencias practicadas en el marco de la primera instancia-. Expediente digital del Consejo de Estado. Archivo “23_actaaudienciapruebas_680012333000201800”.

⁴⁷ Sistema de Gestión Judicial Samai, expediente digital del Tribunal Administrativo de Santander índices 00111, 00122 – este último contentivo del link del expediente digital que incorpora las diferentes audiencias practicadas en el marco de la primera instancia-. Expediente digital del Consejo de Estado. Archivo “23_actaaudienciapruebas_680012333000201800”.

⁴⁸ Fl. 2134 a 2146, C. Ppal.



6.15. Antecedentes administrativos precontractuales allegados por la entidad demandada⁴⁹.

7. Caso concreto

7.1. Del régimen del contrato y de la naturaleza de los actos proferidos – La ESANT sí era competente para proferir los actos administrativos demandados

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal *a quo* estimó que la ESANT, en virtud del régimen de sus actos y contratos, no era competente para proferir actos administrativos como los demandados. Aunado a lo anterior, consideró que la cesión de un contrato regido por el EGCAP en favor de un ESP no transfiere la facultad para proferir actos administrativos.

Por su parte, la recurrente alegó que la cesión del contrato de obra No. 2003 del 10 de noviembre de 2011 que efectuó el departamento de Santander en favor de la ESANT no mutó su naturaleza ni alteró su régimen, esto es, el previsto en el EGCAP, de conformidad con en el Decreto 4548 de 2009, de ahí que fuera competente para dictar los actos acusados.

De conformidad con lo establecido en los artículos 7º y 12 del Decreto 3200 de 2008 y 1º del Decreto 4548 de 2009, la designación como gestor de los planes departamentales para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento -PDA- implica para dichos gestores, por un lado, el ejercicio de función administrativa y, por el otro, el sometimiento de su gestión contractual a las previsiones contenidas el EGCAP -para la implementación del plan-.

En efecto, los artículos 7º y 12 del Decreto 3200 de 2008 prevén que:

“Artículo 7. Contratación. Los procesos de contratación que se adelanten en desarrollo de un PDA FASE II con cargo a los recursos de los actores del PDA podrán ser adelantados por el Gestor del PDA o el(los) operador(es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto; lo anterior observando lo previsto en el contrato de fiducia mercantil y las normas que resulten aplicables.

⁴⁹ Fl. 2124, C. Ppal (CD).



Las autoridades ambientales podrán adelantar procesos de contratación, en el marco del PDA, cuando aporten recursos para el respectivo proyecto.

En todo caso, las actuaciones de quienes intervengan en los PDA se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

[...]

Artículo 12. Gestor del PDA. Es el encargado de la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del PDA y podrá ser:

- i) Una empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden departamental, siempre que sus estatutos permitan la vinculación como socios de los municipios y/o distritos del Departamento que lo soliciten; o*
- ii) El Departamento.*

Son funciones del Gestor:

- 1. Desarrollar las acciones necesarias para alcanzar el cumplimiento de los objetivos de la política del sector de agua potable y saneamiento básico, la observancia de los principios y el cumplimiento de los objetivos y las metas del PDA en el territorio del Departamento respectivo.*
- 2. Garantizar la adecuada implementación del PDA”.*

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 4548 de 2009 dispone:

“Artículo 1. Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado decreto”.

A partir de lo expuesto, es posible colegir que tanto los contratos celebrados por los gestores de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento -PDA-, como las actuaciones contractuales que estos desarrollan en el marco de dichos planes, se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y sus reformas. En efecto, al tener a su cargo la gestión, implementación y seguimiento del PDA, resulta justificado que dichos gestores, en ejercicio de la función que les ha sido encomendada, puedan acudir - a lo largo de todo el inter contractual- a los mecanismos y herramientas previstas en el EGCAP-.

En el presente caso, la Sala encuentra que el 10 de noviembre de 2011 el departamento de Santander y el consorcio VASCA suscribieron el contrato de obra No. 2003 (hecho probado 6.2.), con el objeto de optimizar el acueducto urbano y rural del municipio de Vélez (Santander).



De otro lado, se tiene que mediante el Decreto Departamental No. 284 del 22 de octubre de 2013⁵⁰, la ESANT fue designada como gestor del plan departamental para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento en el departamento de Santander⁵¹.

En virtud de dicha designación, se advierte que el 13 de enero de 2014⁵² el Departamento cedió el contrato de obra No. 2003 de 2011 a la ESANT (hecho probado 6.4.), contrato en virtud del cual esta última profirió la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 y su confirmatoria, esto es, la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, a través de la cual se declaró el incumplimiento del contrato y el siniestro de calidad de la obra.

Bajo el anterior contexto, para la Sala no existe duda que, contrario a lo afirmado por el Tribunal *a quo* y al margen del régimen de los actos y contratos de la entidad demandada -Empresa Prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios Ley 142 de 1994-, la ESANT sí era competente para proferir la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 y su confirmatoria, esto es, la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, pues dichos actos fueron proferidos en virtud de las previsiones contenidas en la Ley 80 de 1993 y en los artículos 7º del Decreto 3200 de 2008 y 1º del Decreto 4548 de 2009, porque la entidad los dictó en desarrollo de su rol como gestor del plan departamental para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento en el departamento de Santander, es decir, en ejercicio de función administrativa, que no en su condición de empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.

Sobre este particular, en un fallo reciente proferido por esta Subsección se abordó la problemática que ahora ocupa la atención de la Sala, para significar que en aquellos eventos en los que una empresa de servicios públicos domiciliarios actúa

⁵⁰ "Por medio del cual se ajusta el Plan Departamental para el Majo Empresarial de los Servicios Públicos Domiciliarios de Agua y Saneamiento en el Departamento de Santander". Publicado en la página web de la Gobernación de Santander // "Artículo 2º. Designación del gestor del PDA de Cundinamarca. Se designa a la EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. como gestor del PDA de Cundinamarca [...]".

⁵¹ De conformidad con el Decreto 2246 de 2012, para todos los efectos se entenderá que cuando se hable de programa de agua y saneamiento para la prosperidad, comprende todo lo que hace referencia a los planteles departamentales para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento -PDA-.

⁵² Páginas 59 a 60 del archivo 73 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



en su condición de gestor del PDA, el régimen contractual que gobierna la actuación contractual es el previsto en el EGCAP, con independencia de las previsiones contenidas en la Ley 142 de 1994. En efecto, en la providencia aludida se indicó lo siguiente:

“[...] la Sala destaca que en este caso particular el procedimiento de selección se sujetó al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, por expresa disposición de los artículos 1° del Decreto 4548 de 2009 y 15 del Decreto 2246 de 2012 (normas vigentes para el momento en que se adelantó el proceso de selección), toda vez que, según pasa a exponerse, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. adelantó el procedimiento de selección en su calidad de gestora del Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA), y con recursos propios de dicho programa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2246 de 2012, el Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA) tiene por objeto adoptar y ejecutar un conjunto de estrategias que buscan “[...] lograr la armonización integral de los recursos y la implementación de esquemas eficientes y sostenibles en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, teniendo en cuenta las características locales, la capacidad institucional de las entidades territoriales y personas prestadoras de los servicios públicos y la implementación efectiva de esquemas de regionalización”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2246 de 2012, los gestores del Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA), son los responsables de la implementación y seguimiento a la ejecución de las estrategias y los asuntos relacionados con el agua potable y saneamiento básico. Dentro de sus funciones, se destaca aquella que les permite adelantar los procesos de contratación con cargo a los recursos del PAP – PDA, una vez los proyectos hayan sido viabilizados. Lo anterior, con sujeción al Estatuto de Contratación de la Administración Pública [...]

[...] Vistas así las cosas, es claro que en este caso la entidad demandada no actuó en su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios, de la cual se predica el régimen de contratación privado establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, sino en calidad de gestora del PAP – PDA, con el objetivo concreto de perseguir la materialización de los cometidos de la política pública del sector del agua y saneamiento básico, lo que en consecuencia supone que el régimen que gobernó el proceso de selección objeto de estudio fue el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

En tal sentido, la Sala advierte que el caso sometido a estudio debe ser abordado, procesal y sustancialmente, bajo el entendido de que el acto cuestionado es un acto administrativo, cuyo examen, se insiste, debe ser efectuado a la luz de las reglas propias del Estatuto de Contratación de la Administración Pública”⁵³.



En tal sentido, resulta claro que la facultad de la ESANT para proferir los actos demandados devino de la Ley -que no de la cesión del contrato efectuada por el Departamento en favor de esta última-; en su condición de gestor del plan departamental de aguas a la entidad le eran aplicables las disposiciones contenidas en el EGCAP, por lo que, al obrar en tal condición, era competente para dictar la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, confirmada mediante la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, las cuales comportaron verdaderos actos administrativos.

Los anteriores argumentos llevan a la Subsección a concluir que le asiste razón a la parte recurrente, puesto que, contrario a la conclusión a la que llegó el Tribunal en la sentencia apelada, la ESANT sí era competente para proferir los actos enjuiciados.

Así las cosas, en virtud del principio de congruencia, la Sala procederá al examen de los demás cargos de la demanda que, en virtud de la decisión asumida por el Tribunal *a quo*, no fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia.

7.2. De la facultad para declarar el incumplimiento del contrato. La ESANT no podía declarar el incumplimiento de la obligación principal del contrato de obra -como en efecto ocurrió- porque el negocio jurídico había sido liquidado

En la demanda, la parte actora afirmó que la ESANT no podía declarar el incumplimiento del contrato, comoquiera que para el momento en el que se profirió la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 y su confirmatoria, esto es, la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, el negocio jurídico se encontraba liquidado. Aunado a lo anterior, afirmó que la entidad pública demandada no le permitió adelantar labor alguna tendiente a subsanar los presuntos yerros que se presentaron en la construcción de la obra.

En el presente caso, la Sala advierte que, si bien en los actos administrativos demandados la ESANT aludió a la declaratoria de incumplimiento “*de la obligación postcontractual de garantía por Estabilidad de la Obra*”, las pruebas allegadas al



expediente, particularmente los documentos e informes que originaron la actuación administrativa adelantada por la entidad en contra del consorcio, en armonía con lo plasmado en la motivación de dichos actos, dan cuenta que ciertamente la entidad dispuso declarar un incumplimiento contractual atinente a la obligación principal de construcción de la obra -que no el de la obligación accesoria de garantizar la estabilidad de la obra- como pasa a exponerse.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2060⁵⁴ del Código Civil, en los contratos de obra subsisten obligaciones accesorias para el contratista, a partir de las cuales, una vez entregada la obra o suscrita el acta de liquidación del contrato, este se obliga a responder por los defectos que pueda presentar la obra durante el término de la garantía, *“de manera que evidenciada la ausencia de estabilidad, y por ende, acaecido el riesgo asumido por el contratista ejecutor, éste debe subsanar las fallas que la obra presente después de su entrega y que afecten o impidan su uso, o, demostrar un eximente de responsabilidad”*⁵⁵.

⁵⁴ “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:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

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, <sic 2057> 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.

5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario”.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 17 de febrero de 2023. Rad. 59310.



Así las cosas, una vez finiquitada y entregada la obra surge a cargo del contratista -como obligación accesoria- el deber de subsanar las fallas que se presenten durante el término de la garantía, *“de manera que, al exigirse su cumplimiento, no se cuestiona si las obligaciones axiales del contrato fueron satisfechas -o no- en la forma y tiempo debidos; lo que está en discusión es el incumplimiento de una prestación accesoria posterior a la extinción de aquéllas, es decir, se trata de una obligación postcontractual”*⁵⁶. Ante el incumplimiento de dicha obligación accesoria, la Administración se encuentra facultada para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectivo el amparo de estabilidad de la obra, para lo cual, desde luego, no resulta necesario que previamente declare el incumplimiento de obligaciones postcontractuales, en la medida en que la afectación de dicho amparo derivará directamente de la verificación objetiva del incumplimiento de esa obligación.

En el presente caso, una lectura armónica del oficio de citación a la audiencia de incumplimiento (hecho probado 6.8), en contraste con el oficio de la supervisión del contrato del 17 de noviembre de 2017 (hecho probado 6.7.) y con la motivación y lo resuelto en la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 (hecho probado 6.10.), confirmada mediante Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018 (hecho probado 6.11.), permite advertir que la inconformidad de la entidad demandada -que a la postre derivó en la declaratoria de incumplimiento del contrato y la consecuente orden en el sentido de ordenar el reconocimiento de perjuicios a su favor- recayó en las presuntas falencias, atribuibles al contratista, que se presentaron durante la construcción de la obra y que conllevaron a su colapso -aspectos relacionados con la forma en la que se edificó la represa-.

En efecto, constatado el oficio de citación a la audiencia, se advierte que el propósito de la diligencia y, por tanto, de la actuación administrativa adelantada por la entidad, no fue otro diferente al de debatir acerca del presunto incumplimiento del contrato de obra por el colapso de la represa, derivado de las falencias en su construcción, sin que en modo alguno se hubiera siquiera insinuado una eventual desatención del contratista respecto de la obligación postcontractual de subsanar las fallas que presentó la obra. Fue precisamente frente a dicho incumplimiento, es decir, frente al incumplimiento en torno a la construcción de la obra, que los integrantes del

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 4 de abril de 2025. Rad. 64241.



consorcio VASCA, entre otros, el aquí demandante, ejercieron su derecho de contradicción y defensa solicitando y allegando pruebas y presentando sus alegaciones finales.

De hecho, en el oficio en cita se indicó que la audiencia tendría por objeto *“debatir y decidir sobre el posible incumplimiento del contrato de Obra Pública No. 2003 de 2011, el cual tiene por objeto la **“OPTIMIZACIÓN DEL ACUEDUCTO URBANO Y RURAL DEL MUNICIPIO DE VÉLEZ, DEPARTAMENTO DE SANTANDER”, obra que colapsó presuntamente por Inestabilidad.** Esta audiencia se adelantará con sujeción al Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sobre el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento de contrato para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación”* (énfasis añadido), lo que de entrada da cuenta que el eje central de la actuación giró en torno al colapso de la obra y las razones o falencias en la construcción que llevaron al mismo.

Igualmente, en el oficio se citó textualmente como soporte del presunto incumplimiento por inestabilidad de la obra un informe de auditoría especial de la Contraloría del 24 de agosto de 2016 y un informe rendido por la Sociedad Santandereana de Ingenieros y la Universidad Industrial de Santander, los cuales dieron cuenta de diversas fallas en la construcción de la represa, imputables presuntamente al contratista, tales como: (i) la colocación de presión de agua en el ducto de desagüe mediante la instalación de una válvula en la salida del ducto; (ii) la permeabilidad alta del sistema interno del ducto de desagüe; (iii) la segregación del mortero fluido; (iv) la rotura y asentamiento del ducto de concreto reforzado; (v) la debilidad de las uniones entre los tubos metálicos; y (vi) la cimentación del cuerpo de la presa parcialmente sobre roca y parcialmente sobre suelo, lo que condujo al colapso de la represa, sin que de las conclusiones a las que se llegó en virtud de dichos informes se pueda desprender o siquiera se infiere que el incumplimiento atribuido al consorcio contratista obedeció a la omisión en cuanto a subsanar las fallas que se presentaron en la construcción de la represa.

En el mismo sentido, examinada la Resolución No. 052 del 24 de mayo de 2018, que igualmente estuvo amparada en los informes de auditoría especial de la Contraloría del 24 de agosto de 2016 y de la Sociedad Santandereana de Ingenieros



y la Universidad Industrial de Santander, para la Sala no existe duda que su contenido -aun cuando en ella se indicó que el incumplimiento no versaba sobre el alcance de las obligaciones principales del contrato sino respecto de la obligación accesoria de garantía- estuvo encaminado a reprochar el incumplimiento del contratista respecto de la obligación principal del contrato de obra, pues ciertamente en todo momento se le reconvinó al consorcio por las múltiples falencias que se presentaron durante la construcción de la represa, que condujeron a su colapso, sin que a lo largo del acto administrativo se hubiera efectuado desarrollo alguno en torno al eventual incumplimiento frente al deber accesorio de subsanar las fallas de la represa, como en efecto correspondía, al punto que ni siquiera existen pruebas que den cuenta que la entidad hubiera requerido al contratista para que enmendara los yerros que a juicio de la entidad se presentaron en la obra.

Establecido lo anterior, esto es, que en el presente caso la entidad demandada adelantó una actuación que culminó con unos actos administrativos en virtud de los cuales en estricto sentido se declaró el incumplimiento de la obligación principal del contrato, la Sala procederá a determinar si la ESANT, en los términos manifestados por la parte demandante, podía declarar el incumplimiento del contrato a pesar de que este se encontraba liquidado.

A este efecto, es menester señalar que de conformidad con la Ley 1150 de 2007⁵⁷, las entidades públicas se encuentran facultadas para declarar el incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal,

⁵⁷ “ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

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



procedimiento en marco del cual, según lo previsto en el artículo 86⁵⁸ de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política, se debe respetar el debido proceso.

A partir de lo indicado por esta Corporación, la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal como mecanismo resarcitorio o indemnizatorio podrá realizarse luego de expirado el plazo contractual y hasta su liquidación, a diferencia de la imposición de multas, la cual solamente tiene cabida mientras se encuentre vigente el plazo de ejecución contractual, pues su finalidad no es indemnizatoria sino conminatoria, en tanto procura inducir o apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contraídas⁵⁹.

Ahora bien, en punto de la facultad temporal para declarar el incumplimiento del contrato, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que “[...] *este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer [...]* En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste”⁶⁰.

⁵⁸ “ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento [...]”.

⁵⁹ Ibid. En el mismo sentido Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2020. Rad.: 64154.

⁶⁰ Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 11 de septiembre de 2024. Rad.: 70836.



A partir de lo anterior, en el presente caso le asiste razón a la parte demandante, pues si bien el marco normativo le permitía a la ESANT declarar el incumplimiento de la obligación principal del contrato de obra aun expirado el plazo de ejecución del contrato -como en efecto ocurrió-, cierto es que dicha prerrogativa debió haberse efectuado hasta antes de la liquidación bilateral del negocio jurídico. En el proceso quedó acreditado que el 1º de diciembre de 2015 las partes liquidaron bilateralmente el contrato No. 2003 de 2011 (hecho probado 6.5) y la Resolución No. 52 y su confirmatoria, esto es, la Resolución No. 56, se prohirieron el 24 y 29 de mayo de 2018, respectivamente (hechos probados 6.10. y 6.11), lo que conduce a concluir que la entidad acudió a la prerrogativa a su cargo después de vencido el marco temporal que tenía para tal efecto.

Lo anterior, sobre la base de que la liquidación bilateral de los contratos sujetos al Estatuto General de Contratación Administrativa es una actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, que supone un acuerdo de voluntades que finiquita la relación negocial⁶¹, en virtud del cual las partes establecen si existen acreencias pendientes a favor o a cargo de las partes, realizan un balance de las cuentas y, si es del caso, efectúan las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar como resultado de la ejecución del contrato celebrado⁶², por lo que una vez celebrado dicho acuerdo no puede ser desconocido posteriormente por parte de quien lo suscribió.

Así las cosas, en los términos señalados en la demanda, la Sala encuentra que la entidad demandada infringió el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, pues habiendo liquidado bilateralmente el contrato de obra No. 2003 de 2011 no se encontraba facultada para declarar posteriormente el incumplimiento de la obligación principal del contrato -como en efecto ocurrió-.

En vista de lo anterior, se concluye que la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 y su confirmatoria, esto es, la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, adolecen parcialmente de nulidad, puntualmente en cuanto a lo resuelto respecto de la declaratoria de incumplimiento y de las demás órdenes que se derivaron de

⁶¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Rad.: 27777.

⁶² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2007. Rad.:16370.



dicha decisión, nulidad que se verá reflejada en la parte resolutive de la presente providencia.

En consecuencia, y ante la procedencia del cargo alegado, la Sala se relevará del estudio de los restantes cargos de nulidad planteados contra la decisión asumida por la Administración frente a la declaratoria de incumplimiento, pues los actos acusados, como quedó visto en precedencia, en lo que atañe a dicha decisión serán anulados.

7.3. De la declaratoria de ocurrencia del siniestro

En su demanda, la parte actora señaló que la ESANT violó el derecho al debido proceso, toda vez que a efectos declarar la ocurrencia del siniestro acudió al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y no a las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011. Además, mencionó que, una vez terminado y liquidado el contrato, la única responsabilidad que le subsistía al contratista en virtud de lo establecido en el artículo “2060 del C.C.”, era la de acudir al saneamiento de los vicios y defectos en la construcción de la obra, por lo que la entidad tampoco podía declarar la ocurrencia del siniestro, dado que el contrato ya se encontraba liquidado.

Con el propósito de asegurar el cumplimiento total y oportuno del objeto contratado y de proteger el patrimonio público⁶³, el legislador determinó que es deber de los contratistas, salvo las excepciones consagradas en la ley, constituir a favor de las entidades contratantes garantías de cumplimiento -pólizas, garantías bancarias etc.-, con el fin de trasladar a un tercero la obligación de concurrir al pago de la respectiva indemnización de perjuicios, en caso de que se produzca el incumplimiento de las prestaciones a cargo de aquellos⁶⁴.

Así, el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007⁶⁵, vigente al momento en el que se celebró el contrato que dio lugar a la expedición de los actos acusados, determina que:

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Rad.: 14667.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Rad.: 36600

⁶⁵ Reglamentado por medio del Decreto 4828 de 2008, que fue derogado por el Decreto 734 de 2012, el cual a su vez fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 (compilado en el Decreto 1082 de 2015)



“ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. 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, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento”.

Bajo el anterior contexto normativo y a diferencia de los particulares y/o beneficiarios del seguro⁶⁶, surge para la Administración⁶⁷ la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo debidamente motivado, con carácter ejecutivo y ejecutorio, que -por regla general⁶⁸- no tiene naturaleza sancionatoria⁶⁹ y, por tanto, puede ser impugnado en sede administrativa o demandado judicialmente por el contratista o la aseguradora⁷⁰. Además de lo anterior, cabe

⁶⁶ De conformidad con lo establecido en los artículos 1072, 1075 y 1077 del Código de Comercio, los particulares y/o beneficiarios del seguro, ocurrido el siniestro, deben presentar una reclamación ante la aseguradora, que presta mérito ejecutivo, salvo en los casos previstos en el artículo 1053 ibídem, entre ellos, cuando la aseguradora objete la reclamación, caso en el cual el interesado deberá demandar. En la reclamación le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

⁶⁷ La facultad deviene de lo establecido en el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 14 de octubre de 2021. Rad.: 50623.

⁶⁸ Al efecto, cabe señalar que la declaratoria de la ocurrencia del siniestro correspondiente a la seriedad de la propuesta tiene carácter sancionatorio, de conformidad con lo establecido en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993,. De ahí que para adoptar la decisión es menester que la entidad pública adelante la correspondiente actuación administrativa sancionatoria.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 14 de octubre de 2021. Rad.: 50623.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Rad.: 29587.



agregar que dicha facultad igualmente conlleva la prerrogativa de cuantificar el perjuicio⁷¹ cuando haya lugar⁷², con el fin de determinar el monto que deberá pagar la compañía de seguros y/o el contratista.

El amparo de estabilidad de la obra tiene por objeto garantizar la reparación de los daños que se manifiesten con posterioridad a su entrega y recibo a satisfacción, siempre que tales afectaciones no hayan sido ostensibles al momento de dicha entrega, ni constituyan situaciones conocidas por la Administración antes de la finalización del vínculo contractual. La efectividad de esta garantía -como antes se indicó- no exige, para su procedencia, la declaratoria del incumplimiento de obligaciones postcontractuales, bastando en consecuencia la acreditación objetiva de la ocurrencia del daño en la obra y la correspondiente estimación de los costos requeridos para su reparación⁷³.

Ahora bien, tal y como lo ha señalado esta Subsección⁷⁴, en lo que concierne a la declaratoria de ocurrencia del siniestro de calidad -que no tiene carácter sancionatorio-, es importante precisar que, derivado de su naturaleza eminentemente indemnizatoria, no es menester que las entidades públicas, previo a la adopción de su decisión, adelanten una actuación administrativa contractual o un procedimiento administrativo en estricto sentido. Al contratista y a la compañía de seguros, con el propósito de garantizar su derecho al debido proceso, se les debe permitir impugnar el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro a través de la interposición del recurso de reposición, para que puedan controvertir

⁷¹ En sentencia del 11 de julio de 2012, esta Sección precisó que, “[e]n lo que atañe a la cuantificación de la pérdida, la Sala reitera, en esta oportunidad, el criterio que de años atrás ha consolidado la jurisprudencia de la Sección, en el sentido de que, además de la prerrogativa de declarar la ocurrencia de los siniestros, la administración tiene la facultad de cuantificar el perjuicio, a través del acto administrativo que hace exigible la garantía constituida a su favor. No de otra forma podría integrarse el título de recaudo ejecutivo (con características de ser claro, expreso y exigible), para efectuar el cobro del siniestro [...] No obstante, precisa la Sala que, cuando se hacen exigibles las garantías que amparan los riesgos derivados del cumplimiento de contratos estatales, no es aplicable el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio -como lo sugiere el recurrente-, concernientes a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador. Precisamente, la expedición del acto administrativo suple la reclamación que debe efectuar el asegurado [...]”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de julio de 2012. Rad.: 19519, reiterada en sentencia del 28 de noviembre de 2019. Rad.: 36600.

⁷² Tal y como lo ha precisado esta Subsección, no siempre es necesario demostrar la cuantía del perjuicio, como, por ejemplo, ocurre en los seguros de vida. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, Rad.: 16494.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Rad.: 56085.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2024. Rad.: 53674



las razones aducidas por la Administración, así como las pruebas que las sustentan y también para que aporten las que estimen convenientes⁷⁵.

Descendiendo al caso concreto, examinadas en conjunto las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra acreditado: (i) que por medio de la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 la ESANT -entre otros- declaró la ocurrencia del siniestro “*de Inestabilidad de la Obra*” (hecho probado 6.10.); (ii) que el hoy demandante, a través de apoderado judicial y la aseguradora Compañía Mundial de Seguros, interpusieron recursos de reposición contra la anterior decisión (hecho probado 6.11.) y (iii) que por medio de la Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018, la ESANT resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 (hecho probado 6.11).

Bajo el anterior contexto, y contrario a lo afirmado por la parte demandante, en el presente caso la Sala no advierte que se hubiera infringido el derecho al debido proceso del señor José Fernando Suárez Duque -integrante del consorcio VASCA-, porque para efectos de declarar la ocurrencia del siniestro, contrario a lo afirmado por el demandante, ni siquiera era necesario que la entidad adelantara una actuación administrativa previo a la adopción de su decisión. Para garantizar el derecho al debido proceso del integrante del consorcio era menester que la entidad pública demandada le permitiera impugnar su decisión, como en efecto ocurrió, pues ciertamente el hoy demandante, a través de su apoderado formuló recurso de reposición contra la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 la ESANT, solicitando su revocatoria, de modo que, ante la interposición de este recurso, cualquier reparo frente a la infracción del derecho constitucional aludido queda desvirtuado.

Finalmente, es dable señalar que el siniestro⁷⁶ debe ocurrir durante el plazo de vigencia de la póliza para que surja la obligación de indemnizar; sin embargo, su declaratoria mediante acto administrativo puede darse en vigencia o con

⁷⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Rad.: 44170.

⁷⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 11 de julio de 2002. Rad.: 7255. Reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 23 de junio de 2010, Rad.: 16494.



posterioridad a la misma, pero dentro del término de prescripción establecido en el artículo 1081⁷⁷ del Código de Comercio.

En el presente caso, la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra fue oportuna y en nada incidió el hecho de que el contrato se encontrara liquidado, porque los actos administrativos en los que se dispuso dicha prerrogativa de la Administración -de mayo de 2018-, se proferieron durante la cobertura de la póliza, que estuvo vigente entre el 27 de agosto de 2015 y el 27 de agosto de 2020, y dentro del término de prescripción, toda vez que las fallas en el muro de la represa se detectaron por la entidad el 7 de junio de 2016 (hecho probado 6.8.), máxime si se tiene en cuenta que dicha garantía está establecida, precisamente, para cubrir a la entidad pública en aquellos casos en los cuales, con posterioridad a la terminación, entrega a satisfacción de la construcción o edificación e inclusive de la liquidación, se presenten deterioros por causa de un vicio oculto imposible de prever con anterioridad, imputables desde luego al contratista.

Por lo tanto, el cargo alegado no tiene la vocación de prosperar, de ahí que los actos administrativos demandados en punto de la declaratoria de ocurrencia del siniestro se mantengan incólumes.

7.4. Del restablecimiento del derecho

En su escrito inicial, la parte demandante solicitó ordenar a la ESANT: (i) reintegrar los valores descontados y/o cobrados, relacionados con la devolución de dineros que dispuesta en los actos administrativos enjuiciados; (ii) ordenar a la entidad demandada abstenerse de descontar y/o cobrar por vía administrativa o judicial dichos recursos; (iii) cancelar las comunicaciones enviadas a la Procuraduría General de la Nación y a las Cámaras de Comercio en donde se encuentran inscritos los miembros del consorcio.

⁷⁷ “ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.



En tal sentido, revisado el expediente no se observan pruebas que acrediten que la ESANT le hubiera descontado y/o cobrado al demandante alguna suma de dinero con ocasión de la declaratoria de incumplimiento del contrato, ni mucho menos que este último hubiera procedido a efectuar algún tipo de pago de cara a lo dispuesto por la Administración.

En consecuencia, en los términos estrictamente solicitados en la demanda, se ordenará a la ESANT abstenerse de descontarle y/o cobrarle al señor José Fernando Suárez Duque, por vía administrativa o judicial, suma alguna de dinero derivada de la declaratoria de incumplimiento del contrato dispuesta en los actos administrativos acusados. En caso de que el demandante haya pagado alguna suma por el referido concepto, la entidad demandada deberá reintegrar el valor pagado debidamente indexado. Además, se ordenará comunicar la presente decisión a la Procuraduría General y a la Cámara de Comercio en donde se encuentra inscrito el demandante.

Así las cosas, la Sala modificará la sentencia apelada, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para en su lugar declarar la nulidad parcial de los actos acusados, puntualmente en cuanto a la declaratoria de incumplimiento del contrato y a la indemnización de perjuicios dispuesta con ocasión de dicha decisión, y se ordenará a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho, abstenerse de descontarle y/o cobrarle al demandante por la vía administrativa o judicial suma alguna de dinero derivada de la declaratoria de incumplimiento del contrato dispuesta en los actos administrativos acusados y en caso de que el demandante haya pagado alguna suma por el referido concepto la entidad demandada deberá reintegrar el valor pagado debidamente indexado, y comunicar esta decisión a la procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio en donde se encuentra inscrito el demandante.

7. Costas

El artículo 188 del CPACA establece que, “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.



Al punto, el artículo 365 del CGP, vigente para cuando se interpuso el recurso de apelación, establece las siguientes reglas para proceder a la condena en costas:

“ [...] 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión [...]. 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Bajo este entendido, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, debido a que, amén de la prosperidad del cargo alegado en el recurso de apelación, en todo caso la demanda prosperó de forma parcial, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos de los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso. Para tal efecto, el Tribunal *a quo* deberá tener en cuenta que en esta instancia no se fijarán agencias en derecho, dado que la demandante no intervino en segunda instancia⁷⁸, de tal manera que aquellas no se entienden causadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 12 de diciembre de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la cual quedará así:

“PRIMERO: ANULAR el artículo primero de la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 -correspondiente a la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra No. 2003 del 10 de noviembre de 2011-.

SEGUNDO: ANULAR el artículo tercero de la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 -correspondiente a la indemnización ordenada con ocasión de

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Radicado 17001233300020120017601 (51034).



la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra No. 2003 del 10 de noviembre de 2011-.

TERCERO: ANULAR PARCIALMENTE el artículo sexto de la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018 -correspondiente a la publicación de la sanción por el incumplimiento del contrato de obra No. 2003 del 10 de noviembre de 2011 en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993-, únicamente en lo que respecta al señor José Fernando Suárez Duque.

CUARTO: ORDENAR a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANTANDER E.S.P. S.A. -ESANT- abstenerse de descontar y/o cobrar al señor José Fernando Suárez Duque, por la vía administrativa o judicial, suma alguna de dinero derivada de la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra No. 2003 del 10 de noviembre de 2011, dispuesta en la Resolución No. 52 del 24 de mayo de 2018, confirmada mediante Resolución No. 56 del 29 de mayo de 2018. En caso de que el demandante haya pagado alguna suma por el referido concepto, la entidad demandada deberá reintegrar el valor pagado debidamente indexado.

QUINTA: ORDENAR a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANTANDER E.S.P. S.A. -ESANT- comunicar la presente decisión a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio en la que se encuentra inscrito el señor José Fernando Suárez Duque.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en primera instancia a la parte demandada.

OCTAVO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y siguientes del CPACA”.

SEGÚNDO: Sin condena en costas en segunda instancia.



Radicado: 68001-23-33-000-2018-00923-01 (71554)
Demandante: JOSÉ FERNANDO SUÁREZ DUQUE

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

VF/AC1