

ENTIDADES CON RÉGIMEN PRIVADO DE CONTRATACIÓN – Naturaleza de los actos – No son actos administrativos – Actos jurídicos

En la Sección se ha adoptado el criterio según el cual las entidades estatales sometidas al derecho privado de contratación no pueden expedir actos administrativos. En lo precontractual y en lo que se refiere a las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios, ya existe una postura unificada sobre su improcedencia ante la ausencia de una habilitación legal expresa en tal sentido. En lo contractual, en particular frente a la declaratoria del siniestro de las referidas entidades estatales, también existe una posición similar.

Al respecto, en sentencia de unificación de la Sección Tercera se indicó que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios no son administrativos, porque no actúan en ejercicio de prerrogativas de poder, sino que, por regla general, los actos jurídicos que adoptan en ejercicio de su actividad contractual se rigen por la normatividad civil y comercial; por tanto, si se controvierten a través del medio de control de controversias contractuales.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – No pueden declarar siniestro a través de acto administrativo – Intención de la entidad de expedir un acto administrativo - Acto como trámite establecido por las partes del contrato de seguro – Autonomía de la voluntad

Ahora bien, aunque la Subsección ha considerado que las empresas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no pueden declarar el siniestro a través de un acto administrativo, ello no es suficiente para determinar la nulidad por falta de competencia, sino que es necesario verificar si la administración actuó con la intención de expedir un acto de dicha naturaleza o, si por el contrario, fue el simple desarrollo del trámite establecido por las partes del contrato de seguro para la efectividad de la garantía y de sus amparos.

[...]

Como se puede apreciar, en el marco del contrato de seguro celebrado entre el señor Óscar Javier Acuña y la Aseguradora Solidaria de Colombia, para amparar a la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. –asegurado o beneficiario- del riesgo de incumplimiento en el que pudiera incurrir el tomador respecto de las obligaciones que asumió en el contrato de obra No. 021 de 2011, las partes estipularon la forma como se haría efectiva la garantía ante la aseguradora, consistente, básicamente, en la obligación de expedir un “acto administrativo” debidamente ejecutoriado que declarara la realización del riesgo amparado y acreditara la cuantía de la pérdida, previo agotamiento del derecho de defensa y contradicción del contratista y la aseguradora.

[...] Efectivamente, en un asunto en el que se demandó la nulidad de unas resoluciones por las que se declaró un siniestro por parte de las Empresas Públicas de Medellín, EPM, la Sala consideró que este tipo de cláusulas de la póliza eran simplemente el ejercicio de la autonomía de la voluntad, dentro de los límites del orden público, y no otorgaban la posibilidad de ejercer poderes o prerrogativas propias de la administración.

[...]

[...] el trámite establecido por las partes del contrato de seguro para la efectividad de la garantía y de sus amparos no vulnera el orden público, porque aunque es parcialmente distinto al que surge de la lectura conjunta y sistemática de los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio, ninguna de esas normas es inmodificable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1162 del Código de Comercio, ni hacen referencia a elementos del contrato de seguro; por tanto, lo estipulado en las condiciones generales de la póliza no desconoce ninguno de tales elementos.

INEXISTENCIA DE FALTA DE COMPETENCIA – Manifestación unilateral de la entidad – Acuerdo entre las partes – Forma de reclamación

Con base en las anteriores consideraciones, se concluyó que no le era posible a la aseguradora excusarse del pago del siniestro con fundamento en la falta de "competencia", puesto que, al margen de la denominación que se le diera en la póliza, las empresas de servicios públicos, si bien por regla general actúan en sus relaciones contractuales desprovistas de prerrogativas derivadas del poder público, lo cierto es que sí tienen capacidad para hacerlo a través de una manifestación unilateral, no sólo porque así fue pactado en el contrato de seguro, sino porque "esa manifestación, así como la estimación de la cuantía del perjuicio, hacen parte de las obligaciones que a cualquier particular corresponde asumir para lograr el pago de la suma asegurada", sin que tales estipulaciones vulneren el orden público.

"[...este tipo de actos, que se expiden en el marco de las estipulaciones del contrato de seguro, no son actos administrativos, sino la forma en que las partes pactan la reclamación o efectividad del siniestro amparado, con plenos efectos vinculantes para ellas".

Con fundamento en las anteriores premisas, en el presente caso también es procedente descartar la falta de competencia formulada por la Aseguradora Solidaria de Colombia para excusarse del pago de los siniestros que amparó a través de la póliza [...] porque cualquiera sea el medio dispuesto para hacer efectiva la garantía –acto administrativo, acto jurídico unilateral con efectos vinculantes para la aseguradora o reclamación en estricto sentido-, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., actuando desprovista de cualquier prerrogativa derivada del poder público, sí tenía capacidad, no competencia, para declarar el siniestro, no solo porque así se dispuso en las condiciones generales del contrato, sino que esa manifestación, así como la estimación de la cuantía del perjuicio, hacen parte de las obligaciones que le correspondía asumir para lograr el pago de la suma asegurada.

[...] resulta posible concluir que la habilitación para declarar la ocurrencia del siniestro se podía hacer efectiva sin la denominación de acto administrativo, pues aunque se designó de esa manera, no tenía tal categoría, sino que se trata de la forma establecida por las partes del contrato de seguro para la efectividad del siniestro amparado; tampoco era necesario fraccionar la estipulación establecida en la póliza, porque con el medio utilizado no se pretendió hacer uso del poder público propio de la Administración, sino que, según las condiciones que la misma aseguradora diseñó, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. debía manifestar que el riesgo amparado se había realizado.

ACTO JURÍDICO – Análisis de infracciones a las condiciones de la póliza – Principio de *iura novit curia*

Cabe precisar que al no mediar un acto con la categoría de un acto administrativo, dado que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. no actuó en ejercicio de prerrogativas de poder, sino que se trató de la forma establecida por las partes del contrato de seguro para la efectividad del siniestro amparado, los cargos expuestos por la parte demandante no deben revisarse como reproches de ilegalidad, sino como infracciones a las condiciones de la póliza y a las normas superiores en las que ésta debía informarse.

Lo anterior encuentra sustento en jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual, "En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio iura novit curia, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación".

PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN – Estipulaciones de la póliza – Expedición de acto administrativo – Declaratoria de siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida

Según la póliza [...] la entidad estatal asegurada tenía que proferir el "acto administrativo" mediante el cual debía declarar la ocurrencia del siniestro y determinar y acreditar la cuantía de la pérdida, previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista y del garante -derechos de defensa y contradicción-.

[...] En este punto, cabe advertir que, aunque la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. siguió la ruta establecida por las partes del contrato de seguro para declarar el siniestro; en todo caso, se debe verificar si efectivamente acreditó la ocurrencia y la cuantía de la pérdida para que surgiera a cargo de la aseguradora la obligación de pago del amparo de cumplimiento y, en cuanto al amparo de buen manejo e inversión del anticipo, determinar si se afectó por aspectos que no fueron cubiertos en la póliza [...] como se señaló en la demanda.

SEGURO DE CUMPLIMIENTO – Incumplimiento no configura por sí mismo el perjuicio – Carga de la prueba del perjuicio patrimonial

En cuanto al seguro de cumplimiento, esta Subsección, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el incumplimiento del obligado no configura por sí mismo el siniestro, sino que es necesario la causación o padecimiento efectivo de un daño, pérdida o perjuicio patrimonial para el asegurado, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento. En este sentido, se precisó que el asegurador no puede pagarle la suma de dinero que pretenda el asegurado, sino indemnizarle el daño suficientemente demostrado.

[...]

[...] se colige que no basta con que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que se demuestre el perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del asegurado.

[...]

[...] la Sala observa que la entidad asimiló el valor no ejecutado y que no fue pagado, al monto que le costaría terminar la obra. Para la estimación del perjuicio debía tenerse en cuenta la diferencia entre ese valor no ejecutado y lo que costaría hacer las obras al momento de la declaratoria de incumplimiento, con fundamento en las fórmulas de actualización correspondientes; no obstante, la Sala no encuentra que la entidad o la interventoría hubieran realizado ese ejercicio y, en ese sentido, la estimación realizada en el acto contractual no encuentra un sustento, más allá del cálculo de las cantidades no ejecutadas sobre las que no se demostró una erogación a cargo de la entidad.

AMPARO DE MANEJO DE ANTICIPO – Amortización no es inversión

Al respecto, se debe indicar que la no amortización del anticipo no puede asimilarse a su no inversión, uso indebido o apropiación indebida. En este caso, el amparo de anticipo no cubre el riesgo de no amortización del anticipo, como quiera que no se pactó así expresamente dentro del alcance de la póliza [...] por tanto, no puede condenarse a la Aseguradora Solidaria de Colombia por este concepto.

La Sección Tercera ha indicado que el amparo de amortización solo puede hacerse efectivo cuando efectivamente se haya pactado que la compañía garantiza tal riesgo.

[...]

[...] permite a la Sala concluir que lo que cubre el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo son los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones y no de la obligación de amortizar el anticipo si dicha obligación no fue amparada expresamente por la compañía de seguros.

La falta de amortización difiere de los riesgos de no inversión, uso indebido o apropiación indebida, por lo cual no resultaba adecuado asimilarlos, como se hizo en la resolución demandada, pues con ello se desconoce la estipulación contractual que es de donde debe deducirse el alcance de una obligación".



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: **MARÍA ADRIANA MARÍN**

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

Radicación número: 85001-23-33-000-2016-00052-01 (65357)

Actor: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

**Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO
“AGUAS DE PORE S.A. E.S.P.”**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – MEDIO DE CONTROL DE
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas: **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** - Naturaleza de sus actos - Las empresas públicas domiciliarias dictan verdaderos actos administrativos para la declaratoria del siniestro, siempre que ejerzan poderes o facultades excepcionales. Si sólo cumplen con lo pactado en la póliza, son actos jurídicos contractuales. / **AMPARO DE CUMPLIMIENTO** - No basta con que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que se demuestre el perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del asegurado. / **AMPARO DE BUEN MANEJO E INVERSIÓN DEL ANTICIPO** - Cubre los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones -no inversión, uso indebido o apropiación indebida-, y no la obligación de amortizar el anticipo si dicha obligación no fue amparada expresamente por la compañía de seguros.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo “Aguas de Pore S.A. E.S.P.”, contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual declaró la nulidad de la Resolución No. 051 de 6 de agosto de 2015 y negó las demás pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Aseguradora Solidaria de Colombia pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 051 del 6 de agosto de 2015, por medio de la cual la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo “Aguas de Pore S.A. E.S.P.” declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de mal manejo del anticipo, en el marco de la póliza No. 605-47-99400005278, que instrumentó el contrato de seguro celebrado



entre la referida aseguradora y el señor Óscar Javier Acuña, para garantizar el contrato de obra No. 021 de 2011.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

En escrito presentado el 26 de febrero de 2016 (fls. 4 a 39 c. 1), la Aseguradora Solidaria de Colombia, por conducto de apoderado judicial (fl. 1 c. 1), interpuso demanda en contra de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo “Aguas de Pore S.A. E.S.P.” para que, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: Que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa No. 051 de 2015 proferida por la señora Gerente General de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de PORE, AGUAS DE PORE S.A. E.S.P. y en el evento en que se produzca un pago, por virtud de un proceso ejecutivo, se ordene la restitución del mismo debidamente indexado.

Segunda: Que se declare la nulidad absoluta de las cláusulas números seis y ocho de las condiciones generales del contrato de seguro celebrado entre el señor Óscar Javier Acuña, como tomador, y la Aseguradora Solidaria de Colombia e instrumentado en la póliza número 605-47-99400005278.

Como fundamento fáctico de la demanda se narró lo siguiente:

El 1 de marzo de 2011, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. celebró con el señor Óscar Javier Acuña el contrato de obra No. 021, cuyo objeto consistió en la construcción del sistema de acueducto por gravedad de las veredas San Isidro y Matalarga del municipio de Pore, por valor de \$1.090'559.566, con plazo inicial de dos meses y con fecha final de ejecución el 24 de julio de 2011.

El 2 de marzo de 2011, la Aseguradora Solidaria de Colombia expidió la póliza No. 605-47-99400005278, que instrumentó el contrato de seguro celebrado con el señor Óscar Javier Acuña, en calidad de tomador, para garantizar el contrato de obra No. 021 de 2011. En el contrato de seguro figuraba como asegurada la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. En dicho contrato de seguro se pactaron como amparos, valores y vigencias las siguientes:

Amparo	Iniciación vigencia	Finalización vigencia	Valor asegurado
Cumplimiento	02/03/11	02/09/11	107'453.636



Manejo anticipo	02/03/11	02/09/11	537'268.180
Salarios/prestac	02/03/11	02/05/14	107'453.636
Estabilidad obra	02/03/11	02/03/16	214'907.272

El contrato de obra No. 021 de 2011 fue objeto de múltiples suspensiones y prórrogas desde el 14 de junio de 2011 y hasta el 1 de julio de 2013.

El 24 de enero de 2013, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., con fundamento en el informe de interventoría, comunicó al contratista que incurrió en abandono de los trabajos, hasta el punto de que para diciembre de 2012 y en lo corrido del año siguiente no se había realizado ninguna actividad, ni siquiera la presencia del residente de obra. También le llamó la atención por la inasistencia a las reuniones del comité de obra del 3 y 10 de enero de 2013. Finalmente, le puso de presente la falta de modificación de la póliza, como consecuencia de la prórroga del contrato. Con fundamento en lo anterior, la parte demandada informó al contratista la iniciación de un procedimiento administrativo para declarar su incumplimiento, en el cual intervino la aseguradora, actuación que finalizó con la decisión de continuar con la ejecución contractual.

El 24 de julio de 2015, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. citó a audiencia de incumplimiento, con fundamento en el mismo informe de interventoría, y el 6 de agosto de 2015, mediante Resolución 051, declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y mal manejo del anticipo, por un valor de \$285'217.974 y \$252'050.206, respectivamente.

1.1. Normas violadas y concepto de violación

Las pretensiones de nulidad se fundamentaron en los siguientes cargos:

- *“La Resolución 051 de 2015 fue expedida con fraude a la ley. Los numerales 3 y 4 del artículo 99 del CPACA no facultaban a las empresas de servicios públicos para ejercer facultades exorbitantes en los contratos por ella celebrados, sino que otorgan mérito ejecutivo a algunos de los actos dictados con base en facultades legales expresas”.*

Al respecto, explicó que los numerales 3 y 4 del artículo 99 del CPACA no atribuyen competencia alguna a las empresas de servicios públicos domiciliarios para declarar por acto administrativo la ocurrencia del siniestro y cuantificar los perjuicios en el seguro de cumplimiento.



Agregó que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. pretende derivar del artículo 99 del CPACA las mismas facultades que el régimen legal de la contratación pública concede, por vía completamente exceptiva, a las entidades estatales para declarar el siniestro y cuantificar los perjuicios.

- *"La Resolución 051 de 2015 es nula por falta de competencia de AGUAS DE PORE para expedirla"*, en consideración a que se fundamentó en las leyes 1474 de 2011, 80 de 1993 y 1150 de 2007, a pesar de que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. no tenía legalmente competencia para adelantar el trámite administrativo y tomar las decisiones de incumplimiento y la consecuente declaración de ocurrencia de los siniestros por incumplimiento e indebido manejo del anticipo.

- *"Violación de la ley por falta de aplicación de las normas del Título V del libro IV del Código de Comercio, relativas a la configuración y prueba del siniestro y el pago de la indemnización"*, porque además de que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. carecía de competencia para declarar el siniestro, violó por falta de aplicación los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, los cuales le imponían como asegurada la carga de probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.

- *"Falsa motivación por errores de hecho por indebida apreciación de las pruebas que sustentan la declaratoria de la ocurrencia de los siniestros en los amparos de cumplimiento y de manejo e inversión del anticipo de la póliza No. 605-47-99400005278 y errores de derecho en la conceptualización jurídica del siniestro"*.

Advirtió que el amparo de cumplimiento, de conformidad con las condiciones generales de la póliza, cubría a la entidad contratante de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato; sin embargo, el seguro de cumplimiento no podía ser fuente de enriquecimiento para el asegurado, quien debía probar la cuantía de los perjuicios, como lo disponían los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio.

Indicó que el sustento técnico de la resolución demandada fue el informe final de interventoría, en el cual se concluyó que la diferencia entre el valor contratado de las obras y lo efectivamente ejecutado arrojó un valor de \$264'217.974. Al respecto, sostuvo que una cosa era la estimación del valor no ejecutado de la obra contratada y por lo mismo no pagada, en lo cual no podía haber un perjuicio, y otra distinta el perjuicio derivado del incremento de los costos que supondría para la entidad volver a contratar esas actividades.



Explicó que no existía prueba sobre el monto de los perjuicios que por mayores costos de una nueva contratación tendría que sufragar la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., lo que se traducía en una falsa motivación, luego en estas condiciones no era posible que se cobrara la totalidad del valor asegurado.

Agregó que la propia resolución demandada dejó en claro que el contratista sí prorrogó las garantías para ajustarlas a lo establecido en la prórroga 6 del contrato No. 21.

En cuanto al amparo del buen manejo e inversión del anticipo, señaló que la póliza cubría los perjuicios ocasionados con su no inversión, uso indebido o apropiación indebida; no obstante, en el presente asunto se declaró el siniestro con base en *"no haber atendido unos requerimientos para soportar el avance y cumplimiento de las actividades"*; por tanto, la resolución incurrió en un evidente error de derecho, por no tener en cuenta el verdadero riesgo asegurado.

2. El trámite en primera instancia

La demanda fue inadmitida por el Tribunal Administrativo de Casanare mediante providencia de 31 de marzo de 2016, porque el medio de control de controversias contractuales no era el adecuado.

Sobre este particular, explicó que la Aseguradora Solidaria de Colombia no era parte dentro del contrato de obra No. 021 de 2011, sino que lo eran el señor Óscar Javier Acuña y la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P.; luego, el medio de control procedente era el de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 051 de 2015, que declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y mal manejo del anticipo. Adicionalmente, indicó que no se podían incluir pretensiones referentes al contrato de seguro y relacionadas con el contratista que tomó la póliza, porque cualquier controversia entre dicha persona y la aseguradora era ajena al medio de control que procedía, además de que esta jurisdicción no sería la competente (fls. 171 a 172 c. 1).

La parte demandante, mediante memorial de 16 de abril de 2016, corrigió la demanda, en el sentido de precisar que el medio de control era el de nulidad y restablecimiento del derecho, porque con este se lograba la nulidad de la Resolución 051 de 2015.



Adicionalmente, indicó que suprimía la segunda pretensión de la demanda, referente a que se declarara la nulidad de las cláusulas seis y ocho de las condiciones generales del contrato de seguro instrumentado en la póliza No. 605-47-99400005278, porque en todo caso carecían de la virtualidad jurídica de otorgar a la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. la competencia para declarar la ocurrencia del siniestro y ordenar el pago de la indemnización (fls. 175 a 178 c. 1).

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Casanare mediante providencia del 28 de abril de 2018, que se notificó en debida forma a la entidad demandada y al Ministerio Público. Adicionalmente, se vinculó como tercero interesado al señor Óscar Javier Acuña (fls. 214 a 215 c. 2).

La Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. contestó oportunamente la demanda y se opuso a sus pretensiones, para lo cual puntualizó que le asistía competencia para proferir la Resolución 051 de 2015, en consideración a su naturaleza jurídica y al régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de acuerdo a lo establecido en la Ley 142 de 1994 y a lo esbozado por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia.

Al lado de lo anterior, expresó que las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993 no fueron el sustento del acto administrativo proferido por la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., sino que se fundamentó en la declaratoria de un siniestro y en la efectividad de un amparo, lo cual era una competencia reconocida a las empresas de servicios públicos (fls. 241 a 269 c. 2).

En lo que respecta al señor Óscar Javier Acuña, mediante *curador ad litem*¹ se dio contestación a la demanda, en la que se manifestó que *"no es cierto que las empresas de servicios públicos no cuenten con facultades exorbitantes en los contratos que celebren, por el contrario, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria su inclusión" (...)* Por lo anterior, no le asiste razón a la parte actora en cuanto al cargo de falta de competencia toda vez que la entidad si podía ejercer cláusulas exorbitantes" (fls. 392 a 397 c. 2).

¹ El abogado Juan David Buitrago Vargas actuó como *curador ad litem* del contratista Óscar Javier Acuña.



3. Audiencia inicial

El 14 de febrero de 2018, se realizó la audiencia inicial, oportunidad en la que se fijó el litigio en los siguientes términos:

“Corresponde determinar la legalidad del acto administrativo, Resolución No. 051 de 2015 proferida por el gerente general de la Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo del municipio de Pore – Aguas de Pore S.A. E.S.P. y en caso afirmativo, ordenar la devolución del pago correspondiente que se haya realizado, debidamente indexado como consecuencia de la declaración del siniestro”.

Acto seguido, se declaró fracasada la etapa de conciliación, por no existir ánimo de concertación entre las partes. Se tuvieron como pruebas las documentales allegadas con la demanda y su respectiva contestación. Comoquiera que no se tenían pruebas que practicar se corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 433 a 435 c. 3).

La parte demandante y la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación (fls. 441 a 446; 447 a 459 c. 3). El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

4. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 17 de septiembre de 2019, el Tribunal Administrativo de Casanare declaró la nulidad de la Resolución No. 051 de 6 de agosto de 2015 y se negó las demás pretensiones de la demanda.

Para llegar a esa conclusión, consideró que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por las disposiciones del derecho privado; por tanto, no cuentan con prerrogativas especiales que le permitan declarar el incumplimiento y la existencia del siniestro de la póliza constituida por el contratista, dado que dichas facultades son exclusivas del régimen de contratación pública, por lo que, en estas condiciones, no resultan aplicables a la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P.

En cuanto a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, los cuales sirvieron como fundamento para la expedición de la Resolución No. 051 de 2015, el Consejo de Estado ha indicado que de esa normativa no se deriva la competencia de las empresas de servicios públicos para declarar la



existencia del siniestro por incumplimiento o por indebido manejo del anticipo, porque se trata de entidades públicas que se rigen por el derecho privado; por tanto, la forma de hacer efectivas las garantías contenidas en la póliza constituida por el contratista es a través del procedimiento contemplado en el Código de Comercio y no a través de un acto administrativo².

Con fundamento en lo anterior, consideró probados los tres primeros cargos de nulidad expuestos en la demanda, esto es, expedición con fraude a la ley, falta de competencia y falta de aplicación de las normas, y se abstuvo de efectuar un pronunciamiento respecto al cargo de falsa motivación, por cuanto se sustentó en errores de valoración probatoria e interpretación del riesgo asegurado, estudio que juzgó innecesario por tratarse de un asunto de fondo y haberse acreditado los vicios de forma que desvirtuaban la legalidad del acto acusado.

Finalmente, en relación con la restitución del eventual pago que se hubiera producido en virtud de un posible proceso ejecutivo, advirtió que no se aportó prueba de erogación alguna por parte de la aseguradora, luego no era posible estudiar la procedencia de dicha restitución (fls. 476 a 488 c. ppal).

5. El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. interpuso recurso de apelación y como sustento, manifestó que el *a quo* desestimó la capacidad de la que gozan las empresas de servicios públicos domiciliarios para proferir actos administrativos mediante los cuales podía declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectivos unos amparos, sin que tal actuación implicara el ejercicio de un poder de carácter excepcional.

En concordancia con lo anterior, explicó que existía un interés general que se pretendía satisfacer, esto es, la construcción de los sistemas de acueducto para las veredas de San Isidro y Matalarga en el municipio de Pore, razón por la cual la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. tenía la facultad de expedir un acto administrativo a través del cual podía declarar el siniestro, el cual, en tal caso, no pasaba de ser una reclamación.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 19 de junio de 2019, exp. No. 39800. M.P. Alberto Montaña Plata; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 25 de mayo de 2006, exp. No. 1748, MP. Enrique José Arboleda Perdomo.



En su impugnación, adujo que el contenido de la Resolución No. 051 de 2015 equivale al de una afirmación positiva de la ocurrencia del siniestro, la cual fue debidamente soportada y cuantificada por la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., en los términos de la distribución de la carga de la prueba del artículo 1077 del Código de Comercio, y bajo el amparo de una fuente generadora de competencia sustantiva, esto es, los numerales 3 y 4 del artículo 99 del CPACA (fls. 497 a 518 c. ppal).

6. El trámite en segunda instancia

El recurso fue admitido el 13 de enero de 2020. El 7 de febrero siguiente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 521; 527; 530 c. ppal).

En esta oportunidad, la parte demandante reiteró que la facultad de declarar unilateralmente el siniestro, por acto administrativo, procedía únicamente en los contratos estatales que se regían por el Estatuto General de la Contratación Administrativa, con exclusión de los contratos que se gobernaban por el derecho privado, como en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios (fls. 543 a 553 c. ppal).

La Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. sostuvo que envió constantes comunicaciones a la aseguradora sobre las reclamaciones que se le hicieron al contratista por su incumplimiento, como lo prevé el Código de Comercio, el cual establece que a ésta se le debe informar sobre la ocurrencia del siniestro, sin que el hecho de que se hubiera realizado mediante un acto administrativo le restara objetividad, toda vez que ese era el medio utilizado por las entidades estatales para tal fin (fls. 555 a 562 c. ppal).

En su concepto, el Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, porque Aguas de Pore S.A. E.S.P. no contaba con una facultad legal que le permitiera declarar unilateralmente el siniestro, en consideración a que sus actos y contratos se regían por el derecho privado; por tanto, no podía acudir a la expedición de actos administrativos, sino que, en virtud del propio contrato de seguro, tenía que acreditar ante la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios, para que a través de una orden judicial se le impusiera la obligación de generar el reconocimiento y pago con ocasión de la póliza No. 605-47-99400005278 (fls. 589 a 605 c. ppal).



III. CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción, competencia y medio de control procedente

El artículo 104 del CPACA estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en los contratos, sin consideración a su régimen, en los que fuera parte una entidad pública.

La Resolución No. 051 de 2015 fue proferida por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo "Aguas de Pore S.A. E.S.P.", la cual fue creada mediante la escritura pública No. 1487 de 30 de julio de 2008³, como una sociedad por acciones del Estado del nivel municipal, es decir que se trata de una entidad pública, razón por la cual a esta jurisdicción le compete resolver el litigio⁴.

Igualmente, de acuerdo con el artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos.

Asimismo, la Sala es competente para decidir este asunto, porque la cuantía del proceso fue estimada en la suma de \$537'268.180 -valor de la pretensión mayor individualmente considerada (Art. 157 del CPACA), según la estimación razonada detallada por la actora en el libelo introductorio (fl. 36 c. 1)-. Para la época de interposición de la demanda -2016- eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio del medio de control de controversias contractuales cuya cuantía excediera de \$344'727.500, en los términos del numeral 4 del artículo 152 del CPACA, equivalente a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el 2016.

³ Según el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Casanare, la demandada fue constituida por medio de la Escritura Pública No. 1487 del 30 de julio de 2008 (fls. 40 a 42 c. 1). En este instrumento se observa que en el artículo 55, segunda parte, el capital suscrito corresponde en un 95% al municipio de Pore y el porcentaje restante a dos particulares, en proporciones iguales. Visto en la página oficial de la demandada: https://empresa-de-acueducto-alcantarillado-y-aseo-de-pore-esp.micolombiadigital.gov.co/sites/empresa-de-acueducto-alcantarillado-y-aseo-de-pore-esp/content/files/000065/3233_estatutos-n1487-30072008.pdf.

⁴ "Desde el punto de vista de la estructura del Estado, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, ya sean constituidas como sociedades por acciones o como empresas industriales y comerciales del Estado, son 'entidades públicas' pertenecientes al nivel descentralizado por servicios de la rama ejecutiva. El hecho de que tales entidades se encuentren sometidas a un régimen especial de derecho privado no les hace perder esa calidad (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 14 de agosto de 2013, exp. No. 18975. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez).



Al respecto, se debe indicar que el *a quo* inadmitió la demanda interpuesta en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, porque la Aseguradora Solidaria de Colombia no fue parte del contrato de obra No. 021 de 2011; en este sentido, consideró que el medio de control procedente era el de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 051 de 2015.

Frente a este aspecto, cabe precisar que al tratarse de actuaciones producidas dentro del marco de las condiciones generales de la póliza No. 605-47-99400005278, esto es, la declaratoria de los siniestros de incumplimiento y mal manejo del anticipo, los cuales se derivaron del contrato de seguro, contrario a lo expuesto por el *a quo*, el medio de control procedente sí es el de controversias contractuales, tal como lo dispone el artículo 141 del CPACA.

Además, como se determinará al analizar la naturaleza de la Resolución No. 051 de 2015, no se trata de un acto administrativo, caso en el cual procedería el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de un acto jurídico de carácter contractual, pues, como se dijo, se produjo en el marco de un acuerdo de voluntades, motivo por el cual resulta adecuado el medio de control de controversias contractuales.

En efecto, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para cuestionarlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación⁵.

2. Oportunidad para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales

De conformidad con el artículo 164.2 (j) del CPACA, en las controversias relativas a contratos estatales *“el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”*. En este caso, la pretensión está dirigida a que se declare la nulidad de la Resolución 051 de 6 de agosto de 2015, mediante la cual declaró la ocurrencia de los siniestro de cumplimiento y de buen manejo del anticipo.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 9 de mayo de 2024, exp. No. 53962. M.P. José Roberto Sáchica Méndez



Al margen del término de suspensión dado por el trámite de la conciliación prejudicial⁶, se concluye que respecto de este acto la demanda es oportuna, en tanto, incluso, si el término se cuenta desde su expedición, la demanda se habría presentado dentro del plazo de dos años que habrían vencido el 7 de agosto de 2017 (la demanda se presentó el 26 de febrero de 2016)⁷.

3. Legitimación en la causa

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la Aseguradora Solidaria de Colombia, pues fue la que expidió la póliza de cumplimiento que se hizo efectiva a través del acto enjuiciado⁸.

Asimismo, le asiste legitimación en la causa por activa para demandar la Resolución No. 051 de 2015, porque con base en esta surgió su obligación de pago por entenderse configurados los siniestros cubiertos a través de la póliza No. 605-47-99400005278, de ahí que con el presente libelo pretenda que se declare que no está obligada a pagar las sumas por las que se haría efectiva tal póliza.

Igualmente, la Sala halla legitimada en la causa por pasiva a la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., porque profirió la Resolución No. 051 de 6 de agosto de 2015, por la cual declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de mal manejo e inversión del anticipo, que es el objeto de este proceso.

4. Objeto de la apelación

Con fundamento en el escenario propuesto en el recurso de apelación, se debe decidir si procede revocar la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad de la Resolución No. 051 de 2015, para lo cual se deberá determinar si la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. tenía competencia para declarar, mediante acto administrativo, la ocurrencia del siniestro y la efectividad de los amparos de

⁶ La solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 13 de noviembre de 2015 y la audiencia de conciliación extrajudicial se llevó a cabo el 15 de febrero de 2016 (fl. 159 c. 1).

⁷ En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de julio de 2024, exp. No. 59547. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ; sentencia de 5 de febrero de 2024, exp. No. 62324. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ; sentencia de 22 de octubre de 2021, exp. No. 51006; Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2021, exp. No. 61365. M.P. Martín Bermúdez Muñoz; Subsección C, sentencia de 1 de noviembre de 2023, exp. No. 62025. M.P. Nicolás Yepes Corrales; sentencia de 28 de octubre de 2024, exp. No. 63030. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de julio de 2024, exp. No. 59547. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.



cumplimiento y de buen manejo del anticipo establecidos en la póliza No. 605-47-99400005278.

5. La naturaleza de la Resolución No. 051 de 2015 y la competencia de la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. para declarar la ocurrencia del siniestro

En la Sección se ha adoptado el criterio según el cual las entidades estatales sometidas al derecho privado de contratación no pueden expedir actos administrativos⁹. En lo precontractual y en lo que se refiere a las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios, ya existe una postura unificada sobre su improcedencia ante la ausencia de una habilitación legal expresa en tal sentido¹⁰. En lo contractual, en particular frente a la declaratoria del siniestro de las referidas entidades estatales, también existe una posición similar¹¹.

Al respecto, en sentencia de unificación de la Sección Tercera se indicó que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios no son administrativos, porque no actúan en ejercicio de prerrogativas de poder, sino que, por regla general, los actos jurídicos que adoptan en ejercicio de su actividad contractual se rigen por

⁹ En atención a lo prescrito en la Ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos profieren, a título de excepción, los siguientes actos administrativos: a) Los actos que afectan la prestación del servicio o la ejecución de tal contrato, como: (i) actos de negativa del servicio, (ii) actos que ordenan la suspensión del servicio, (iii) actos que ordenan la terminación del contrato, y, (iv) actos que deciden el corte o la facturación –artículos 140, 141 y 154-. b) Los actos que resulten del ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración, impuestas o autorizadas por las Comisiones de Regulación -artículo 31-. c) Actos para el uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, promover la constitución de servidumbre o la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio –artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118-. d) Los actos que se expidan a raíz de concesiones para el uso de recursos naturales o del medio ambiente –artículo 39-. e) Los relativos a la concesión de áreas de servicio exclusivo (ASE) –artículo 40-.

Sobre este aspecto, esta Subsección ha considerado que *“La aplicación del derecho privado obra como regla general, sin perjuicio de que la misma ley autoriza a los prestadores de servicios públicos domiciliarios a incursionar en un ámbito normativo diverso, como ocurre (...) en las situaciones previstas en el artículo 33 (desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y ss.); en materia contractual cuando el régimen de estos sea el derecho público y, en tal sentido se les aplique el Estatuto de Contratación Estatal (parágrafo del artículo 31, 39.1), contratos para la concesión de ASES (artículo 40), o limitado a lo relativo a cláusulas excepcionales (artículo 31)”* (Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 9 de mayo de 2024, exp. No. 53962. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. No. 42.003, M.P. Alberto Montaña Plata. La Ponente tuvo la oportunidad de expresar sus reparos frente a esta posición, por lo que se considera suficiente con remitir a ellos.

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, exp. No. 44.707, M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. En esta providencia, la aquí ponente aclaró el voto, bajo unas consideraciones que aún estima pertinentes, pero ante la posición mayoritaria consolidada en la Sección, que le impone su obediencia, considera suficiente con remitir a ellas para precisar su posición en esta oportunidad; Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 9 de mayo de 2024, exp. No. 53962, M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ (Con salvamento de voto de la ponente del presente asunto); Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, exp. No. 39.800, M.P. Alberto Montaña Plata, y Subsección C, sentencia del 10 de marzo de 2023, exp. No. 57.101, M.P. Jaime Rodríguez Navas.



la normatividad civil y comercial; por tanto, si se controvierten a través del medio de control de controversias contractuales, no se tiene la carga de solicitar su anulación¹². En este sentido se expuso lo siguiente:

La noción de acto administrativo y sus elementos, también permite a la Sala ilustrar el escenario en que se ubica el sub examine pues los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, con indiferencia de si son entidades públicas, privadas o mixtas, no ostentan el carácter de administrativos, conclusión a la que se arriba por medio de la constatación de que en estos casos dichas empresas no actúan -por regla general- en ejercicio de prerrogativas de poder. Este contexto confirma que el atributo relacionado con el ejercicio de tales prerrogativas consustanciales a la expedición de actos administrativos, no se identifica con el que atañe al régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

(...)

(i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.

Ahora bien, aunque la Subsección ha considerado que las empresas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no pueden declarar el siniestro a través de un acto administrativo, ello no es suficiente para determinar la nulidad por falta de competencia, sino que es necesario verificar si la administración actuó con la intención de expedir un acto de dicha naturaleza o, si por el contrario, fue el simple desarrollo del trámite establecido por las partes del contrato de seguro para la efectividad de la garantía y de sus amparos¹³.

En el *sub lite*, en la póliza No. 605-47-99400005278 se acordó lo siguiente:

1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, ASÍ COMO DE SU CUMPLIMIENTO TARDÍO O DE SU CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO, CUANDO ELLOS SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO. ADEMÁS DE ESOS RIESGOS, ESTE AMPARO COMPRENDERÁ EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAYAN PACTADO EN EL CONTRATO GARANTIZADO.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 9 de mayo de 2024, exp. No. 53962. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. Ver: salvamento de voto de la ponente del presente asunto.

¹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, exp. No. 44.707, M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, con aclaración de voto de la ponente del presente asunto.



1.3 AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO

EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE, DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DE (I) LA NO INVERSIÓN, (II) EL USO INDEBIDO Y (III) LA APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, ÉSTOS DEBERÁN TASARSE EN DINERO EN EL CONTRATO.

(...)

6. EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA

DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA DEBERÁ DEMOSTRAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y ACREDITAR LA CUANTÍA DE LA PÉRDIDA, PREVIO AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA DEL CONTRATISTA Y DEL GARANTE, DE LA SIGUIENTE FORMA:

a. EN CASO DE CADUCIDAD, UNA VEZ AGOTADO EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIZADOS LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA Y DE SU GARANTE, PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN EL CUAL, ADEMÁS DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD, PROCEDERÁ A HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL O A CUANTIFICAR EL MONTO DEL PERJUICIO Y A ORDENAR SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA COMO AL GARANTE.

b. EN CASO DE APLICACIÓN DE MULTAS, UNA VEZ AGOTADO EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIZADOS LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA Y DE SU GARANTE, PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN EL CUAL IMPONDRÁ LA MULTA Y ORDENARÁ SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA COMO AL GARANTE.

c. EN LOS DEMÁS CASOS DE INCUMPLIMIENTO, UNA VEZ AGOTADO EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIZADOS LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA Y DE SU GARANTE PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN EL CUAL DECLARARÁ EL INCUMPLIMIENTO, PROCEDERÁ A CUANTIFICAR EL MONTO DE LA PÉRDIDA O A HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL, SI ELLA ESTÁ PACTADA Y A ORDENAR SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA COMO AL GARANTE.

Como se puede apreciar, en el marco del contrato de seguro celebrado entre el señor Óscar Javier Acuña y la Aseguradora Solidaria de Colombia, para amparar a la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. –asegurado o beneficiario- del riesgo de incumplimiento en el que pudiera incurrir el tomador respecto de las obligaciones que asumió en el contrato de obra No. 021 de 2011, las partes estipularon la forma como se haría efectiva la garantía ante la aseguradora, consistente, básicamente, en la obligación de expedir un “acto administrativo” debidamente ejecutoriado que declarara la realización del riesgo amparado y acreditara la cuantía de la pérdida,



previo agotamiento del derecho de defensa y contradicción del contratista y la aseguradora.

Una cláusula similar ya fue analizada por la Subsección¹⁴. Efectivamente, en un asunto en el que se demandó la nulidad de unas resoluciones por las que se declaró un siniestro por parte de las Empresas Públicas de Medellín, EPM, la Sala consideró que este tipo de cláusulas de la póliza eran simplemente el ejercicio de la autonomía de la voluntad, dentro de los límites del orden público, y no otorgaban la posibilidad de ejercer poderes o prerrogativas propias de la administración. En este sentido se precisó¹⁵:

Así, teniendo en cuenta que la causa del contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales consiste en trasladar a la Aseguradora el riesgo de incumplimiento contractual, para que, en caso de que ocurra el hecho material amparado sea está quien asuma la responsabilidad de indemnizar los perjuicios que se causen de tal circunstancia, no comporta mayor dificultad establecer que el propósito de los contratantes del seguro al estipular que “se entiende causado el siniestro” con el “acto administrativo, motivado en firme y debidamente notificado a la aseguradora que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza por causas imputables al contratista”, y al señalar que el pago se hará dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que presente la entidad estatal asegurada acompañada de la copia auténtica de tal acto, no fue otro que definir la ruta que debía seguir la beneficiaria de la póliza para acceder al pago de la suma asegurada.

En ese entendido, encuentra la Sala claramente establecido que la intención con la que se incluyeron las cláusulas 4 (...) y 5 en las condiciones generales de la póliza fue estipular, bajo la libertad de configuración negocial que asiste a las partes del contrato (...) en ejercicio de su autonomía de la voluntad y dentro de los límites del orden público, que para hacer efectiva la garantía, la Asegurada debía manifestar motivadamente y por escrito que el riesgo amparado se había realizado, dar oportunidad a la contratista y a la Aseguradora para pronunciarse al respecto y, después, definir, igualmente por escrito debidamente motivado, si mantenía o no su declaración, con lo cual, según lo estipulado, el siniestro se entendería causado, esto es, que no necesitaba más que adelantar el procedimiento previamente descrito y presentar los respectivos documentos contentivos de dichas manifestaciones debidamente justificadas ante la Aseguradora para hacer efectivo el pago, pues, según lo consignado en el numeral 5 de las condiciones generales de la póliza, la demandante procedería al pago dentro del mes siguiente a la fecha en que se hiciera tal presentación; por tanto, según lo previsto en el artículo 1618 de Código Civil (...), debe estarse a esta intención más que al tenor literal de las expresiones utilizadas en las referidas cláusulas para calificar la naturaleza jurídica de tal manifestación.

En esa oportunidad, la Subsección también explicó que el trámite establecido por las partes del contrato de seguro para la efectividad de la garantía y de sus amparos

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.* En la cita se han omitido a propósito los pies de páginas originales para aligerar el contenido de la presente providencia.



no vulnera el orden público, porque aunque es parcialmente distinto al que surge de la lectura conjunta y sistemática de los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio, ninguna de esas normas es inmodificable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1162 del Código de Comercio, ni hacen referencia a elementos del contrato de seguro; por tanto, lo estipulado en las condiciones generales de la póliza no desconoce ninguno de tales elementos¹⁶:

Entiende la Sala que lo estipulado no vulnera el orden público, porque no contraviene ni supone la alteración de normas que por su naturaleza o por disposición de la ley son inmodificables (...), en tanto, no se dejó al arbitrio de la Asegurada la configuración o constitución del siniestro, lo cual vulneraría los artículos 1054 (...) y 1055 (...) del Código de Comercio, pues lo pactado simplemente supone que la beneficiaria de la póliza, como cualquier otro -particular o entidad pública-, para hacerla efectiva debía manifestar que el riesgo amparado se concretó y, además, por voluntad del Asegurador y no por prerrogativas derivadas de la ley, que tal manifestación, debidamente motivada, sería suficiente para acreditar su dicho y, por esa razón, para entender que se dio el hecho que da origen a la obligación del asegurador de indemnizar la pérdida al asegurado, lo cual tampoco vulnera el orden público, pues, además de que no existe una tarifa legal para acreditar la ocurrencia del siniestro, esa declaración, como acaba de verse, no impide a la Aseguradora demostrar lo contrario, o cualquier otro hecho o circunstancia excluyente de su responsabilidad, pues, según sus propias estipulaciones, al tener la posibilidad de debatir ante la Asegurada la ocurrencia del siniestro y su cuantía, como en efecto lo hizo, se preservó su derecho al debido proceso.

Es pertinente destacar que, si bien el procedimiento que convencionalmente se dispuso para exigir el pago del siniestro amparado fue distinto al que surge de la lectura conjunta y sistemática de los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio (...), lo cierto es que esto no vulnera el orden público, en tanto y en cuanto, en los términos del artículo 1162 de ese Código, ninguna de esas normas es inmodificable, pues, además de que no están entre aquéllas a las que se refiere ese artículo de manera expresa, no hacen referencia a elementos del contrato de seguro y, por eso, lo materialmente estipulado en las condiciones generales de la póliza no altera, anula o desconoce ninguno de tales elementos.

Con base en las anteriores consideraciones, se concluyó que no le era posible a la aseguradora excusarse del pago del siniestro con fundamento en la falta de “competencia”, puesto que, al margen de la denominación que se le diera en la póliza, las empresas de servicios públicos, si bien por regla general actúan en sus relaciones contractuales desprovistas de prerrogativas derivadas del poder público, lo cierto es que sí tienen capacidad para hacerlo a través de una manifestación unilateral, no sólo porque así fue pactado en el contrato de seguro, sino porque “esa manifestación, así como la estimación de la cuantía del perjuicio, hacen parte de las obligaciones que a cualquier particular corresponde asumir para lograr el

¹⁶ *Ibíd.*



pago de la suma asegurada", sin que tales estipulaciones vulneren el orden público¹⁷.

En cambio, considera inadmisble patrocinar el comportamiento de la Aseguradora, que, pese a haberlo pactado así con el tomador de la póliza, aduce ahora, como fundamento de la alegada inexistencia de la obligación de pago de los perjuicios derivados del riesgo que amparó, que los actos expedidos por EPM se profirieron en ejercicio de prerrogativas propias de la Administración de las cuales carecía, desconociendo con esto que la verdad es que, al margen de su forma y denominación, se profirieron para dar cumplimiento a las condiciones que ella misma diseñó para hacer efectiva la garantía contenida en la póliza 916942.

Lo expuesto, así como sus conclusiones, resultan aplicables al presente asunto y llevan a la Sala a reiterar el criterio de que este tipo de actos, que se expiden en el marco de las estipulaciones del contrato de seguro, no son actos administrativos, sino la forma en que las partes pactan la reclamación o efectividad del siniestro amparado, con plenos efectos vinculantes para ellas¹⁸.

Para la Subsección¹⁹, entre varias interpretaciones posibles, la que acaba de exponerse es la que debe preferirse, pues, además de que no vulnera la ley, es la

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Aunque la entidad estatal no fue parte del contrato de seguro, lo pactado por las partes del contrato de seguro resulta suficiente para considerar que aquella contó con la facultad para declarar el siniestro, porque no se trata de actos administrativos, sino la forma que las partes del contrato de seguro pactan la reclamación o efectividad del siniestro amparado.

Igualmente, cabe precisar que "la relación contractual en estudio se examine a la luz de la institución de la estipulación a favor de otro, en virtud de la cual la ley autoriza a cualquier persona para que convenga a favor de un tercero, sin contar con derecho alguno para representarlo, en el entendido de que sólo ese tercero podrá exigir lo estipulado una vez acepte, de manera expresa o tácita, la respectiva convención" (...) "con ocasión de la aceptación o ratificación que ella imparte a la estipulación que la aseguradora ha realizado en su favor, i) aquella asume directamente la condición de parte dentro del correspondiente contrato de seguro; ii) porque de todas maneras resulta claro que la entidad estatal contratante es la verdadera titular del riesgo asegurable y, por ende, le corresponde la posición del asegurado y, además, iii) porque en todo caso se tiene que la aceptación o ratificación que la entidad estatal contratante imparte a la estipulación de la aseguradora configura una relación contractual que erige a aquella en la única legitimada para exigirle a la aseguradora el pago de las obligaciones indemnizatorias, en los eventos en que acaezca el respectivo siniestro" (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 30 de enero de 2008, exp. No. 32.867, M.P. Mauricio Fajardo Gómez).

En esta oportunidad vale precisar que aunque los supuestos aquí en estudio se atemperan a lo regulado en el artículo 1.039 del Código de Comercio, esto es, para el contrato de seguro a nombre de un tercero, incluso, en este escenario, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que "la calidad de 'tercero' que ostenta el beneficiario lo es solo frente al hecho de que no intervino en su formación. Mas, desde la perspectiva de la titularidad de la prestación de seguro, "no es un "tercero" sino la persona que sufre un menoscabo en su patrimonio y tiene, por ello, interés asegurable en el pago de la indemnización" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2018, exp. No. SC5681-2018/2009-00687). En esta misma providencia se precisó: "el seguro es por cuenta propia, pero a favor de un tercero cuando las partes lo celebran con el fin de atribuir al tercero el derecho subjetivo para exigir el cumplimiento de la estipulación".

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, exp. No. 44.707, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.



que mejor se aviene al objeto del contrato de seguro de cumplimiento²⁰, permite darle un efecto útil a lo estipulado²¹, a la vez que garantiza que se respete en su esencia lo pactado, que se cumplan las obligaciones derivadas del acuerdo entre los contratantes del seguro, las cuales, según lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, son ley para las partes, asegura que se preserve la pervivencia del negocio jurídico y, por todo esto, que se honre el principio de la buena fe contractual²².

Con fundamento en las anteriores premisas, en el presente caso también es procedente descartar la falta de competencia formulada por la Aseguradora Solidaria de Colombia para excusarse del pago de los siniestros que amparó a través de la póliza No. 605-47-99400005278²³, porque cualquiera sea el medio dispuesto para hacer efectiva la garantía –*acto administrativo, acto jurídico unilateral con efectos vinculantes para la aseguradora o reclamación en estricto sentido*–, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., actuando desprovista de cualquier prerrogativa derivada del poder público, sí tenía capacidad, no competencia, para declarar el siniestro, no solo porque así se dispuso en las condiciones generales del contrato, sino que esa manifestación, así como la estimación de la cuantía del perjuicio, hacen parte de las obligaciones que le correspondía asumir para lograr el pago de la suma asegurada²⁴.

²⁰ Código Civil: "**ARTÍCULO 1621. <INTERPRETACIÓN POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO>**. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato".

²¹ Código Civil: "**ARTÍCULO 1620. <PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS>**. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

²² Código de Comercio: "**ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>**. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

Código Civil: "**ARTÍCULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>**. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

²³ Esta Subsección se pronunció en un caso de similares supuestos fácticos, en el que se discutió la legalidad de la Resolución No. 050 del 6 de agosto de 2015, por medio de la cual la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de mal manejo del anticipo, pero en el marco del contrato de obra No. 020 del 1 de marzo de 2011, celebrado con el mismo contratista, el señor Óscar Javier Acuña. En esta providencia se abordó lo atinente a la competencia material de las empresas de servicios públicos domiciliarios para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectivos los amparos a través de acto administrativos y al respecto se concluyó que este tipo de actos, que se expiden en el marco de las estipulaciones del contrato de seguro, no son actos administrativos, sino la forma en que las partes pactan la reclamación o efectividad del siniestro amparado, con plenos efectos vinculantes para ellas (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de abril de 2024, exp. No. 60.718).

²⁴ Al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 2019, expediente 36600A; sentencia de 24 de septiembre de 2020, exp. 44.707, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia de 31 de julio de 2024, exp. No. 59547. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.



En este punto, se debe aclarar que en la referida póliza se señaló que la entidad estatal asegurada debía demostrar la ocurrencia del siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida, previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista y del garante, sin que el hecho de que no se siguiera el procedimiento previsto en los artículos 1080 y 1053 del Código de Comercio vulnera el orden público, porque la carga probatoria establecida en las condiciones generales de la póliza hacían parte de las obligaciones que le correspondía asumir para lograr el pago de la suma asegurada. Además, estas disposiciones no corresponden a la lista taxativa de normas inmodificables en torno al contrato de seguro de que trata el artículo 1162 del Código de Comercio, ni impiden a la aseguradora demostrar alguna circunstancia excluyente de su responsabilidad²⁵.

Bajo este contexto, resulta posible concluir que la habilitación para declarar la ocurrencia del siniestro se podía hacer efectiva sin la denominación de acto administrativo, pues aunque se designó de esa manera, no tenía tal categoría, sino que se trata de la forma establecida por las partes del contrato de seguro para la efectividad del siniestro amparado; tampoco era necesario fraccionar la estipulación establecida en la póliza, porque con el medio utilizado no se pretendió hacer uso del poder público propio de la Administración, sino que, según las condiciones que la misma aseguradora diseñó, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. debía manifestar que el riesgo amparado se había realizado.

En consecuencia, no tiene razón el juez de primera instancia al afirmar que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. no tenía competencia para declarar la existencia del siniestro porque dicha facultad era exclusiva del régimen de contratación pública, toda vez que la demandada no actuó prevalida de prerrogativas derivadas de ese régimen, sino que lo hizo con fundamento en las obligaciones que le eran exigibles para que se hiciera efectiva la póliza.

Así las cosas, no procedía la declaratoria de nulidad de la resolución demandada, porque tal como lo afirmó la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. en el recurso de apelación, la capacidad que tenía para declarar el siniestro correspondía a una reclamación o a una afirmación positiva de su ocurrencia, de conformidad con la

²⁵ En similar sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia 24 de septiembre de 2020, exp. No. 44.707, M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ; sentencia de 31 de julio de 2024, exp. No. 59547. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.



ruta convencional que debía seguir como beneficiaria de la póliza para acceder al pago de la suma asegurada.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la Sala encuentra que una vez descartados los cargos de la demanda relativos a la falta de competencia de la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., para declarar mediante acto administrativo la ocurrencia del siniestro, corresponde analizar los demás argumentos en los que se fundaron las pretensiones de la demanda y que no fueron abordados por el *a quo*.

En efecto, aunque la Aseguradora Solidaria de Colombia no apeló la sentencia, en su demanda formuló otros cargos, consistentes en que *i)* se desconocieron las normas del Código de Comercio relativas a la configuración y prueba del siniestro y el pago de la indemnización y *ii)* se presentó una indebida apreciación de las pruebas que sustentan la declaratoria de la ocurrencia de los siniestros en los amparos de cumplimiento y de buen manejo e inversión del anticipo. Así las cosas, previo análisis acerca de si la entidad siguió las condiciones establecidas en la póliza para la efectividad de la garantía y de sus amparos, la Sala abordará el análisis de los referidos cargos, pues no se le podía exigir a la parte favorecida (Aseguradora Solidaria de Colombia) que apelara el fallo anticipándose a que se llegaría a otra conclusión sobre la competencia de la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. para declarar el siniestro mediante acto administrativo²⁶.

Cabe precisar que al no mediar un acto con la categoría de un acto administrativo, dado que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. no actuó en ejercicio de prerrogativas de poder, sino que se trató de la forma establecida por las partes del contrato de seguro para la efectividad del siniestro amparado, los cargos expuestos por la parte demandante no deben revisarse como reproches de ilegalidad, sino como infracciones a las condiciones de la póliza y a las normas superiores en las que ésta debía informarse.

Lo anterior encuentra sustento en jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual, *"En los asuntos pendientes de solución*

²⁶ En este sentido, la jurisprudencia ha dicho: "[S]i la entidad demandada es la única apelante de una sentencia que anuló un acto administrativo en la forma que se expuso en precedencia y en segunda instancia se revoca por la no prosperidad del cargo de anulación declarado, se impone al juez de la alzada el estudio de los demás cargos de nulidad propuestos en la demanda". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2017, exp. No. 39.285. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En similar sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de diciembre de 2020, exp. No. 40.919. M.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia de 5 de febrero de 2024, exp. No. 46.690.



bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio iura novit curia, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación”²⁷.

6. El procedimiento de reclamación adelantado en el caso concreto

Según la póliza No. 605-47-99400005278, la entidad estatal asegurada tenía que proferir el “*acto administrativo*” mediante el cual debía declarar la ocurrencia del siniestro y determinar y acreditar la cuantía de la pérdida, previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista y del garante -derechos de defensa y contradicción-.

En el presente caso se tiene establecido que el 28 de enero de 2013, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. notificó al contratista y a la aseguradora el inicio del “*trámite administrativo de declaración de incumplimiento del contrato de obra No. 021 de 2011 y nuevo llamado a audiencia para descargos. Póliza No. 605-47-994000005278*”.

Los incumplimientos advertidos fueron los siguientes: *i)* el abandono total de las obras por parte de la firma contratista, *ii)* el no avance en la ejecución de las actividades de fundición de concreto y en el inicio de actividades de perforación de pozos profundos, *iii)* retrasos notables en la ejecución de la reprogramación establecida, teniendo en cuenta que sin justificación alguna el contratista abandonó los trabajos y no realizó ningún tipo de actividad durante el período del mes de diciembre hasta el 15 de enero de 2013 y, *iv)* el residente de obra nombrado en comité según reporta interventoría sólo se presentó un día (fls. 57 a 60 c. 1).

El 1 de febrero de 2013, la Aseguradora Solidaria de Colombia solicitó a la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. que se aplazara la audiencia de descargos para que, en ejercicio del debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, pudiera estudiar las obligaciones que se imputaron incumplidas por el contratista (fls. 64 a 65 c. 1).

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 9 de mayo de 2024, exp. No. 53962. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.



El 5 de febrero de 2013, el contratista Óscar Javier Acuña presentó informe a la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. y al supervisor del contrato No. 021 de 2011, en el cual indicó que no se dio cumplimiento al objeto contractual, debido a factores climáticos procedentes de la ola invernal y a las malas condiciones de acceso al terreno donde se construía la obra. Asimismo, indicó que los recursos que le fueron desembolsados a título de anticipo ya fueron invertidos. Finalmente, propuso que se adelantara la suscripción del acta parcial No. 2, con el fin de superar el retraso presentado y terminar las obras (fls. 66 a 72 c. 1).

El 8 de marzo de 2013, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., en su calidad de beneficiaria de las garantías constituidas en la póliza No. 605-47-99400005278, solicitó la presencia de un representante autorizado de la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, a fin de dar continuidad al proceso de incumplimiento (fls. 85 a 86 c. 1).

El 13 de marzo de 2013, la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia presentó escrito de descargos ante la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., en el cual señaló que procedía a *“exponer los argumentos de defensa y contradicción a nombre de la aseguradora garante”*. Sostuvo que el plazo del contrato No. 021 se extendió hasta el 21 de marzo de 2013, razón por la cual resultaba improcedente declarar su incumplimiento, que además se requerían las conclusiones frente a la propuesta del contratista y, como consecuencia, solicitó que se permitiera la ejecución del contrato hasta la finalización del plazo pactado (fls. 88 a 89 c. 1).

El 18 de marzo de 2013, el contratista le expresó a la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia que ante la entidad expuso los inconvenientes presentados durante la ejecución de la obra y que, por tanto, se propusieron tres alternativas para la finalización del proceso. La primera, la cesión del contrato a un tercero; empero, no pudo conseguir una empresa que cumpliera con las condiciones requeridas para la continuación del contrato; segundo, finalizar la obra con el acompañamiento de la aseguradora, para lo cual se necesitaba la suma de \$300'000.000, *“que es el valor que se requiere para terminar ambos contratos sin problema”*; y tercero, la liquidación del contrato; sin embargo, esta decisión no permitiría finalizar el proyecto (fls. 90 a 93 c. 1).

Mediante oficio OFI-ESP-0101-2013 de 5 de agosto de 2013, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. citó a la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia a la audiencia de liquidación del contrato, razón por la cual solicitó la ampliación de la



póliza de seguro de cumplimiento No. 605-47-99400005278, en consideración a que el contratista *"no ha cumplido con las obligaciones contractuales y ha hecho caso omiso a los requerimientos de actualización de las pólizas, en virtud de la prórroga que se originó en el mes de marzo de 2013"* (fls. 96 a 97 c. 1).

El 20 de agosto de 2013, se llevó a cabo la audiencia para la liquidación del contrato 021 de 2011, en la cual se indicó que el plazo había culminado y se advirtió el incumplimiento del contratista. En el acta correspondiente se estableció un plazo de tres días para que el contratista suministrara la documentación necesaria para la liquidación (fls. 98 a 101 c. 1).

El 24 de julio de 2015, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. citó a la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia a la audiencia para la declaratoria de incumplimiento y hacer efectivos unos amparos, en razón a las pruebas de las que se corría traslado y que evidenciaban el porcentaje de ejecución de cada una de las actividades pactadas. Se advirtió que, en virtud del debido proceso, la aseguradora podía allegar pruebas y presentar las alegaciones que considerara pertinentes (fls. 119 a 131 c. 1).

El 5 de julio de 2015, la Aseguradora Solidaria de Colombia respondió a la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. que no asistiría a la audiencia convocada, porque la facultad de declarar unilateralmente el incumplimiento y pretender la afectación de la garantía era exclusiva de los contratos que se regían por la Ley 80 de 1993, razón por la cual Aguas de Pore S.A. E.S.P. debía seguir el procedimiento y las condiciones relativas a la configuración, la prueba del siniestro y el pago de la indemnización establecidas en los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio (fls. 134 a 135 c. 1).

El 6 de agosto de 2015, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. profirió la Resolución No. 051, mediante la cual resolvió declarar la existencia de los riesgos cubiertos con la póliza única de seguro No. 605-47-99400005278, así:

A) El incumplimiento del contratista denominado Óscar Javier Acuña, por valor de \$285'217.974

Los incumplimientos corresponden a la negativa del contratista a mantener vigentes las garantías del contrato consagrados en la cláusula octava del contrato, en los términos expuestos en esta resolución.

Los incumplimientos corresponden a los retrasos del contratista en el avance de la obra hasta la terminación del plazo contractual, conforme a los términos expuestos en esta resolución.



B) El no manejo e inversión del anticipo pactado en el contrato por valor de \$285'217.974 y los respectivos rendimientos por valor de \$252'050.206; teniendo en cuenta los requerimientos realizados al contratista para soportar el avance y el cumplimiento de las actividades, sin haber cumplido con esta obligación, en los términos expuestos en esta resolución.

Como fundamento de la declaratoria del siniestro, se expuso lo siguiente:

Garantía única de cumplimiento. Amparo. Cumplimiento del contrato.

Estos incumplimientos se presentan por atrasos en la ejecución de las obras y por no actualización de las garantías del contrato, no obstante los reiterados requerimientos realizados por la entidad.

Que la cláusula octava del contrato 021 de 2011 establece las garantías del contrato.

Por lo tanto, era obligación del contratista mantener vigente los amparos relacionados con los riesgos de cumplimiento, manejo e inversión del anticipo y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones en los términos del contrato.

Que el contratista no cumplió con esta obligación de mantener vigente las garantías del contrato.

- Incumplimiento sobre la vigencia de las garantías del contrato

Sobre la obligación de mantener vigente las pólizas del contrato, existen múltiples requerimientos al contratista, sin que se encuentre justificación alguna.

(...)

Que no aparece en el expediente del contrato 021 de 2011, respuesta alguna del contratista o de la aseguradora frente a este requerimiento.

Que existen graves incumplimientos en la ejecución de las obras pactadas en el contrato 021 de 2011 del contratista -soporte técnico de ejecución y cumplimiento de cada una de las actividades pactadas para el contrato 021 de 2011, que se anexa a este acto de declaratoria de siniestro haciendo parte interna del mismo-, ya que el mismo contaba con la viabilidad técnica para realizarlas y sobre las cuales no tenía impedimento, ni justificación para la no terminación de las obras.

- Incumplimiento sobre la ejecución de obras

Sobre la obligación de cumplir con las obras pactadas a través del contrato 021 de 2011, existen múltiples requerimientos al contratista, sin que se encuentre justificación alguna para la no ejecución satisfactoria.

Resumen del valor ejecutado

Valor inicial del contrato	\$1.074'536.360
Valor del anticipo	\$537'268.180
Valor actual del contrato	\$1.074'536.360
Valor pagado (según actas)	\$565'045.413
Amortización anticipo.	\$254'745.473
Valor por facturar	\$509'490.947



Valor por ejecutar \$509'490.947

(...)

Que existe también el siniestro relacionado con el indebido manejo de inversión del anticipo

Garantía única de cumplimiento. Amparo: correcta inversión del anticipo inicial del anticipo del adicional y los soportes que lo acrediten

Sobre la obligación de presentar los soportes que acrediten la debida inversión del anticipo, existen múltiples requerimientos de cumplimiento de las actividades al contratista, sin que se encuentre justificación alguna para su no acreditación. El anticipo del contrato 021, que tiene por objeto -construcción de los sistemas de las veredas de San Isidro y Matalarga del municipio de Pore-, fue cancelado una vez se presentó el plan de inversión firmado y autorizado por la interventoría por un valor de \$537'268.180 entregado mediante comprobante de egreso No. 0071 del 26 de mayo de 2011 y que correspondió al 50% del valor del contrato inicial.

Que el anticipo fue entregado y cancelado al contratista y no acreditó la amortización del mismo, teniendo en sus manos dineros públicos de propiedad exclusiva de la empresa de servicios públicos Aguas de Pore S.A. E.S.P., por lo que se habrá de compulsar las copias respectivas a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que no se acreditó su correcta destinación.

Que por las razones expuestas es procedente declarar el siniestro por la realización del riesgo que ampara la póliza relacionado con el incumplimiento de las obligaciones del contrato, con cargo al amparo de cumplimiento del contrato.

(...)

Que la cuantificación del siniestro relacionado con el amparo de cumplimiento del contrato corresponde a:

a.- Por la no vigencia y actualización de las pólizas y por las obras no ejecutadas en que el contratista se retrasó, y los **graves perjuicios para la entidad para contratar nuevamente a las obras no ejecutadas** por el contratista, se cuantificó de la siguiente manera:

No.	Descripción	Valor (en pesos)
1	Incremento de costos de las actividades y cantidades de obra sin ejecutar actualizadas a valor presente en la nueva contratación que debe realizarse (relación en el informe de las cantidades de obra sin ejecutar)	\$264.217.974
2	Costos jurídicos y técnicos del proceso de siniestro (contrato abogado y supervisor)	\$21'000.000
		\$285'217.974

Que la cuantificación del siniestro relacionado con el buen manejo del anticipo correspondiente al anticipo del contrato 021 de 2011 autorizado y por el monto



que no aparece amortizado con la ejecución de la obra y que el contratista no ha presentado los soportes, no obstante su obligación contractual.

La cuantificación del siniestro por concepto de anticipo sin amortizar corresponde a la suma de \$254.745.473 y por concepto de rendimientos financieros que debieron generar el anticipo sin amortizar corresponde a \$353.262.378 (fls. 136 a 155 c. 1).

Con fundamento en el anterior recuento probatorio, se advierte que, previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista y del garante, la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. profirió la Resolución No. 051 de 2015, mediante la cual declaró el incumplimiento del contrato, tasó los perjuicios en virtud de los amparos de cumplimiento y buen manejo del anticipo e hizo efectiva la póliza No. 605-47-99400005278, luego su actuación se ajustó a lo establecido en las condiciones generales del contrato de seguro, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio.

En este punto, cabe advertir que, aunque la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. siguió la ruta establecida por las partes del contrato de seguro para declarar el siniestro; en todo caso, se debe verificar si efectivamente acreditó la ocurrencia y la cuantía de la pérdida para que surgiera a cargo de la aseguradora la obligación de pago del amparo de cumplimiento y, en cuanto al amparo de buen manejo e inversión del anticipo, determinar si se afectó por aspectos que no fueron cubiertos en la póliza No. 605-47-99400005278, como se señaló en la demanda.

7. La acreditación efectiva del siniestro y la determinación del perjuicio en el amparo de cumplimiento

La parte demandante indicó que el sustento técnico de la resolución demandada fue el informe final de interventoría, en el cual se concluyó que la diferencia entre el valor contratado de las obras y lo efectivamente ejecutado arrojó un valor de \$264'217.974. Al respecto, sostuvo que una cosa era la estimación del valor no ejecutado de la obra contratada y por lo mismo no pagada, en lo cual no podía haber un perjuicio, y otra distinta el perjuicio derivado del incremento de los costos que supondría para la entidad volver a contratar esas actividades.

Agregó que no existía prueba sobre el monto de los perjuicios que por mayores costos de una nueva contratación tendría que sufragar la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., luego en estas condiciones no era posible que se cobrara la totalidad del valor asegurado.



Revisado el acto mediante el cual se declaró el siniestro, se evidencia que por el amparo de cumplimiento se cobraron dos conceptos: “1.- *Incremento de costos de las actividades y cantidades de obra sin ejecutar actualizadas a valor presente en la nueva contratación que debe realizarse (relación en el informe de las cantidades de obra sin ejecutar)* -\$264’217.974,00” y “2.- *costos jurídicos y técnicos del proceso de siniestro (contrato abogado y supervisor)* -\$21’000.000,00”.

En este punto, es relevante puntualizar que la Sala no se pronunciará sobre los costos jurídicos y técnicos del proceso de siniestro (contrato abogado y supervisor), en atención a que no fue un aspecto expuesto en la demanda; por tanto, no fue parte de la *causa petendi* objeto del proceso judicial, tampoco se trató de un tema abordado en la sentencia de primera instancia y en el recurso de apelación y, por esa razón, no puede ser objeto de debate en la presente controversia.

Ahora bien, frente al primer aspecto, esto es, el “*incremento de costos de las actividades y cantidades de obra sin ejecutar actualizadas a valor presente en la nueva contratación que debe realizarse (relación en el informe de las cantidades de obra sin ejecutar)*”, la cuantificación de este perjuicio, en efecto, se fundamentó en el informe de interventoría, en el cual se consignó lo siguiente:

Cuadro de balance financiero contrato 021 - 2011

Valor del contrato	\$1.074’536.360.00		
Anticipo		\$537’268.180.00	
Acta parcial No. 1			\$565.045.413.00
Amortización anticipo		\$282’522.706.50	
Valor ejecutado sin facturar			\$245’272.973.00
Valor no ejecutado			\$264’217.974.00
Valor por amortizar		\$254’745.473.50	

Del cuadro anterior se puede inferir claramente que el contratista no ejecutó la totalidad del contrato, es decir dejó de ejecutar la suma de \$264’217.974.00; así mismo esta pendiente la amortización de un porcentaje significativo del anticipo (47.4%) lo cual representado en valor es \$254’745.473,50. De igual manera se observa que para la presente acta ejecutó la suma de \$245’272.973,00 (fls. 119 a 131 c. 1).



En cuanto al seguro de cumplimiento, esta Subsección²⁸, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el incumplimiento del obligado no configura por sí mismo el siniestro, sino que es necesario la causación o padecimiento efectivo de un daño, pérdida o perjuicio patrimonial para el asegurado, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento. En este sentido, se precisó que el asegurador no puede pagarle la suma de dinero que pretenda el asegurado, sino indemnizarle el daño suficientemente demostrado:

*Así, entonces, como en los seguros de daños de lo que se ampara al sujeto asegurado es de la pérdida o perjuicio patrimonial que pueda sufrir en razón de la ocurrencia del riesgo asegurado, debe concluirse que, en el caso del seguro de cumplimiento, sea o no constituido a favor de una entidad pública, **el mero incumplimiento no configura el siniestro, sino que ese hecho debe estar acompañado de la causación de un daño o perjuicio patrimonial para el asegurado, pues, si así no fuere, el seguro se constituiría en fuente de enriquecimiento**, en contra de lo que manda el ya citado artículo 1088 que establece el principio indemnizatorio. En este sentido, en sentencia del 12 de diciembre de 2006 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expresó²⁹:*

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

En ese mismo sentido, en sentencia de 24 de julio de 2006³⁰, refiriéndose al contrato de seguro de cumplimiento, esa misma Corporación señaló:

Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada (Se destaca).

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 18 de febrero de 2022, exp. No. 53318. M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 2006, exp. No. 68001 31 03 001 2000 00137 01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de julio de 2006, exp. No. 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo y sentencia de 17 de julio de 2006, exp. No. 17191, M.P. Cesar Julio Valencia Copete.



En otra oportunidad, la Sección Tercera de esta Corporación sostuvo que no es suficiente la ocurrencia del siniestro, sino que debe necesariamente haberse causado un perjuicio al patrimonio, porque si no es así, entonces no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización:

[T]ratándose de los seguros de daños y por ende en los seguros de cumplimiento, en cuanto estos constituyen una especie de aquellos, es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino determinar la cuantía del perjuicio ocasionado al patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización, puesto que [...] en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización³¹.

De conformidad con los anteriores lineamientos jurisprudenciales, se colige que no basta con que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que se demuestre el perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del asegurado.

Los elementos de convicción analizados en el presente caso demuestran claramente el incumplimiento del contratista; sin embargo, además de que no se acreditó un daño patrimonial, la cuantía del perjuicio se determinó sin soporte probatorio y sin la exposición de unas fórmulas y metodologías claras.

En este sentido, lo primero que se debe destacar es que las pruebas obrantes en el expediente no permiten establecer que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. hubiera pagado algún monto en razón de una “*nueva contratación*” para ejecutar las obras faltantes del contrato No. 021 de 2011, lo que impide determinar que hubiese sufrido un detrimento patrimonial por ese concepto.

Si bien es cierto que para establecer la estimación del monto del perjuicio no resulta pertinente exigir que la nueva obra se hubiera contratado³², sí es necesario que además de que se soporte en fórmulas y metodologías claras, se fundamente en un estudio de mercado, un informe de precios, un dictamen pericial, un avalúo o en una

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 22 de abril de 2009, exp. No. 14.667. M.P. Myriam Guerrero de Escobar; y 23 de junio de 2010, exp. No. 16494. M.P. Enrique Gil Botero.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 2 de agosto de 2018, exp. No. 57122. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



cotización que permita tener una proyección del precio que costaría realizar esa nueva obra.

En efecto, los costos de la obra faltante se pueden estimar con fundamento en los estudios de mercado requeridos para la nueva contratación o con base en el incremento del valor de la contratación faltante, ajustada con el IPC y el salario mínimo vigente a la fecha de la respectiva tasación, según sea el caso, de acuerdo con los ítems que componen el precio. Ello resulta precisamente un procedimiento adecuado para tasar el valor actualizado de la obra faltante y, por tanto, del perjuicio imputable al contratista incumplido³³.

En este caso, la Sala observa que la entidad asimiló el valor no ejecutado y que no fue pagado, al monto que le costaría terminar la obra. Para la estimación del perjuicio debía tenerse en cuenta la diferencia entre ese valor no ejecutado y lo que costaría hacer las obras al momento de la declaratoria de incumplimiento, con fundamento en las fórmulas de actualización correspondientes; no obstante, la Sala no encuentra que la entidad o la interventoría hubieran realizado ese ejercicio y, en ese sentido, la estimación realizada en el acto contractual no encuentra un sustento, más allá del cálculo de las cantidades no ejecutadas sobre las que no se demostró una erogación a cargo de la entidad.

En este sentido, se razona que no se puede establecer la ocurrencia del perjuicio con base en inferencias, pues una vez probado el incumplimiento, la estimación del monto correspondiente al perjuicio sí podía soportarse en el mayor valor de la obra faltante, por ejemplo, por el incremento del costo de materiales y mano de obra; empero, de tal información no da cuenta el informe de interventoría y el acto mediante el cual se declaró el siniestro.

Es preciso anotar que, aunque el contratista le expresó a la aseguradora que necesitaba la suma de \$300'000.000 para terminar la obra, este valor no puede ser tenido en cuenta como la estimación del perjuicio sufrido por la entidad o como el presupuesto para la nueva obra, porque además de que se refiere al monto que se requería para finalizar los dos contratos de obra que la Empresa Aguas de Pore suscribió con el señor Óscar Javier Acuña -020 y 021 de 2011-, esa información financiera tampoco se fundamentó en algún soporte, no fue discutida con la entidad

³³ *Ibíd.*



en la etapa de descargos y no coincide con la que fue suministrada por el interventor y que quedó finalmente consignada en la resolución demandada.

En este orden de consideraciones, se debe puntualizar que la carga que se ubicaba en cabeza de la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. no se limitaba a afirmar que el riesgo había ocurrido y a señalar una determinada cifra a título de perjuicio o a realizar una mera deducción, sino que le correspondía la determinación y acreditación del monto del perjuicio, de manera que a falta de cualquiera de ellos, la determinación de la entidad contratante tendiente a hacer exigible la garantía no podría surtir efectos.

Ahora bien, resulta necesario precisar que la entidad hizo efectivos, por separado, los amparos de cumplimiento y el de buen manejo e inversión del anticipo. El primer amparo se fundamentó en el valor de las obras faltantes y en ningún se soportó en la ejecución del anticipo.

En todo caso, se debe indicar que el informe de interventoría da cuenta de que se entregó un anticipo por valor de \$537'268.180.00 y que quedó sin amortizar la suma \$254'745.473.50, pero también expresa que del valor total del contrato - \$1.074'536.360.00- se ejecutaron \$565.045.413.00, según el acta parcial No. 1, y el valor ejecutado sin facturar corresponde a la suma de \$245'272.973.00, de modo que el contratista ejecutó una cuantía superior a todo el anticipo, esto es, un valor de \$810'318.386.

Así las cosas, no se tiene prueba alguna para afirmar que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. entregó una cantidad de dinero a título de anticipo que no se ejecutó, pues por el contrario, el informe de interventoría resulta indicativo de que se ejecutó una cifra mayor al valor entregado por concepto de anticipo.

En este sentido, es cierto que no se ejecutó la totalidad de la obra; sin embargo, no se tiene prueba indicativa de que la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. hubiera pagado algún monto en razón de una "*nueva contratación*" para ejecutar las obras faltantes del contrato No. 021 de 2011, lo que impide determinar que hubiese sufrido un detrimento patrimonial por concepto del valor no ejecutado, lo cual tampoco se puede deducir del informe de interventoría.

En conclusión, aunque la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. siguió la ruta establecida para la efectividad de la póliza, sólo demostró el incumplimiento del



contratista pero no la acreditación y estimación del perjuicio, con lo que incumplió la carga probatoria que le correspondía, de conformidad con lo previsto en las condiciones generales del contrato de seguro, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Con fundamento en lo anterior, la Sala declarará que no surgió a cargo de la Aseguradora Solidaria de Colombia la obligación de pago del amparo de cumplimiento, cubierto mediante la póliza No. 605-47-99400005278, únicamente respecto del valor de \$264'217.974, correspondiente al *"Incremento de costos de las actividades y cantidades de obra sin ejecutar actualizadas a valor presente en la nueva contratación que debe realizarse (relación en el informe de las cantidades de obra sin ejecutar)"*.

Finalmente, cabe precisar que si bien la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. refirió en la resolución demandada que la declaratoria de incumplimiento también comprendía la no vigencia y actualización de las pólizas, lo cierto es que este concepto no se incluyó en los valores por los cuales se hizo efectiva la garantía; por tanto, no es procedente analizar el cumplimiento de esta obligación, dado que no incidió en la estimación económica realizada por la entidad.

8. Los riesgos cubiertos en el amparo de buen manejo e inversión del anticipo

En la demanda, la Aseguradora Solidaria de Colombia manifestó que la póliza cubría los perjuicios ocasionados con su no inversión, uso indebido o apropiación indebida; no obstante, en el presente asunto se declaró el siniestro con base en que no se atendieron unos requerimientos para soportar el cumplimiento de las actividades, de modo que no se tuvo en cuenta el verdadero riesgo asegurado.

Lo primero que se debe precisar es que solo fue una la razón central para ordenar la efectividad de la póliza y esa fue la no acreditación con los respectivos soportes de la inversión del anticipo.

La Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., en la Resolución No. 051 de 2015, arribó a esta conclusión, para lo cual señaló que el contratista guardó silencio y no entregó los soportes sobre la inversión del anticipo.

En la demanda la Aseguradora Solidaria de Colombia solo expresó información parcializada sobre este aspecto, porque afirmó que la entidad hizo efectiva la póliza porque no se atendieron unos requerimientos para soportar el avance y



cumplimiento de las actividades.

Sin embargo, esa no fue la real motivación de la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P., pues argumentó claramente que se hicieron múltiples requerimientos de cumplimiento de las actividades, pero con el propósito de acreditar, con los respectivos soportes, la inversión del anticipo.

En efecto, en la Resolución No. 051 de 2015 se expresó que *"Sobre la obligación de presentar los soportes que acrediten la debida inversión del anticipo, existen múltiples requerimientos de cumplimiento de las actividades al contratista, sin que se encuentre justificación alguna para su no acreditación"*; adicionalmente, se explicó que el anticipo fue entregado al contratista y no acreditó la amortización y, finalmente, que la cuantificación correspondía al anticipo autorizado en relación con el monto que no aparecía amortizado y respecto de lo cual el contratista no había entregado los soportes.

Ahora bien, en la póliza No. 605-47-99400005278 se pactaron los siguientes amparos relacionados con el buen manejo e inversión del anticipo: *i) la no inversión, ii) el uso indebido y iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato.*

Al respecto, se debe indicar que la no amortización del anticipo no puede asimilarse a su no inversión, uso indebido o apropiación indebida. En este caso, el amparo de anticipo no cubre el riesgo de no amortización del anticipo, como quiera que no se pactó así expresamente dentro del alcance de la póliza No. 605-47-99400005278; por tanto, no puede condenarse a la Aseguradora Solidaria de Colombia por este concepto.

La Sección Tercera ha indicado que el amparo de amortización solo puede hacerse efectivo cuando efectivamente se haya pactado que la compañía garantiza tal riesgo:

Adicionalmente, en su demanda de reconvención (...) FAVIDI reclamó el pago del saldo de las amortizaciones al anticipo, a pesar de que este evento no hizo parte de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, toda vez que no se nombró en la correspondiente póliza.

Pero, lo más importante para resolver este extremo de la litis, es que no encuentra la Sala acreditado que los recursos constitutivos del anticipo se hubieren dejado de invertir por el contratista en la ejecución de la obra o se hubieren usado o apropiado de manera indebida por parte de éste y, por el



contrario, las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que los recursos girados a la fiduciaria, para ser invertidos en la ejecución del contrato, fueron utilizados en la obra, así: (...)

Adicionalmente, se observa que en este caso la entidad en la liquidación del contrato, para efectos de cuantificar los saldos adeudados por la contratista, derivados del incumplimiento, tuvo en cuenta la totalidad de los giros efectuados, entre los cuales se encontraba el anticipo (...); así pues, en este caso -al margen de la discusión respecto de la pertenencia, o no, al amparo de cumplimiento-, la no amortización del anticipo fue tomada en cuenta por la demandada como parte de los perjuicios derivados del incumplimiento y que debía indemnizar, con cargo a este amparo, la compañía aseguradora. (...)

Valga destacar que los amparos dependen del tipo de contrato y de las circunstancias en las cuales se vaya a ejecutar, habida cuenta de que no todos resultan exigibles respecto de un mismo contrato. Así mismo, se señala que si bien los mencionados amparos hacen parte de la llamada garantía única de cumplimiento, éstos son entre sí independientes, es decir, no se reclaman perjuicios derivados de un riesgo para cubrir otro (...)

Si bien el buen manejo del anticipo y el pago anticipado hacen parte de la garantía única de cumplimiento, se trata de amparos diferentes al de cumplimiento³⁴.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que los riesgos cubiertos se circunscriben a aquellos que hayan sido expresamente pactados:

Téngase en cuenta que, si el asegurador asume las contingencias económicas que pudieran emerger de la 'apropiación', o 'incorrecta inversión' del anticipo, solo responderá por las pérdidas derivadas de la realización de esos eventos dañinos, y por lo mismo estará exonerado de cualquier carga indemnizatoria si el desmedro patrimonial deriva de causas distintas, como lo sería sin duda la restitución imperfecta del aludido rubro.

Expresado de otro modo, si el asegurador hizo suyos únicamente los riesgos de apropiación e incorrecta inversión del anticipo, de manera implícita exceptuó de protección a los quebrantos económicos cuyo origen fuera diferente³⁵.

La doctrina ha explicado el punto de la siguiente manera:

Podemos definirlo (el amparo de anticipo) como el amparo mediante el cual la compañía de seguros se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios que sufra este por causas imputables al contratista garantizado, derivados de manera directa de los distintos riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a este último a título de anticipo, los cuales, no están siempre cubiertos en su totalidad, de tal suerte que solo los que sean explícitamente nombrados estarán amparados, y los que no lo estén, valga la redundancia estarán excluidos...

Bien se trate de buen manejo, correcta inversión o uso, se busca indemnizar al asegurado por los perjuicios derivados de la destinación que el contratista

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2016, exp. No. 28917. M.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de octubre de 2020, exp. No. SC3893-2020. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.



haga del anticipo sin hacer honor a las reglas del contrato para tal fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos....

La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación. (...) Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido. Lo dicho, puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante³⁶.

El anterior marco jurisprudencial y doctrinal permite a la Sala concluir que lo que cubre el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo son los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones y no de la obligación de amortizar el anticipo si dicha obligación no fue amparada expresamente por la compañía de seguros.

La falta de amortización difiere de los riesgos de no inversión, uso indebido o apropiación indebida, por lo cual no resultaba adecuado asimilarlos, como se hizo en la resolución demandada, pues con ello se desconoce la estipulación contractual que es de donde debe deducirse el alcance de una obligación.

El hecho de que el contratista no hubiera entregado los soportes que acrediten la debida inversión del anticipo no puede equipararse a que los recursos constitutivos del anticipo se hubieren dejado de invertir por el contratista en la ejecución de la obra o se hubieren usado o apropiado de manera indebida por parte de éste, pues por el contrario, el informe de interventoría da cuenta de un valor ejecutado inclusive mayor al valor del anticipo entregado al contratista.

En síntesis, el incumplimiento del contratista de amortizar el anticipo no era un riesgo cubierto por la póliza No. 605-47-99400005278, cuya cobertura se

³⁶ Pérez Rueda, Christian Eduardo, *El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares*, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No. 37, 2012, p. 199.



circumscribe su no inversión, uso indebido o apropiación indebida, de modo que la reclamación de la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. debe ser negada.

Finalmente, cabe precisar que en la Resolución No. 051 de 2015 se incurrió además en un error en la cuantificación de este amparo, toda vez que en la parte motiva se indicó que correspondía a la suma de \$254'745.473 y por concepto de los rendimientos financieros que debió generar el anticipo sin amortizar correspondía la suma de \$353'462.378, en tanto que en la parte resolutive se señaló que estos dos conceptos ascendían a las sumas de \$285'217.974 y \$252'050.206, respectivamente.

Con fundamento en lo anterior, la Sala declarará que no surgió a cargo de la Aseguradora Solidaria de Colombia la obligación de pago del amparo de buen manejo e inversión del anticipo, porque se afectó por aspectos que no fueron cubiertos en la póliza No. 605-47-99400005278.

9. Remisión de la presente decisión con destino al proceso ejecutivo

Ahora bien, cabe precisar que mediante oficio de 19 de julio de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo de Yopal solicitó al Tribunal de primera instancia que remitiera una certificación sobre el estado actual del presente proceso, en consideración a que en ese despacho judicial cursaba el proceso ejecutivo radicado con el número 85001333002-2016-00008-00 interpuesto por la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. en contra de la Aseguradora Solidaria de Colombia.

El proceso ejecutivo se promovió para hacer efectivos los amparos de cumplimiento y de manejo del anticipo establecidos en la póliza No. 605-47-99400005278, según lo dispuesto en la Resolución No. 051 del 6 de agosto de 2015.

Adicionalmente, se señaló que en caso de que dicha información no reposara en el Tribunal Administrativo de Casanare, se remitiera el oficio a la autoridad competente, por lo que tal solicitud fue enviada a este Despacho mediante oficio de 21 de julio de 2023 (fls. 610 a 612 c. ppal).

En estas condiciones, resulta pertinente remitir la presente providencia al Juzgado Tercero Administrativo de Yopal, para lo de su cargo.



10. Condena en costas

El numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso establece que 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.

En el presente caso, la sentencia de primera instancia acogió los cargos de nulidad referentes a la falta de competencia de la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. para declarar la ocurrencia del siniestro a través de acto administrativo y, como consecuencia, declaró la nulidad de la Resolución No. 051 del 6 de agosto de 2015, porque, según adujo, esa facultad era exclusiva de las entidades sometidas al régimen de contratación pública.

En virtud del recurso de apelación interpuesto por la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. se revoca la sentencia de primera instancia, habida cuenta de que no procedía la nulidad de la resolución demandada, porque esta entidad si tenía capacidad, no competencia, para declarar el siniestro a través de acto administrativo, no solo porque así se dispuso en las condiciones generales del contrato, sino porque no constituía una facultad unilateral de poder público o excepcional de la Administración.

Ahora bien, la Sala encuentra que, aunque la Aseguradora Solidaria de Colombia no apeló la sentencia, en su demanda formuló otros cargos de nulidad que el Tribunal Administrativo no estudió; por tanto, resultaba procedente abordar su análisis, pues no se le podía exigir a la parte favorecida que apelara el fallo anticipándose a que se llegaría a otra conclusión sobre la competencia de la Empresa Aguas de Pore S.A. E.S.P. para declarar el siniestro mediante acto administrativo.

En efecto, si la entidad demandada es la única apelante de una sentencia que anuló un acto administrativo y en segunda instancia se revoca por la no prosperidad del cargo de anulación declarado, se impone al juez de la alzada el estudio de los demás cargos de nulidad propuestos en la demanda³⁷.

³⁷ En este sentido, la jurisprudencia ha dicho: "[S]i la entidad demandada es la única apelante de una sentencia que anuló un acto administrativo en la forma que se expuso en precedencia y en segunda instancia se revoca por la no prosperidad del cargo de anulación declarado, se impone al juez de la alzada el estudio de los demás cargos de nulidad propuestos en la demanda". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, exp. No. 39.285.



Sin embargo, en este punto resulta necesario precisar que los cargos de nulidad se estudiaron desde la óptica del derecho privado, frente a lo cual se concluyó que, a pesar de que la entidad siguió la ruta establecida por las partes del contrato de seguro para declarar el siniestro, en todo caso, no acreditó la ocurrencia y la cuantía de la pérdida para que surgiera a costa de la aseguradora la obligación de pago del amparo de cumplimiento y, en cuanto al amparo de buen manejo e inversión del anticipo, se determinó que se afectó por un aspecto que no fue cubierto en la póliza No. 605-47-99400005278; por tanto, prosperó parcialmente la demanda y, como consecuencia, no procede la condena en costas en el presente caso.

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

F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Casanare y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR que no surgió a cargo de la Aseguradora Solidaria de Colombia la obligación de pago del amparo de cumplimiento, cubierto mediante la póliza No. 605-47-99400005278, únicamente respecto del valor de \$264'217.974, correspondiente al *"Incremento de costos de las actividades y cantidades de obra sin ejecutar actualizadas a valor presente en la nueva contratación que debe realizarse (relación en el informe de las cantidades de obra sin ejecutar)"*.

TERCERO: DECLARAR que no surgió a cargo de la Aseguradora Solidaria de Colombia la obligación de pago del amparo de buen manejo e inversión del anticipo, cubierto mediante la póliza No. 605-47-99400005278.

CUARTO: Como consecuencia, **DECLARAR** que, en caso de que la Aseguradora Solidaria de Colombia hubiera pagado por esos eventos amparados alguna suma a la empresa accionada Aguas de Pore S.A. E.S.P., esta última deberá restituirle dichos montos, debidamente actualizados a la fecha de la sentencia.

QUINTO: Sin condena en costas.

M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En similar sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de diciembre de 2020, exp. No. 40.919. M.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia de 5 de febrero de 2024, exp. No. 46.690.



SEXTO: ORDENAR a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado que remita la presente providencia al Juzgado Tercero Administrativo de Yopal, en el que se adelanta el proceso ejecutivo radicado con el número 85001333300220160000800, promovido por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo “Aguas de Pore S.A. E.S.P. contra la Aseguradora Solidaria de Colombia.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF